

CURSO DE DIREITO

Fernando Schroeder

**PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: UMA ANÁLISE DO SEU PROCEDIMENTO NO
BRASIL**

Santa Cruz do Sul
2018

Fernando Schroeder

**PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: UMA ANÁLISE DO SEU PROCEDIMENTO
NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: a Prof. Dra Elia Denise Hammes.

Santa Cruz do Sul
2018

Ao meu filho, à memória de meus queridos pais, às minhas irmãs.

AGRADECIMENTOS

Agradeço às minhas irmãs pelo incentivo e ajuda durante todos estes anos acadêmicos.

Agradeço à coordenação do curso de Direito e também a todos os professores e colegas que contribuíram para o meu conhecimento.

RESUMO

Com a escassez de recursos para o financiamento de serviços e obras públicos, o Estado através de uma parceria público-privada – união entre Administração Pública e um ente privado -, terá a oportunidade para suprir tal dificuldade com a eficiência e investimentos provenientes da iniciativa privada. Diante disto, o presente trabalho monográfico tem como objetivo geral analisar o funcionamento do instituto da parceria público-privada a partir da legislação brasileira. Dessarte, a problemática consiste no seguinte questionamento: o instituto da parceria público-privada, como contrato de concessão, se apresenta juridicamente seguro e financeiramente atraente aos parceiros público e privado no Brasil? Para dar conta desta tarefa, utiliza-se o método indutivo, que através de uma ampla pesquisa bibliográfica sobre o objeto de estudo, pode-se chegar a uma conclusão. Por fim, pode-se inicialmente afirmar que a parceria público-privada como concessão de serviços e obras públicos deve respeitar os limites da legislação brasileira, inclusive constitucional.

Palavras-chave: Administração Pública. Concessão. Desenvolvimento. Parcerias Público-Privadas. Serviço Público.

ABSTRACT

With the shortage of resources for the financing of services and public works, the State through a public-private partnership - union between public administration and a private entity - can overcome this difficulty with the efficiency and investments from the private initiative. Before this, this monographic work has as objective to analyze the overall functioning of the Institute of public-private partnership, from the Brazilian legislation. Thus, the problem is the following question: does the public-private partnership institute, as a concession contract, be legally secure and financially attractive to public and private partners in Brazil? To carry out this task, we use the inductive method, which through a broad bibliographical research about the object of study, we can reach a conclusion. Finally, you can initially stated that the public-private partnership for the provision and provision of services and public works must be within the limits of the Brazilian legislation, including constitutional.

Keywords: Concession. Development. Public Administration. Public-Private Partnership. Service.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA	9
2.1	Origem histórica e conceito das parcerias público-privadas.....	9
2.2	Objetivos a serem atingidos com as parcerias público-privadas.....	18
3	LIMITES ENTRE O SETOR PÚBLICO E AS EMPRESAS	21
3.1	Os serviços públicos e seus princípios	21
3.2	A concessão e seus princípios	31
3.3	O tratamento legal a partir da Lei 11.079/2004 e suas subsidiárias.....	36
4	O INTERESSE NA PARCERIA COM O ESTADO E MODELOS DE PPP	49
4.1	A iniciativa privada e o interesse nas parcerias com o setor público	49
4.2	Modelos internacionais.....	55
4.3	Modelos no Brasil.....	59
5	CONCLUSÃO	64
	REFERÊNCIAS	68

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa o instituto da parceria público-privada (PPP) a partir da legislação brasileira que o rege. Possui como objetivo geral analisar o seu funcionamento e a problemática consiste na seguinte questão: este instituto, como contrato de concessão, se apresenta juridicamente seguro e financeiramente atraente aos parceiros público e privado no Brasil? Diante disto, foi adotada uma metodologia indutiva levantando os diversos pontos nas legislações que regem a parceria público-privada, a fim de definir se há segurança jurídica e os benefícios financeiros proporcionados às partes contratantes.

A PPP é um formato de parceria composto pelo setor privado, sempre visando a eficiência e os resultados, e pelo setor público, que visa a tutela e a concretização dos direitos fundamentais, para a prestação de serviços e obras públicas. Além disso, cabe destacar a importância da viabilidade de criação de ativos públicos com essa parceria.

A parceria público-privada é entendida como uma forma moderna de prestações de serviços, pois neste caso, o setor privado terá a função gerencial e/ou executiva da atividade e contará com a possibilidade de eliminar ineficiências do Estado e também abusos das empresas privadas, o que traria um ganho considerável para a população em geral.

Então, para podermos compreender melhor o tema proposto, este trabalho se dividi em três capítulos, conjuntamente com a introdução, com a conclusão e com as referências bibliográficas.

No primeiro capítulo é abordada a origem histórica político-econômica da parceria público-privada, que não se trata de um instituto novo e sim, de um modelo bastante conhecido e implementado em países com uma visão política neoliberal; diante disso, é examinado o seu conceito em âmbito internacional e sua origem histórico-jurídica no Brasil.

Por fim, é feita uma análise do escopo deste instituto, originário de reformas políticas liberais na administração pública do Reino Unido nos anos de 1980. Destarte, os seus objetivos ao unir um ente privado à Administração Pública, já que o Estado não mais possui capacidade plena de suprir as demandas de fins para bem comum.

No segundo capítulo são analisados os principais pontos da legislação brasileira aplicada neste tipo de parceria, a base principiológica constitucional que rege o serviço público e os princípios específicos que norteiam a concessão regida pelas Leis nº 8.987/1995 e nº 11.079/2004.

Já no terceiro e último capítulo é abordado o interesse empresarial numa parceria com a Administração Pública, o que torna atraente um modelo de parceria público-privada – segurança jurídica e ganhos econômicos - para o setor privado.

Também são estudados, neste capítulo, os principais formatos basilares de parcerias público-privadas internacionais. Igualmente são verificados alguns modelos já em atividade nas áreas da gestão pública de saúde e de infraestruturas, dando destaque àqueles executados em âmbito nacional.

O tema da parceria público-privada é relevante, pois se trata de um modelo de parceria moderno para a prestação de serviços e obras públicas e se torna uma ótima opção para trazermos ao debate neste momento de recessão econômica nacional e de intensas dificuldades para investimentos que o Estado brasileiro enfrenta.

No Brasil, a parceria parceria-público, não é inovadora, pois tem natureza jurídica de contrato administrativo de concessão, porém, é sim uma inovação no cenário econômico, para atrair investimento da iniciativa privada para a prestação de serviços públicos.

Em suma, o instituto da parceria público-privada passa a ser um interessante objeto de análise e estudo devido ao seu formato (Estado e setor privado conjuntamente em prol do interesse público), onde esta configuração passa a ser atraente economicamente para a Administração Pública, e conseqüentemente benéfico e eficiente para os seus administrados, já para o setor empresarial poderá ser um excelente investimento com retorno garantido, haja vista se tratar de prestação de serviços essenciais à população.

2 PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

A parceria público-privada é um instituto moderno e contemporâneo, sua origem político-ideológica neoliberal é originária da Inglaterra e conseqüentemente sua aplicabilidade se espalhou para os demais Estados do mundo, finalmente chegando ao Brasil, que regulou a sua implementação através da promulgação da Lei 11.079, de dezembro de 2004 – também conhecida como a Lei das Parcerias Público-Privadas (PPPs).

Diante disto, este capítulo é dedicado a estudar a origem histórica desse instituto e a definição de seu conceito sob a análise de diversos autores especializados no tema. Por conseguinte, poderemos compreender os objetivos a serem realizados com uma parceria público-privada.

2.1 Origem histórica e conceito das parcerias público-privadas

Conforme poderemos verificar, através do conhecimento do autor Peixinho (2010, p. 2), as parcerias público-privadas (PPPs) estão relacionadas, historicamente, à escassez de recursos públicos para o financiamento de políticas públicas para parte excluída da população. Nos países ricos, as parcerias são justificadas em razão da necessidade de serviços públicos mais eficientes, uma vez que a iniciativa privada detém instrumentos mais ágeis para a realização de obras e prestação de serviço.

Para Cretella Neto (2010, p. 2), se, de um lado, os agentes públicos não têm sido capazes de ofertar, em qualidade e quantidade adequadas, serviços e bens públicos reivindicados pelos cidadãos, de outro, há capacidade empresarial e financeira disponível no setor privado para executarem tais tarefas. O autor ainda ressalta que há, no entanto, que se criar um ambiente cooperativo entre o setor governamental e os capitais privados.

Em sua análise histórica, Pillitteri (2009, p. 9), explica que nos anos 60, estabeleceu-se no mundo ocidental, a ideia-força da participação e então incidiu sobre o modo de ser e de atuar das repartições públicas. Estamos agora em condições de avaliar criticamente os resultados daquele período. Já sabemos quanto a descentralização administrativa é de fato útil para a participação "de baixo para cima" e quanto possui de burocrático e superado. É experiência comum notar que,

nas grandes cidades, os novos instrumentos administrativos não se abriram às forças vitais da sociedade civil, pelo contrário, às vezes constituem um entrave, uma barreira para a participação.

Pillitteri (2009, p. 9) continua nos explicando que coordenar a área metropolitana, uma estrutura econômico-social cada vez mais complexa, tornou-se um objetivo inadiável desde a primeira metade dos anos 80, quando se colocou o problema de gerir uma paisagem urbana profundamente diversa em relação ao passado. Então a ideia de cooperação organizacional e financeira entre o setor público e o privado nasce, portanto, como um original instrumento para corrigir as propostas utópicas, em consequência do debate político-ideológico dos anos 70 em nome de um novo "pacto" entre as instituições e a sociedade.

Esse cenário econômico-financeiro tem como pano de fundo a emergência da visão neoliberal, a partir dos anos 80, que, discutindo o Estado, propõe a redução de seu campo de atuação e reserva, ao setor privado da economia, papel mais significativo, entre outros aspectos, pela assunção da execução de obras e prestação de serviços até agora de competência pública, reforça Fingermann (2009, p. 7).

Conforme ensina Peixinho (2010, p. 18), o Reino Unido foi pioneiro na implantação de reformas que visam à redução do papel do Estado (privatização e liberalização econômica), a transformação do seu papel na vida econômica (regulação) e a flexibilização da sua gestão. O conceito de PPP, desenvolvido no início dos anos 90, marcou uma mudança estrutural na forma de financiamento e provisão de serviços de infraestrutura, assim entendendo como desestatização.

Assim como o autor acima, Cretella Neto (2010, p. 2), afirma que parcerias entre agentes públicos e privados são praticadas em diversos países da Europa e no Japão, mas foi no Reino Unido que essas ações obtiveram um real destaque. De 1992 a 2002 os investimentos patrocinados por PPPs no Reino Unido somaram US\$ 54 bilhões, com destaque para os projetos nas áreas de transportes, saúde, educação e defesa. Porém no mundo, mais de US\$ 200 bilhões anuais são levantados para financiar investimentos públicos mediante o uso desse instrumento

Então como é sabido, o cenário desta mudança tem como pano de fundo principal a crise do Estado contemporâneo e o debate neoliberal que emergiu com

grande intensidade, especialmente a partir das políticas privatizantes e do desmonte do Estado do Bem-Estar Social efetuados pelo governo *Thatcher*¹ na Inglaterra e das ações na mesma direção do governo americano e de outros países, destinadas a criar maior espaço para a atuação das forças do mercado, inclusive na realização de obras e prestação de serviços públicos, assim nos aclaram Fingermann e Loureiro (2009, p. 27).

Para podermos seguir acompanhando a evolução histórica da parceria pública-privada, conforme Peixinho (2010, p. 17), faz-se necessário entendermos o exemplo mais característico no contexto onde o parceiro privado é contratado pela Administração Pública para a realização e gestão de infraestruturas (escolas, hospitais, centros penitenciários, infraestruturas de transporte) que é a fórmula do tipo *Private Finance Initiative*² – PFI: neste modelo, a remuneração do parceiro privado não se dá mediante o recebimento de tarifas cobradas aos utilizadores da obra ou do serviço, mas de pagamentos regulares efetuados pelo parceiro público. Esses pagamentos podem ser fixos, ou calculados de forma variável em função da disponibilidade da obra ou dos serviços associados, ou mesmo da frequência de utilização da obra.

Poderemos observar um pouco mais sobre a importância deste modelo pioneiro britânico, conhecido como *Private Finance Initiative*, para o atual cenário de parcerias entre o público e o privado a seguir:

Apesar de sua experiência recente em PFI no Reino Unido, muitos governos e entidades privadas do Ocidente reconhecem ser o país pioneiro no desenvolvimento de formas de parceria (delegação de serviço público a entidades privadas). Desde a sua introdução, no início de 1990, os regimes de PFI tornaram-se amplamente utilizados em projetos de infraestrutura. Hodiernamente, há uma série de profissionais (prestadores de serviços, consultores jurídicos e investidores) que vendem o know-how e a experiência adquirida no Reino Unido para outros países do mundo. (PEIXINHO, 2010, p.18).

Através do autor Peixinho (2010, p. 18) seguimos com sua evolução histórica: um quadro importante para o desenvolvimento das parcerias era formado pela

¹ Conforme Faria (201?, <<http://www.infoescola.com>>), *Margareth Thatcher* foi a primeira mulher a chegar ao cargo de primeira-ministra da Grã-Bretanha e bateu o recorde no poder ao permanecer por 11 anos no comando; adotou um modelo de governo que seria o precursor do chamado, mais tarde, de neoliberalismo.

² Traduzindo para o português: Financiamento da Iniciativa Privada.

política das *Ryrie Rules*³ da década de 1980. De acordo com tais regras os projetos só poderiam ser financiados pela iniciativa privada se oferecessem melhor relação custo/benefício do que um *Public Sector Comparator*⁴, mesmo que o orçamento do setor alternativo não fosse suficiente. Então os dois princípios firmados pelas *Ryrie Rules* foram: (a) o financiamento privado pode ser introduzido somente quando oferece efetividade de custo (b) os projetos financiados com recursos privados devem ter cobertura em termos de despesa pública.

Peixinho (2010, p. 19) segue explicando que nos anos seguintes, as *Ryrie Rules* foram alteradas de forma que o *PSC – Public Sector Comparator* não era mais necessário se o projeto pudesse ser financiado por tarifas ou se não houvesse possibilidade de o projeto ser levado a cabo pelo setor público. Finalmente, em 1992, tais regras foram substituídas pelo *PFI - Private Finance Initiative*. Nesse ano, o Chanceler do Tesouro (Ministro das Finanças) introduziu novos regulamentos que permitiam a utilização do capital privado no setor público de produtos e serviços.

Já se tratando de Brasil, Fingermann e Loureiro (2009, p. 27) ensinam que nacionalmente, as discussões sobre a necessidade de redefinir as funções governamentais estão associadas não apenas à importação do clima ideológico neoliberal, mas sobretudo às gravíssimas dimensões financeiras da crise do Estado. Implicando a quebra do padrão de financiamento pela redução das receitas e pela impossibilidade de manter os níveis precedentes de endividamento interno e externo. Portanto, a crise fiscal brasileira resulta no desequilíbrio estrutural da economia, na presença de um elevado déficit público e na dramática redução de sua capacidade de investimento.

Para avaliar melhor o contexto em que essa nova forma de parceria surgiu no Brasil, se faz necessário apreciar os antecedentes históricos e legais, bem como a situação das contas públicas e dos investimentos brasileiros, país sempre referenciado como "do futuro", mas que até o presente, não "decolou", ao menos em relação a seu extraordinário potencial, que inclui um extenso território, clima favorável à agricultura, abundantes recursos hídricos, unidade linguística, densidade populacional relativamente baixa (embora concentrada em grandes metrópoles e regiões litorâneas), ausência de conflitos étnicos e religiosos, além de outros fatores

³ Traduzindo para o português: Regras de *Ryrie*.

⁴ Traduzindo para o português: Setor Público Comparador.

necessários para assegurar um sólido modelo de desenvolvimento, assim explica Cretella Neto (2010, p.1).

Podemos entender, segundo Oliveira e Oliveira Filho (2013, p. 2), que a participação da iniciativa privada em projetos de infraestrutura foi cíclica na história econômica brasileira. Depois de declinar ao longo do século XX com a maior participação do Estado no processo de industrialização, aumentou em alguns setores a partir dos anos 1990, com o programa de privatização impulsionado naquela década. Já nos anos 2000, o debate em torno da desestatização ficou crescentemente politizado e as PPPs surgiram como uma alternativa de menor resistência às privatizações, ou até mesmo como uma privatização disfarçada ou como uma espécie de panaceia, capaz de resolver toda sorte de carências do investimento público.

O autor Cretella Neto (2010, p. 2) demonstra que no Brasil, o Congresso aprovou no início de 2005 a lei permitindo o uso das PPPs. O debate, como era de se esperar, suscitou a discussão de importantes temas envolvendo aspectos jurídicos e econômicos, ainda que tenham ocorrido dentro de um clima de excessiva politização.

As PPPs constituem a principal alternativa à falta de recursos públicos para as obras de infraestrutura, investimentos considerados urgentes para assegurar o crescimento econômico do Brasil. São mecanismos, como já vimos anteriormente, testados em outros países, como a Grã-Bretanha, a Espanha, Portugal e a África do Sul. No Brasil, antes da aprovação da lei federal das PPPs, leis estaduais semelhantes já haviam sido aprovadas nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Goiás, de acordo com Cretella Neto (2010, p. 9).

Conforme explica Silva (2016, p. 12), PPPs são aquelas constituídas através de contratos entre as entidades privadas e a Administração Pública, onde o setor privado se comprometerá com o setor público a desenvolver atividades e serviços e assim terá que ser previamente projetado, financiado e construído; em contrapartida receberá uma remuneração prévia paga pelo Estado.

Podemos verificar a seguir, que PPP não se restringe a apenas uma definição, “o conceito de Parceria Público-Privada não apresenta um consenso, tendo sido utilizadas definições diferentes por parte de organizações internacionais, governos e acadêmicos” (SILVA, 2016, p. 19).

Peixinho (2010, p. 3) reforça a explicação apresentada acima e esclarece que conceito de parceria público-privada na Europa tem o sentido amplo. Significa, essencialmente, a participação de parceiros privados na prestação de apoio para o fornecimento de infraestrutura a visar a prestação de um serviço de utilidade pública. O sentido das parcerias se traduz na cooperação entre os setores público e privado para a realização de propósitos que correspondam ao anseio de ambos os setores, ou seja, é atraente para a Administração Pública e para a empresa privada envolvida e busca, assim, um esforço de tornar o mercado mais competitivo com geração de novos bens e serviços, que beneficiará a população em geral.

O autor supracitado segue sua definição no plano europeu, onde não existe nenhum marco jurídico específico de PPP, pois o sistema desse mecanismo é bastante diversificado, onde cada país tem seu modelo de acordo com o respectivo ordenamento jurídico. Quinze Estados-Membros da União Europeia possuem centros de experiência para oferecer apoio ao setor público, chamados forças-tarefa. Então, as restrições comuns, identificadas por esses entes, dizem respeito à falta de capacidade do setor público para a avaliação de sistemas de contratos mais complexos e de longo prazo, assim nos esclarece Peixinho (2010, p. 16).

Já o Conselho de Infraestrutura Pública e Privada (*Public Private Infrastructure Advisory Facility*) do Banco Mundial, segundo Oliveira e Oliveira Filho (2009, p. 2), define PPPs como acordos contratuais de diferentes naturezas, nos quais duas partes dividem direitos e deveres durante a duração do contrato. Assim, diferentes formas de PPP podem existir, com distintas ponderações das responsabilidades e deveres de cada parte envolvida no contrato. Cada ponderação reflete a propensão à exposição a riscos do contrato. Além disso, as condições de cada setor e a natureza do mercado em que o projeto se insere fazem com que o papel do setor privado varie significativamente.

Silva (2016, p. 19) entende a definição de parceria público-privada como o envolvimento das partes - Estado e Privado - na constituição de uma entidade autônoma, sendo que ambas repartem a responsabilidade por aspectos desta nova organização ou, em alternativa, assumem em conjunto os objetivos a que se propõe a nova entidade.

O autor supracitado continua com a sua definição: “a PPP está assim associada à partilha de risco, responsabilidade e ganhos entre a parte privada e

pública, apenas se justificando quando existe o benefício *value at money*⁵ para os contribuintes ” (SILVA, 2016, p. 19).

Em se tratando de Brasil, conforme Fingerhann (2009, p. 7), a PPP decorre, mais do que de uma opção de natureza político-ideológica, da própria crise do Estado brasileiro, onde sua situação financeira o incapacita a realizar os investimentos que a sociedade requer. Se, de um lado, o setor público não tem condições de atender às demandas sociais, a iniciativa privada busca mercados alternativos para utilização de sua capacitação empresarial, financeira e administrativa, ociosa em função do longo período recessivo que o país vem atravessando.

Conforme Mello (2012, p. 788), na legislação brasileira – a qual veremos detalhadamente no próximo capítulo - a parceria público-privada é considerada uma espécie nova de concessão de serviço ou obra pública:

A Lei 11.079, de 30.12.2004 (DOU 31.12.2004) criou uma ‘espécie nova’, no Brasil, de concessão de serviço ou obra pública. Dita lei apresenta-se como norma geral de licitação e contratos, aplicável à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como às respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista e demais entidades controladas por tais sujeitos. Vem instituir, como modalidade de concessão, a chamada parceria-público privada e estabelecer normas para licitá-la. (MELLO, 2012, p. 788).

Já Meirelles (2010, p. 425) explica que a Lei 11.079/04 define a parceria público-privada como contrato administrativo de concessão, mas uma concessão especial, diversa da tradicional, porque o particular presta o serviço em seu nome, mas não assume todo o risco do empreendimento, uma vez que o Poder Público contribui financeiramente para sua realização e manutenção. Com a nova legislação de 2004, passamos, assim a contar com três tipos de concessão de serviços: a comum, que continua regulada pela Lei 8.987/95; a patrocinada e administrativa, que são regidas pela Lei 11.079/04 e com aplicação subsidiária da lei de 95.

A definição de parceria público-privada pode ser entendida como um mecanismo entre duas ou mais partes que concordam em trabalhar em cooperação para alcançarem um objetivo conjunto ou compatível. Assim, existem autoridade e

⁵ Traduzindo para o português como “valor em dinheiro”.

responsabilidade divididas, recursos conjuntos para investimento, passivo, assunção de riscos e ganhos partilhados, segundo Silva (2016, p. 19).

Já a instituição conhecida como Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁶, conforme Silva (2016, p. 19), conceitua tal parceria como acordo entre o Estado e uma ou mais entidades privadas, sendo que a parte privada se compromete a disponibilizar um serviço ou produto de uma forma concertada com os objetivos do Estado e simultaneamente com a rentabilidade por si esperada. Este contrato exige ainda uma efetiva transferência de riscos para os privados.

Segundo a *Standart and Poor's*⁷, conforme demonstra Silva (2016, p. 19), PPP é o vínculo de médio e longo prazo entre o setor privado e público, envolvendo a partilha de riscos e ganhos resultantes da disponibilização pelas partes de benefícios financeiros, competências multissetorial e outras especializações, concertado de forma a alcançar os objetivos pretendidos com a parceria.

O autor Peixinho (2010, p. 3) faz uma definição aprofundada do conceito de parcerias público-privadas:

Numa parceria, a entidade pública transfere imóveis, propriedade ou outros bens controlados para o setor privado, com ou sem pagamento em contrapartida, normalmente para o período de vigência do acordo. O ente público especifica a operação dos serviços delegados e o setor privado, por sua vez, presta os serviços e utiliza as instalações por um período de tempo definido. No final do acordo, o setor privado arca com o ônus de transferir as instalações ao setor público, com ou sem o pagamento. As parcerias entre os setores público e privado abrangem tratamento de água, rodovias públicas, infraestrutura, telecomunicações, escolas, túneis, construção de aeroportos, presídios, dentre outras competências exercidas pelo Estado e de interesse da sociedade. (PEIXINHO, 2010, p. 3).

Continuando com sua análise, agora com a seguinte distinção entre PPP e privatização: no sistema de PPP o setor público adquire e paga pelos serviços prestados pelo setor privado, em nome do interesse público e mantém a responsabilidade final para a entrega dos serviços, apesar de serem prestados pelo setor privado durante certo período de tempo; no caso da privatização, quando a

⁶ Conforme o Itamaraty: “organização intergovernamental baseada em Paris, a OCDE se dedica à pesquisa e estudos para o aperfeiçoamento das políticas públicas nas mais diversas áreas e à troca de experiências entre países membros e parceiros. ” (ITAMARATY, 2017, <<http://www.itamaraty.gov.br>>).

⁷ Instituição americana que faz análises e pesquisas sobre bolsas de valores e títulos.

entidade governamental decide privatizar bens ou serviços, o setor privado assume os negócios e a responsabilidade pela entrega do serviço. Neste caso, seria errôneo falar que o ente público é indiferente à qualidade dos serviços prestados pela empresa que privatizou o bem, porque o setor privado está sujeito à disciplina dos produtos e mercados de capitais sob a forma de concorrência com outras empresas. Entretanto, se não houver essa concorrência esperada efetivamente, talvez pela empresa possuir algum tipo de monopólio natural, o Estado terá de impor algum tipo de regime regulatório sobre o preço ou a taxa de retorno, assim é o entendimento de Peixinho (2010, p. 3).

O autor supracitado vai além com sua explanação acerca da questão diferencial entre privatização e PPP:

Ao contrário do que se vê na privatização, o setor público detém papel de importância substancial no comando dos projetos, enquanto a empresa privada fica com a responsabilidade de disponibilizar ativos de capital e serviços. E o setor público o responsável por decidir quais serviços públicos serão delegados e em definir os padrões de qualidade de tais serviços. (PEIXINHO, 2010, p. 5).

Já os autores Oliveira e Oliveira Filho (2013, p. 2) nos demonstram que o mecanismo da PPP constitui uma alternativa ao modelo clássico de obra pública por três razões distintas: a centralização de atividades de construção e operação em um único contrato; a transferência temporária dos ativos ao parceiro privado; e a repartição dos riscos com o parceiro privado ao longo da duração do projeto. Além disso, pode-se adicionar uma quarta diferença relacionada ao financiamento privado do empreendimento.

Mas esse mecanismo não está isento de críticas, assim nos demonstra Cretella Neto (2010, p.10), ao afirmar que seus adversários vislumbram nas PPPs a possibilidade de aumentar a dívida pública - a ser paga pelos governos futuros - e também, conforme as regras de seleção dos parceiros privados, a abertura de caminhos para a corrupção. Além disso, não aceitam participação majoritária do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES nem de fundos de pensão de empresas estatais.

Concluindo, Peixinho (2010, p. 4), observa que os contratos de parcerias diferem dos projetos convencionais em três diferentes modos: a organização do setor privado envolvido não só constrói o capital ativo, mas também é responsável

por sua operação e manutenção; a produção é usada e o parceiro público indica quais os serviços requeridos; por fim, prevê a transferência de riscos do cliente público para o setor privado.

Até aqui tivemos a oportunidade de compreender o que é uma PPP, através dos diversos autores citados chegamos a uma definição para o nosso objeto de estudo. Doravante, será analisada, no próximo item, os objetivos a serem alcançados com a PPP.

2.2 Objetivos a serem atingidos com as parcerias público-privadas

Conforme Alexandrino e Paulo (2016, p. 823), as parcerias público-privadas têm como objetivo atrair o setor privado, tanto o nacional como o estrangeiro, basicamente para investimentos em projetos de infraestrutura de grande vulto, necessários ao desenvolvimento do país, cujos recursos envolvidos excedem a, capacidade financeira do setor público, facilitando assim concretizar o papel do Estado.

Os autores acima continuam explicando o objetivo das parcerias público-privadas e a estratégia para atrair o setor privado numa parceria como essa:

A principal estratégia para atrair esses investimentos é, simplificada, assegurar ao 'parceiro privado' (denominação que a lei utiliza para referir-se ao particular contratado) um retorno mínimo sobre o capital investido. Esse 'retorno mínimo' é proporcionado por uma 'contraprestação' paga ao investidor privado pela administração pública contratante ('parceiro público'). (ALEXANDRINO; PAULO, 2016, p. 823).

Já o autor Cretella Neto (2010, p.7) reforça essa ideia de objetivo, ao dizer que as PPPs no Brasil são uma alternativa à simples privatização, segundo a qual o formato proposto pelo governo federal oferece garantias de pagamento e rentabilidade ao setor privado em contratos públicos, com o intuito de incentivar e atrair investimentos, especialmente nos setores de infraestrutura e de produção de bens e serviços à população. É considerado, por seus defensores, como a única forma para impulsionar o desenvolvimento do país, diante da escassez de recursos orçamentários e da pouca lucratividade de determinados setores, pela mobilização de vultosos recursos para suprir demandas nas áreas de segurança pública, habitação, saneamento básico, infraestrutura viária e elétrica e também porque se

trata de modalidade de contratação diferente das praticadas, e que adapta a legislação brasileira, para permitir que a Administração Pública possa compartilhar riscos e financiamentos com o setor privado.

Peixinho (2010, p. 44) demonstra que as PPPs buscam, assim como todo serviço público, a concretização dos princípios da eficiência e da supremacia do interesse público, estes listados no art. 37 da Constituição Federal (CF) e que, assim o Estado brasileiro visa a realização das políticas públicas necessárias para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros. Com um parceiro privado, a administração pública tem mais condições de investimentos destinados para a viabilização das obras e serviços essenciais para o desenvolvimento nacional.

O objetivo fundamental das PPPs é bem sintetizado pelos seus princípios previstos do art. 4º da Lei 11.079/04, que são:

I - eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; II - respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução II- indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; IV - responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; V - transparência dos procedimentos e das decisões; VI - repartição objetiva de riscos entre as partes; VII - sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria. (PEIXINHO, 2010, p. 44).

Oliveira (2005, <<http://www.migalhas.com.br>>) explica que os projetos que mais se beneficiarão com as PPPs são aqueles na área de infraestrutura, principalmente nos setores de rodovias, ferrovias, portos e aeroportos, onde há uma escassez de recursos muito grande, criando o tão famoso “gargalo” nas exportações brasileiras. A própria carteira elaborada pelo Governo Federal indica a preferência que tais projetos deverão gozar.

Através do pensamento de Fingermann e Loureiro (2009, p. 28) podemos compreender a importância de atrair o setor privado para uma parceria, pois é importante destacar a situação privada nesse contexto. As evidências são de que há não só capacitação técnica, administrativa e gerencial para a sua introdução no mercado de produção de bens e serviços públicos, como também capacidade produtiva ociosa em busca de realização. E, do ponto de vista financeiro, as informações apontam liquidez que pode ser canalizada para financiar a construção e fornecimento de equipamentos e serviços. Portanto, o panorama apresentado evidencia que, tanto do lado do setor público, pela situação de crise de

financiamento que atravessa, quanto pelo lado do setor privado, há condições propícias para o desenvolvimento de formas de cooperativas de atuação na esfera das administrações públicas.

Por fim, podemos perceber que a parceria público-privada também é considerada um instituto com a finalidade de concretizar políticas públicas, sendo assim podemos destacar:

Considerando que as parcerias público-privadas constituem meios para consecução de políticas públicas, é possível vislumbrar a necessária submissão de sua promoção às finalidades referidas no art. 3º e da Constituição Federal, dentre as quais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Diante disso, seria factível, naqueles casos em que a parceria claramente seja utilizada para outro fim que não os constitucionalmente previstos, o controle judicial. É claro que o controle judicial pressupõe uma lei não-razoável, que fira o devido processo legal substantivo, mas os fins devem se remeter em última instância aos princípios fundamentais. (OLIVEIRA, 2010, p. 54).

Dentro deste contexto apresentado pelos autores citados, podemos concluir que esse mecanismo, envolvendo a Administração Pública e a iniciativa privada, tem como principal objetivo atrair investimentos privados para a prestação de serviços públicos, dando ao investidor as garantias jurídicas e de retorno econômico. Doravante, no capítulo seguinte serão analisados os limites legais para alcançar este fim.

3 LIMITES ENTRE O SETOR PÚBLICO E AS EMPRESAS

Para garantir a segurança jurídica necessária às partes envolvidas numa parceria público-privada, a legislação brasileira, através de contrato de concessão, prevê uma série de direitos e deveres entre o poder concedente (Estado) e o concessionário (empresa privada).

Além disso, importante salientar que a concessão é um serviço público delegado, portanto os mesmos princípios, aqueles que norteiam e limitam a prestação direta e indireta de serviços pela Administração Pública, igualmente serão observados naqueles prestados por entes privados num contrato de concessão.

Diante disto, este capítulo é dedicado a explorar e identificar os principais pontos da legislação que trata do tema, com ênfase nas Leis nº 11.079/2004 e nº 8.987/1995 e suas subsidiariedades.

3.1 Os serviços públicos e seus princípios

De acordo com os autores Alexandrino e Paulo (2016, p. 750), deve-se atentar, preliminarmente, para a circunstância de que a Constituição Federal não conceitua serviço público; tampouco o fazem as leis no Brasil. É mister, destarte, perquirir como a doutrina trata o problema da sua definição.

E desta forma, os autores Alexandrino e Paulo (2016, p. 750) continuam explicando que o certo é que não existe um conceito doutrinário consensual de "serviço público". O que há são escolas ou correntes teóricas que, segundo critérios variados, procuram indicar os elementos relevantes para a identificação ou a conceituação de uma atividade como "serviço público".

Já o autor Pessoa (2003, p. 386) conceitua serviço público, à luz do ordenamento jurídico nacional, como toda atividade de prestação de utilidade ou comodidade aos administrados, realizada pela Administração Pública ou por particulares em nome desta, sob um regime de Direito Público e ainda, tal conceito leva em consideração diversos critérios que, sozinhos, não seriam suficientes para uma adequada conceituação de serviço público, tais como, a natureza da atividade, o sujeito que as presta, o regime que a regula, seus fins e objetos.

Temos a noção de Estado encontrando-se intimamente vinculada à de serviço público, vez que o Estado apresenta-se, de forma genérica, como uma entidade,

uma grande organização voltada precipuamente à satisfação de algumas necessidades coletivas, reputadas imprescindíveis e necessárias para determinada sociedade, às quais os indivíduos e grupos sociais, voltados para a satisfação dos seus interesses específicos, não poderiam dar conta de maneira satisfatória; dependendo do modelo de Estado adotado, pode ser mais amplo ou mais restrito na prestação de serviços públicos, assim compreende Pessoa (2003, p. 384).

Seguindo com esta questão, poderemos identificar a seguir, que o conceito de serviço público tem amplo entendimento e não obtém uniformidade na doutrina:

O conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, que ora nos oferece uma noção orgânica, só considerando como tal o que é prestado por órgãos públicos; ora nos apresenta uma conceituação formal, tendente a identificá-lo por características extrínsecas; ora nos expõe um conceito material, visando a defini-lo por seu objeto. Realmente, o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas. (MEIRELLES, 2010, p. 350).

Continuando com a conceituação do autor supracitado a respeito do tema: “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (MEIRELLES, 2010, p. 350).

E, sobre a sua característica: “o serviço público se caracteriza por se constituir numa atividade cuja importância para a comunidade é de ordem fundamental, marcado que é por um interesse público objetivo”. (PESSOA, 2003, p. 394).

Então, por se tratar de serviços essenciais à população, a prestação do serviço público é da titularidade do Poder Público, estando, assim, a sua gestão, mesmo quando a cargo de particulares, submetida a diversos princípios de Direito Público, especificamente voltados à sua prestação de maneira eficiente, assim nos ensina Pessoa (2003, p. 394).

Alexandrino e Paulo (2016, p. 751) nos demonstram que a expressão "serviço público" pode ser utilizada em um sentido subjetivo, quando se refere ao conjunto de órgãos e entidades que desempenham atividade administrativa, ou em um sentido objetivo, quando se refere a uma determinada coleção de atividades. Também,

apontam a existência de definições amplas e definições restritas de serviço público, assim consideradas conforme o espectro de atividades que nelas se incluem.

De acordo com Pessoa (2003, p. 388), a natureza da atividade administrativa poderá ser dividida em três tipos de prestações materiais: em espécie, periódicas e sistemáticas. Materiais que são (energia elétrica, água, telefone, etc.). São prestações em espécie (de atividades ou bens), e não em dinheiro. As prestações em dinheiro podem constituir objeto de outros serviços sociais, como os de fomento, mas não de serviços públicos. São, também, prestações periódicas e sistemática. Atendendo às necessidades contínuas, devem também ser prestados de forma ininterrupta, sem solução de continuidade.

O sujeito que o presta é aquele que presta tais serviços, que tanto pode ser a própria Administração Pública, direta e indireta, como particulares (concessionários e permissionários), que atuam mediante delegação e fiscalização daquela; objeto do serviço é considerado o objeto da prestação e seus destinatários, trata-se de comodidades ou utilidades concretas a serem fruídas pelos administrados e devem, em princípio, ser ofertadas ao grande público; por fim, regime jurídico é o regime que regula a prestação de serviços, trata-se de um regime jurídico especial, de Direito Público, instituído em favor da prevalência do interesse público, ou seja, do conjunto da população destinatária de tais serviços, conforme Pessoa (2003, p. 388).

Então, verificado por Di Pietro (2017, p. 70), em meados do século passado, voltou o Poder Público a utilizar-se da concessão de serviços como forma de delegação de serviços públicos a empresas privadas, sem abandonar a possibilidade de concessão a empresas estatais.

Isto se dá, no direito brasileiro, através de diferentes maneiras a partir dos anos 90: pela venda de ações de empresas estatais ao setor privado (privatização em sentido estrito), com que muda a natureza da concessionária, pois esta então deixa de ser estatal e passa a ser uma empresa privada; pelo retorno ao instituto da concessão de serviços públicos, seja em sua forma tradicional, a partir de sua disciplina legal pelas Leis 8.987, de 13-2-1995, e 9.074, de 7-7-1995, seja sob a forma de PPP, instituída pela Lei n 11.079, de 30-12-2004, segundo Di Pietro (2017, p. 71).

Continuando, Di Pietro (2017, p. 71) explica que no caso de concessão, determinadas atividades que eram desempenhadas pelo Poder Público, passam a ser dadas a empresas privadas, então a empresa estatal que exercia tal atividade

perde ou tem reduzido seu objeto e em alguns casos, passa a atuar como órgão regulador ou como órgão técnico fiscalizador, podendo mesmo ser pura e simplesmente extinta.

A Constituição Federal (CF), em seu art. 175, determina que o Poder Público é incumbido de prestar serviços públicos, diretamente ou “sob regime de concessão ou permissão”. Tal como apontado, o serviço público apresenta natureza institucional. Isso significa que a concessão de serviço público é um instrumento de agregação de sujeitos para ampliar os esforços necessários à concretização de um fim de grande relevância. O fim a ser obtido é a prestação das utilidades necessárias à satisfação de um direito fundamental. Essa ideia - satisfação de um direito fundamental - norteia a atuação de todos os sujeitos públicos. A concessão propicia que um particular se comprometa com a promoção desse fim, assim explica Justen Filho (2013, p. 760).

Mello (2012) entende que há uma imposição constitucional quanto a alguns serviços de prestação não obrigatória pelo Estado e como não os presta, é seu dever promover a prestação para o público através de concessão ou permissão. Neste caso o objeto de estudo é a concessão, que concede ao privado uma garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, entende-se aqui por equilíbrio ou equação econômico-financeira:

[...] a relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da conclusão do contrato, entre um conjunto de direitos do contratado e um conjunto de encargos deste, que pareceram equivalentes, donde o nome de equação; desde então esta equivalência não mais pode ser alterada. (WALINE, 1963, apud MELLO, 2012, p. 718).

Pessoa (2003, p. 397) nos lembra de uma matéria importante quanto a retribuição dos serviços públicos, que sendo de profundos aspectos políticos, econômicos e sociais, é relativa à forma de remuneração dos serviços públicos, posto que tais serviços, implicando em gastos, são sempre retribuídos de alguma maneira. Ou são custeados pelo poder público ou pelos usuários do serviço.

Continuando na linha de raciocínio de Pessoa (2003, p. 397), são gratuitos quando o usuário não paga pelo serviço, aqui os serviços são custeados pela Administração ou por terceiros. São onerosos quando o usuário paga pela prestação. São lucrativos quando a remuneração paga cobre e vai além dos custos

do serviço, remunerando quem o presta, é o caso, por exemplo, das concessões de transportes coletivos.

O autor supracitado também esclarece a diferença da remuneração entre taxas e tarifas, as quais pagamos por serviços prestados: nos termos do art. 145, II, da Constituição, a taxa se constitui em contraprestação pecuniária pela prestação de serviços públicos específicos e divisíveis. Assim, tais serviços devem ser retribuídos por taxas sempre que sua utilização pelo usuário for obrigatória, não importando, aqui, se ocorre ou não utilização efetiva do serviço, são exemplos os serviços de coleta de lixo e de distribuição de água domiciliar; tarifa, também chamada de preço público, é a forma remuneratória dos serviços de utilização facultativos, ou seja, de utilização não obrigatória, os usuários somente pagam tarifas quando da utilização eletiva de determinado serviço público, e na exata proporção da fruição auferida, são exemplos os serviços de telefonia, fornecimento de energia elétrica, dentre outros, de acordo com Pessoa (2003, p. 397).

É de suma importância saber, no entendimento de Pessoa (2003, p. 399), que a prestação de serviço público envolve uma nítida “relação de consumo”, e, por essa razão, também é disciplinada no Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei nº 8.078/90 -, tratando-se, destarte, de um direito do consumidor frente à Administração, porém somente os serviços *ut singuli*, ou seja, aqueles de prestação individual, particular, facultativa e remunerado por taxas ou tarifas. Assim podemos verificar na seguinte explicação:

Basicamente, a disciplina dos serviços públicos no CDC encontra-se no art. 22, que assim dispõe: ‘os órgãos públicos, por si ou por empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos’. Reza o parágrafo único deste dispositivo: ‘no caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código’. (PESSOA, 2003, p. 399).

Segundo Oliveira (2010, p. 57), é crucial proceder a uma leitura da legislação instituidora das PPPs do ponto de vista dos princípios constitucionais da Administração Pública. É preciso partir inicialmente dos princípios explícitos insertos no caput do art. 37, quais sejam, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. É claro que existem princípios implícitos

normalmente invocados como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, proporcionalidade, finalidade, dentre outros.

A seguir serão apresentados os principais princípios que regem os serviços públicos e fazem uma conexão com as concessões e após, em novo item, aqueles que regem especificadamente os serviços públicos prestados através de concessões.

Começando pela legalidade, então entendemos tal princípio da seguinte forma: “o princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 21).

Faz-se necessário circunscrever uma abordagem à legalidade formal, Oliveira (2010, p. 58), pois o fundamento da legalidade no Texto Constitucional brasileiro inserto no art. 5º, inciso II, que dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, traduz-se no preceito de que ao cidadão é permitido fazer tudo, desde que não fira norma jurídica em contrário. Ao Estado, porém, só é permitido fazer ou agir quando a lei o permitir. E, claro que nem toda ação administrativa é vinculada, mas mesmo na esfera da discricionariedade, os princípios constitucionais regerão a atuação do Poder Público e como se sabe, um desdobramento importante do princípio da legalidade é o princípio da reserva da lei.

Então, quando a CF estabelece a necessidade de lei formal como corolário do princípio da legalidade, é indispensável a regulação por esse meio. Em alguns casos, a Constituição exige lei que a complemente, daí derivando uma reserva da lei complementar. O que se consubstancia é a necessidade de que determinadas matérias sejam objeto exclusivamente de lei, e mais particularmente de lei complementar, desta forma entende Oliveira (2010, p. 58).

Continuando com o raciocínio da autora Oliveira (2010, p. 59), é interessante lembrar que a edição da Lei das PPPs teria se dado, visando cumprimento ao art. 22, XXVII, competência concorrente da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. Outra alegação seria de que tais normas não poderiam ser definidas como normas gerais de licitações e contratos administrativos, não sendo oponíveis a Estados e Municípios.

Conforme Carvalho Filho (2010, p. 22), a referência ao princípio da impessoalidade no texto constitucional, no que toca ao termo impessoalidade, constituiu uma surpresa para os estudiosos, que não o empregavam em seus trabalhos. Impessoal é aquilo que não pode ser voltado especialmente a determinadas pessoas, então esse princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia.

Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade, conforme Carvalho Filho (2010, p. 22).

No que tange ao princípio da impessoalidade, no entendimento de Oliveira (2010, p. 62), este foi objeto de atenção por parte do Diploma Legal das PPPs, pois dispõe o art. 4º, inc. V, que a contratação de PPP supõe a transparência dos procedimentos e das decisões.

Como se sabe, Oliveira (2010, p. 62), o princípio da transparência é uma das decorrências mais expressivas do princípio da impessoalidade e no caso das parcerias, tal proposição é ainda mais marcante, considerando o comprometimento público expressivo - não só no vulto do investimento, mas no comprometimento temporal. É possível vislumbrar que a realização de PPPs suporá o estabelecimento de ritos e procedimentos extremamente transparentes. Tal transparência, a toda evidência, não é exclusiva dos processos licitatórios das PPPs, mas é especialmente reforçada nesse âmbito.

Sobre o princípio da moralidade, o autor Carvalho Filho (2010, p. 23) entende que este impõe ao administrador público não dispensar os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Também podemos acrescentar que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.

A autora Oliveira (2010, p. 62) diz que o princípio da moralidade determina que os atos normativos que regularão as PPPs não podem deixar sem sanção os que desrespeitam a justiça e a honestidade, então podemos considerar tal princípio um norte importante para o instituto objeto deste trabalho.

Seguindo com a autora acima, Oliveira (2010, p. 62), o art. 4º da Lei das PPPs enuncia diretrizes a orientar a contratação, que contém em geral preceitos que visam homenagear a moralidade administrativa e o meio de garantir a homenagem do princípio da moralidade está sempre ligado não só à transparência dos procedimentos, mas também pela motivação dos atos. Com efeito, a Lei 11.079/2004 exige "pronunciamento prévio e fundamentado" sobre o projeto, consoante previsão dos arts. 10, I, e 14, § 3º.

Carvalho Filho (2010, p. 28) ensina que o princípio da publicidade mencionado na Constituição indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos e somente com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos julgar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem.

Fazendo uma conexão deste princípio constitucional com o objeto de nosso estudo, o instituto PPP, encontramos a seguinte análise:

Há uma atenção especial com o princípio da publicidade na legislação das PPPs, traduzido no esforço para se dar a maior transparência possível aos atos praticados, mas também identificável com a previsão, no art. 10, VII, da necessária submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos sete dias antes da data prevista para a publicação do edital. Há ainda previsão legal da divulgação das contas na rede pública de transmissão de dados (art. 14, § 9º) e ainda o dever de apresentação de relatórios (art. 15). A aplicação prevista no art. 12 da Legislação das Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93) implica a extensão das regras lá contidas com relação à publicação, reforçada, porém, pela consulta pública antes referida. (OLIVEIRA, 2010, p. 64).

Conforme expõe Carvalho Filho (2010, p. 31), a Emenda Constitucional nº 19/98, que guindou ao plano constitucional às regras relativas ao projeto de reforma do Estado, acrescentou, ao caput do art. 37, outro princípio: o da eficiência, este

denominado de "qualidade do serviço prestado" no projeto da Emenda. Com esta inclusão, pretendeu o governo conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores. Não é difícil perceber que a inserção desse princípio revela o descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a deficiente prestação de tantos serviços públicos, que incontáveis prejuízos já causaram aos usuários.

Então, Oliveira (2010, p. 66) ensina que o direito brasileiro vem dando especial atenção à questão da responsabilidade fiscal e explica que as PPPs são impulsionadas pelas necessidades da gerência da dívida pública e de investimentos públicos. No entanto, seria preciso levar em conta que sob o mecanismo de PPP, os recursos regulatórios do Estado passam a operar de modo fragmentado e disperso por unidades decisórias governamentais e não-governamentais, tornando-se uma fonte de potenciais dificuldades para a coordenação de políticas públicas e a responsabilização pelos impactos dessas políticas.

Continuando com o princípio da responsabilidade fiscal, Oliveira (2010, p. 66) diz que tal circunstância reforçaria a necessidade de amarras do ponto de vista da responsabilização fiscal, preocupação posta colateralmente na lei que veio regular as parcerias público-privadas. A mesma Lei das PPPs estipula então, em seu art. 4º, a responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias.

O princípio da licitação, disposto no art. 37, XXI, da CF, é amplamente aplicável às PPPs, consoante os arts. 10 a 13 da Lei instituidora. É cabível lembrar a aplicação subsidiária da Lei de Concessões (Lei 8.987/95) e da Lei de Licitações e Contratações Administrativas (Lei 8.666/93). Cabe, porém, frisar que a aplicação do pregão não seria admissível, pois essa modalidade em nosso sistema jurídico se circunscreve aos serviços e bens comuns. Certamente, os serviços e obras objetos de PPPs não poderão ser enquadrados como serviços ou bens comuns, viabilizando a aplicação de tal modalidade licitatória. De qualquer forma, a própria Lei da PPPs incorporou algumas das ideias reconhecidas como bem-sucedidas na experiência com o pregão, dentre as quais podemos citar, segundo Oliveira (2010, p. 67):

- a) a inversão das fases, com a realização do julgamento das propostas antes da habilitação; b) a possibilidade de saneamento dos documentos até a habilitação; c) a possibilidade de previsão de apresentação de lances orais, após a abertura das propostas (arts. 12 e 13 da Lei 11.079/2004), assim nos esclarece Oliveira (OLIVEIRA, 2010, p. 67).

A autora acima, Oliveira (2010, p. 65), também menciona que fora os princípios explícitos, também podemos referir alguns princípios implícitos. Um dos princípios particularmente importantes para o direito administrativo é o princípio da subsidiariedade. Segundo a autora, esse princípio surgiu na tradição do pensamento católico, mas que ganha novas dimensões com a complexificação e a superposição de ordens políticas que caracteriza o mundo moderno.

Falcão et al. (2013, p. 21) reforçam a ideia de subsidiariedade, ao explicar que a origem da expressão latina *subsidium*, expressa ajuda ou socorro, indicando que o papel a ser realizado pelo Estado deve ser compreendido em função dos objetivos individuais de cada pessoa. Destarte, foi concebido como um mecanismo de defesa da autonomia individual, segundo o qual deveria ser dada ao indivíduo a prioridade para buscar e satisfazer seus próprios interesses e, só depois de verificada a sua impossibilidade de obter satisfação sozinho, outra esfera superior deveria se ocupar de tal intervenção.

A aplicação da subsidiariedade consiste na identificação de níveis escalonados de ação, uma vez que existem na sociedade grupamentos de proporções diversas, cada qual pela execução de tarefas, com vários graus de complexidade. Pois, o indivíduo não é capaz de atender a todas as suas necessidades para uma existência digna, razão pela qual a ele se sobrepõem famílias, comunidades, Estados, organizações internacionais e blocos econômicos, segundo Falcão et al. (2013, p. 22).

Para finalizar, podemos citar, através de Alexandrino e Paulo (2016, p. 239), o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade que não se encontram expressos no texto constitucional. Pois são eles, na verdade, princípios gerais de direito, aplicáveis a praticamente todos os ramos da ciência jurídica. Mesmo embora sejam implícitos, o Supremo Tribunal Federal (STF), em diversos julgados, tem apontado como sede material expressa desses princípios o postulado do devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV).

Os dois autores também comentam o uso das duas nomenclaturas no Direito brasileiro:

É frequente os autores, e mesmo a jurisprudência, sobretudo no âmbito do direito constitucional, tratarem razoabilidade e proporcionalidade como um único e mesmo princípio jurídico, empregando esses termos como sinônimos, no mais das vezes dando preferência ao uso da expressão "princípio da proporcionalidade". Na seara do direito administrativo, pensamos ser mais usual a referência a 'princípio da razoabilidade' como

um gênero, constituindo a noção de proporcionalidade uma de suas vertentes, comumente relacionada a situações que envolvam atos administrativos sancionatórios. (ALEXANDRINO e PAULO, 2016, p. 239).

Para Oliveira (2010, p. 68), este princípio, no caso da Lei das PPPs, está ligado em uma série de opções do administrador público, que deve nortear a sua conduta pelas diretrizes inseridas no art. 4º da referida lei. Então, é possível, porém, evidenciar, a partir do momento em que se admite o controle judicial das políticas públicas, um controle das opções do administrador público. A seguir serão apresentados os princípios que norteiam, particularmente, aqueles serviços prestados sob forma de concessão.

3.2 A concessão e seus princípios

Peixinho (2010, p. 43) explica que o Brasil possui três institutos jurídicos usados tradicionalmente para transferência de serviço público, que são a concessão, a permissão e a autorização. Com o advento da Lei 11.079/04 foram incorporadas as PPPs como espécie do gênero “contratos de concessão” e este, por sua vez, faz parte do gênero mais amplo dos contratos administrativos.

Os contratos administrativos abrigam, no entendimento de Peixinho (2010, p. 43), o Estado e o particular numa relação contratual bilateral, cujo o objeto é uma prestação direta ou indireta para a coletividade e, conseqüentemente, afastam as vontades exclusivamente privadas e assim concretiza o princípio da supremacia do interesse público.

Conforme demonstra Justen Filho (2013, p. 761), a concessão de serviço público é um contrato plurilateral, pois o contrato de concessão é pactuado entre três partes, que são: (a) o "poder concedente" - o ente federativo titular da competência para prestar o serviço. (b) a sociedade, personificada em instituição representativa da comunidade, e (c) o particular (concessionário). Portanto, engloba três partes distintas.

Já a autora Di Pietro (2017, p. 44) nos ensina que vários instrumentos de parceria estão previstos no direito positivo Brasileiro, como a concessão e a permissão de serviços públicos, tal como disciplinadas pela Lei nº 8.987/1995; a concessão de obra pública regulada pela mesma Lei no 8.987/1995; por fim, a concessão patrocinada e a concessão administrativa, englobadas sob o título de

Parcerias Público-Privadas na Lei 11.079, esta última que é objeto de nosso trabalho.

Não existe uniformidade de pensamento entre os doutrinadores na definição do instituto da concessão. Para fins de sistematização da matéria, segundo Di Pietro (2012, p. 295), pode-se separá-los em três grupos: aqueles que seguem a doutrina italiana, que então atribuem acepção muito ampla ao vocábulo concessão de modo a abranger qualquer tipo de ato, unilateral ou bilateral, pelo qual a Administração outorga direitos ou poderes ao particular, porém não tem muita aceitação no direito brasileiro que, em matéria de contrato, se influenciou mais pelo direito francês; aqueles que lhe dão acepção menos ampla, distinguindo a concessão translativa⁸ da constitutiva⁹, e admitindo três tipos de concessão, a de serviço público, a de obra pública e a de uso de bem público; por fim aqueles que lhe dão acepção restrita, só considerando como concessão a delegação de poderes para prestação de serviços públicos, ou seja, a concessão de serviços públicos.

Em relação às fontes normativas das concessões, Carvalho Filho (2010, p. 395 – 396) explica que existem a fonte constitucional no seu art. 175 e fonte infraconstitucional através da Lei nº 8.987, que passou a dispor sobre o regime de concessão comum e permissão de serviços públicos, excetuando os de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Já a Lei nº 9.074, 7-7-1995, antecedida de algumas medidas provisórias, que, alterando e complementando algumas das normas da Lei 8.987, tratou especificadamente dos serviços de energia elétrica e da reestruturação dos serviços concedidos e algum tempo depois, foi editada a Lei nº 9.648, de 27-5-1998, que introduziu algumas alterações em ambos os diplomas. Posteriormente a isso, foi editada a Lei nº 11.079, que passou a disciplinar a concessão especial de serviços públicos, sob a modalidades de concessão patrocinada e concessão administrativa, as chamadas PPPs.

Conforme Di Pietro (2017, p. 46), a escolha da modalidade de parceria não é arbitrária; ela deve ser feita em função do tipo de atividade. No que diz respeito à

⁸ “Translativa importa a passagem, de um sujeito a outro, de um bem ou de um direito que se perde pelo primeiro e se adquire pelo segundo.” (DI PIETRO, 2012, p. 297).

⁹ “Constitutiva ocorre quando, com base em um poder mais amplo, o Estado constitui, em favor do concessionário, um poder menos amplo.” (DI PIETRO, 2012, p. 297).

concessão, a publicação da Lei 11.079 obriga a uma distinção entre três modalidades, que veremos a seguir.

A concessão de serviço público, explicada por Di Pietro (2017, p. 46), em sua forma tradicional, constitui contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o execute por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço; o objeto é a execução de um serviço público; a forma básica de remuneração é a tarifa paga pelo usuário, sendo possível a previsão contratual de outras formas de remuneração, alternativas, acessórias, complementares ou decorrentes de projetos associados.

Então, Meirelles (2010, p. 270) reforça a explicação sobre o instituto da concessão de serviço público, que é precedido ou não da execução de obra pública. Este é regulado inteiramente pela Lei 8.987, posteriormente complementada pela Lei 9.074, de 7 de julho de 1995 (com normas destinadas ao setor elétrico) e por alguns dispositivos esparsos da Lei nº 9.468, de 10 de julho de 1997, lei que regula o Programa de Desligamento Voluntário (PDV).

A concessão patrocinada, que é também uma concessão de serviços públicos e de obras públicas de que trata a Lei 8.987 quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado; seu objeto pode ser a execução de um serviço público ou de uma obra pública; substancialmente, não difere da concessão tradicional, em que também é possível contraprestação do poder público, sob forma de subsídio; só que na concessão patrocinada a contraprestação do poder público é obrigatória, e na concessão tradicional é excepcional; além disso, a concessão patrocinada está sujeita ao regime estabelecido pela Lei 11.079, aplicando-se a Lei 8.987 apenas subsidiariamente, assim esclarece Di Pietro (2017, p. 46).

A concessão administrativa, igualmente explicada por Di Pietro (2017, p. 46), também é um contrato administrativo, cujo objeto é a prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (art. 2º, § 2º da Lei 11.079).

Para Di Pietro (2017, p. 46), a concessão administrativa - cuja denominação é inadequada porque toda concessão é administrativa - constitui um misto de empreitada e de concessão. Considerada de empreitada, porque a remuneração é feita pelo poder público e não pelos usuários de concessão, pois seu objeto poderá

ser a execução de serviço público, razão pela qual seu regime jurídico será semelhante ao da concessão de serviços públicos, já que irá se submeter a normas aplicáveis à concessão tradicional, na parte em que confere prerrogativas públicas aos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39, da Lei 8.987 e art. 31 da Lei nº 9.074/1995.

Segundo a Lei de Concessões, a Lei 8.987, o serviço deve ser adequado e é considerado assim quando satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, assim entende Pessoa (2003, p. 395). A concessão é um instituto norteado por estes princípios específicos, além daqueles previstos constitucionalmente, os quais já vimos em item anteriormente.

Sendo voltados aos membros da coletividade, os serviços públicos a cargo do Estado ou de seus delegados devem obedecer a certos *standards*¹⁰ compatíveis com o prestador, os destinatários e o regime a que se sujeitam, desta forma entende Carvalho Filho (2010, p. 359). Esses aspectos genéricos constituem os princípios regedores dos serviços públicos através de concessão. Vejamos agora tais princípios, na forma como apontados pelos doutrinadores.

Começando pelo princípio da regularidade que segundo Bastos (apud PESSOA, 2003, p. 395) não se pode confundir com a continuidade, que seria mais uma regularidade temporal. A regularidade refere-se mais propriamente à obediência às regras, normas e condições de prestação que informam os serviços públicos. Assim, o cidadão tem direito a uma prestação regular dos serviços públicos.

Pelo princípio da eficiência, conforme analisa Pessoa (2003, p. 395), o serviço público tem que cumprir eficientemente suas finalidades. A eficiência obriga os prestadores de serviços públicos a fornecê-los da forma mais adequada e satisfatória à coletividade, de forma a maximizar dentro do possível os seus resultados para a comunidade como um todo e para os usuários em particular. Destarte, os usuários, principalmente quando pagam tarifas, tem direito ao melhor serviço possível.

Carvalho Filho (2010, p. 365) demonstra que a CF, referindo-se ao regime das empresas concessionárias e permissionárias, deixou registrado que tais particulares colaboradores, a par dos direitos a que farão jus, têm o dever de manter adequado o

¹⁰ Traduzido para o português como “padrões”.

serviço que executarem, exigindo-lhes, portanto, observância ao princípio da eficiência (art. 175, parágrafo único, IV).

Referente à atualidade, esse princípio diz que “segundo a Lei de Concessões, compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço” (PESSOA, 2003, p. 395).

Conforme Pessoa (2003, p. 395), o princípio da generalidade implica na oferta do serviço público em condição de igualdade para todos. Satisfeitas as condições para fruição do serviço, este deve ser de pronto prestado a quem o solicita, sem qualquer discriminação.

A generalidade se apresenta com dupla faceta, no pensamento de Carvalho Filho (2010, p. 359), significando, de um lado, que os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível, mas é preciso dar relevo também ao outro sentido, que é o de serem eles prestados sem a discriminação entre os beneficiários; e cuidando da aplicação do princípio da isonomia ou da impessoalidade, mais especificamente.

Quanto ao princípio da cortesia, ao tratamento recebido pela população, podemos verificar que “em razão da cortesia, a Administração e os particulares prestadores de serviço público se obrigam a dispensar atos usuários um bom acolhimento, tratando-o com o máximo de urbanidade” (PESSOA, 2003, p. 395).

O princípio da modicidade, segundo Pessoa (2003, p. 395), por sua vez, impõe que sejam os serviços públicos prestados mediante tarifas módicas e justas, ou seja, em valores razoáveis, que permitam uma adequada remuneração dos serviços recebidos, possibilitando, ainda, seu constante melhoramento e expansão.

Ainda podemos acrescentar: “significa este princípio que os serviços devem ser remunerados a preços módicos, devendo o Poder Público avaliar o poder aquisitivo do usuário para que, por dificuldades financeiras, não seja ele alijado do universo de beneficiários do serviço” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 365).

Já o princípio da continuidade é aquele que indica que os serviços públicos não devem sofrer interrupção, ou seja, sua prestação deve ser contínua para evitar que a paralisação provoque, como às vezes ocorre, colapso nas múltiplas atividades particulares. A continuidade deve estimular o Estado ao aperfeiçoamento e à extensão do serviço, recorrendo, quando necessário, às modernas tecnologias,

adequadas à adaptação da atividade às novas exigências sociais, assim demonstrado por Carvalho Filho (2010, p. 360).

Podemos compreender tal princípio aplicado na concessão através da seguinte ideia: “o princípio da continuidade do serviço público significa ser impossível a interrupção do serviço, por iniciativa do concessionário, a não ser em hipóteses estritas previstas em lei e no contrato” (DI PIETRO, 2017, p. 94). E, ainda podemos fazer a seguinte análise:

Esse princípio teve origem no direito francês, onde era considerado como essencial, porque ligado à própria ideia da continuidade do Estado. Isto porque os adeptos da teoria do serviço público viam no Estado nada mais do que um conjunto de serviços públicos. Chegou a haver jurisprudência no sentido de que o direito de greve é causa para rescisão do contrato de concessão, por conflitar com o princípio da continuidade. Ainda hoje, na França, o princípio da continuidade tem valor constitucional. (GILLES, 1994, apud DI PIETRO, 2017, p. 94).

E por fim, chegamos ao princípio da mutabilidade, onde cabe destacar que a ele se submetem o concessionário e também os usuários do serviço público. Significa, esse princípio, que as cláusulas regulamentares do contrato podem ser unilateralmente alteradas pelo poder concedente para atender às razões de interesse público. Nem o concessionário, nem os usuários do serviço podem se opor a essas alterações; inexistente direito adquirido à manutenção do regime jurídico vigente no momento da celebração do contrato. Se é o interesse público que determina tais alterações, não há como se opor a elas, deste modo explica Di Pietro (2017, p. 95).

A autora Di Pietro (2017, p. 96) também esclarece que se há necessidade de alteração (devidamente motivada) pode decorrer de mudanças na situação de fato, ou seja, de circunstâncias de variada natureza que recomendem a mudança de cláusulas regulamentares, como, por exemplo, o progresso científico, que torna superadas técnicas anteriores, ou a diminuição ou acréscimo da demanda pelo serviço. E também, pode decorrer de alterações na situação de direito: a lei que disciplinava o serviço sofre alterações, que acarretam a necessidade de alterar as cláusulas regulamentares do serviço.

3.3 O tratamento legal a partir da Lei 11.079/2004 e suas subsidiárias

Antes de adentrarmos no objeto “concessão” com mais acuidade, precisamos compreender que tanto a concessão de serviço público, em sua forma tradicional regida pela Lei 8.987, como as concessões instituídas pela Lei 11.079 (patrocinada e administrativa) tem natureza de contratos administrativos e, diante disto, a competência legislativa sobre essas matérias é regida pelos mesmos dispositivos constitucionais no art. 175, parágrafo único, que previu a elaboração de lei que viesse dispor sobre concessão e permissão. Porém, não exigiu tal dispositivo que se tratasse de lei federal, o que podemos concluir que cada esfera de governo tem competência própria para legislar sobre a matéria, assim explica Di Pietro (2017, p. 84 -85).

Diz o art. 175 da CF acerca do tema, conforme Campos (2014, <<https://www.megajuridico.com>>): “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”.

A autora acima citada continua sua explicação, agora com o parágrafo único do art. 175 que diz que a lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado. (CAMPOS, 2014, <<https://www.megajuridico.com>>).

É preciso observar, conforme ensinamento de Di Pietro (2017, p. 84), que o art. 22, inciso XXVII, da CF, incluiu entre as matérias de competência privativa da União as que estabeleçam “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”, onde será “obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

Juntando os dois dispositivos, chega-se à conclusão de que a competência legislativa, nessa matéria, cabe à União, no que diz respeito às normas gerais, e aos Estados e Municípios, no que se refere às normas suplementares, com base no § 3º do art. 24 e no art. 30, inciso II, da CF, respectivamente. Por outras palavras, trata-se

de matéria de competência concorrente da União, Estados e Municípios, conforme ensina Di Pietro (2017, p. 85).

Então, as normas sobre concessão de serviço público encontram-se na Lei 8.987, com as alterações posteriores. Este é o modelo clássico de concessão de serviço público e esta mesma lei também conceitua a permissão de serviço público que ocorre mediante contrato de adesão, observando a precariedade e a revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente, assim demonstrado no art. 40 da referida lei, destaca a autora Medauar (2012, p. 238).

Pode -se dizer que a Lei federal 8.987 gera a mesma perplexidade produzida pela Lei nº 8.666 (Lei de Licitações), de 21-6-1993, quanto à adequada definição de quais seriam, dentro do texto, as normas gerais, de observância obrigatória para Estados e Municípios. Mas, o objetivo do legislador, na Lei 8.666, parece ter sido de considerar todas as normas como gerais e, portanto, de observação obrigatória para todos os entes da federação, conforme esclarece Di Pietro (2017, p. 85).

Através do texto constitucional, conforme Cretella Neto (2010, p. 19), podemos entender literalmente que competiria privativamente à União produzir normas gerais sobre a licitação. No entanto, de forma criticada pela doutrina, o legislador acabou criando uma duvidosa constitucionalidade, ao prever, no art. 1º da Lei 8.666, que tal lei estabeleceu normas gerais sobre licitações e contratos administrativos aplicáveis aos âmbitos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Faz-se necessário compreender que a compatibilização entre o ditame constitucional e a Lei 8.666 deve ser feita entendendo que a referida lei federal, infraconstitucional, portanto - cujas normas não são, todas elas "gerais", já que descem a minúcias que não podem ser como tal caracterizadas - admite a possibilidade de normatização suplementar sobre licitações e contratos administrativos, embora pouco reste para as demais unidades federativas para esse fim - "geral", no entanto, no sentido de que, quando outra lei, como a Lei 11.079/04 dispõe sobre licitação, esta última deve ser considerada "especial" -, desta forma explica Cretella Neto (2010, p. 19).

O autor supracitado, Cretella Neto (2010, p. 19), também observa que a lei não define licitação, embora o art. 3º da Lei 8.666 indique seu objeto e abrangência e desse dispositivo se extraem, imediatamente, alguns dos mais relevantes

princípios informativos da licitação, tanto de sua realização quanto da dispensa/inexigibilidade. Vejamos o que diz o referido 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 vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (CRETELLA NETO, 2010, p. 19).

Então as concessões comuns, através da explicação de Sarturi (2014, <<http://www.conteudojuridico.com.br>>), são aquelas reguladas pela Lei 8.987 e comportam duas modalidades: 1ª) concessões de serviços públicos simples; 2ª) concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública. Importante salientar que sua característica consiste no fato de que o poder concedente não oferece qualquer contrapartida pecuniária obrigatória ao concessionário; todos os seus recursos provêm das tarifas pagas pelos usuários.

Já as PPPs no Brasil são reguladas pela Lei 11.079 promulgada em 30 de dezembro de 2004, e como se sabe, foi editada com fundamento em competência constitucional - inciso XXVII do art. 22 -, que estabelece normas gerais sobre as PPPs, as quais, a rigor, consistem em duas modalidades específicas de contratos de concessão, a administrativa e a patrocinada, assim explicam Alexandrino e Paulo (2016, p. 823).

Um aspecto positivo da Lei 11.079 é que ela permite com mais facilidade distinguir as normas gerais nela contidas, obrigatórias para União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e as normas federais aplicáveis apenas à União, pois esta lei contém um capítulo VI com "disposições aplicáveis à União", abrangendo os arts. 14 a 22, assim estes dispositivos tratam especificamente do órgão gestor das parcerias público-privadas (OGPPP), do Fundo Garantidor de PPPs (FGP), das garantias a serem prestadas pelo parceiro público e dos limites para a contratação de PPPs, o que veremos mais adiante. Tais dispositivos não são de aplicação obrigatória aos demais entes da federação, que poderão disciplinar a matéria dentro de sua própria competência legislativa resultante do art. 22, XXVII, da Constituição, observadas as normas gerais contidas nos demais dispositivos da lei, conforme constatado por Di Pietro (2017, p. 88).

Os autores Alexandrino e Paulo (2016, p. 825), através da lei, definem as modalidades num contrato de concessão especial, ou seja, aquelas previstas numa parceria público-privada:

- a) concessão patrocinada: é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas descrita na Lei 8.987/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado;
- b) concessão administrativa: é o contrato de prestação de serviços de que a administração pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. (ALEXANDRINO E PAULO, 2016, p. 825).

Para reforçar a diferença entre as duas espécies de PPPs, identificamos que na concessão patrocinada o valor da remuneração do parceiro privado é a soma da tarifa paga pelo usuário do serviço público com a contraprestação (subsídio obrigatório) paga pela Administração Pública, já na concessão administrativa a remuneração do parceiro privado consiste somente na contraprestação a ele paga pelo parceiro público, desta forma nos ensinam Alexandrino e Paulo (2016, p. 825).

Mas conforme verificam os autores Alexandrino e Paulo (2016, p. 825), não é fácil visualizar o funcionamento pretendido pelo legislador para a modalidade de PPP denominada "concessão administrativa". Pois, nesta modalidade, a administração pública é a usuária (direta ou indireta) de serviços prestados pelo parceiro privado, entretanto, note-se que a definição legal não é explícita quanto à natureza do serviço prestado pelo parceiro à administração, vale dizer, não está especificado se o objeto da concessão administrativa será uma atividade enquadrada ou não como serviço público.

Os autores Alexandrino e Paulo (2016, p. 825) fazem uma importante análise, quando demonstram que não configura como uma PPP a concessão comum, definida no § 3º do art. 2º da Lei 11.079 como a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987, quando não envolva contraprestação pecuniária (obrigatória) do parceiro público ao parceiro privado.

Já Di Pietro (2017, p. 195) demonstra que enquanto na concessão patrocinada, a contraprestação do parceiro público é um *plus* em relação à tarifa cobrada do usuário, na concessão administrativa ela constituirá a forma básica de remuneração. Embora a lei fale em contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado (art. 2º, § 8º 1º e 3º), na realidade nem sempre o poder público

desembolsará diretamente valores em pecúnia, pois existe a possibilidade de que esses valores sejam pagos indiretamente, pelas modalidades previstas no art. 6º da Lei das PPPs.

Conforme examinado o §1º do art. 2º da Lei 11.079 por Cretella Neto (2010, p. 41), constata-se que no contrato de concessão patrocinada se estipula, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários do serviço, um pagamento efetuado pelo parceiro público ao particular. Destarte, nessa modalidade de concessão, o investidor recebe, como retorno por seu investimento, tarifas pagas pelos usuários (como em pedágios), mais uma contraprestação obrigatória da União. Há, portanto, duas fontes de pagamentos: uma que é proveniente direta dos usuários, quando usam o serviço, conforme estabelece a Lei 8.987 e outra efetuada (obrigatoriamente) pelo Estado como subsídio.

Embora a Lei nº 11.079 não fale especificadamente em equilíbrio econômico-financeiro, não há como negar às partes a observância desse direito. Na concessão patrocinada, tal direito decorre da aplicação subsidiária da Lei 8.987, em especial os arts. 9º e 10 que se referem ao equilíbrio econômico-financeiro através da política tarifária. Na concessão administrativa não há disposição expressa nem aplicação subsidiária dos arts. 9º e 10, porém o direito ao equilíbrio econômico-financeiro resulta de princípios como da equidade, razoabilidade, continuidade, indisponibilidade do interesse público, assim ensina Di Pietro (2017, p. 195).

A autora Di Pietro (2017, p. 196) também esclarece que o art. 5º, III e IV, da Lei 11.079 prevê, entre as cláusulas que devem ser incluídas no contrato de parceria, a que diz respeito à "repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária" e à "forma de remuneração e de atualização dos valores contratuais". Trata-se de técnicas consagradas precisamente para garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Porém como o dispositivo, no inciso III, fala em "repartição de riscos entre as partes", isto significa que, em caso de ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a Administração Pública não tem que arcar sozinha com os prejuízos sofridos pelo parceiro privado. Ao contrário do que ocorre nos contratos administrativos em geral, cada parceiro deverá assumir uma parte do prejuízo.

É necessário fazer a seguinte análise: nas duas modalidades de PPPs, ou seja, a patrocinada e a administrativa, a Lei 11.079 não repete a mesma ideia do

contrato de concessão de serviço público regido pela Lei 8.987, contida em seu art. 2º, II e III - a execução do serviço é por conta e risco do concessionário - ao dar os respectivos conceitos, no art. 2º, caput, e §1º. Porém, prevê “o compartilhamento decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado” (art. 5º, IX). Assim se justifica, porque, para as PPPs, ao contrário do que ocorre na concessão de serviços públicos, o poder público poderá oferecer garantias ao financiador do projeto, conforme Di Pietro (2017, p. 197).

Outro aspecto importante a analisar se refere ao financiamento por terceiros, garantias e contra garantias. Então, a lei prevê três tipos de garantias para as PPPs, que aqui são demonstradas por Di Pietro (2017, p. 198): a garantia de execução do contrato, prestada pelo parceiro privado ao parceiro público; a garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público perante o privado; e a contra garantia prestada pelo parceiro público à entidade financiadora do projeto.

De acordo com a Lei 11.079 (art. 9º) e explicado por Peixinho (2010, p. 48), a instituição das PPP se dá mediante a constituição de uma sociedade de propósito específico (SPE) com objetivo de implantação, captação de recursos e gerenciamento das parcerias; poderemos analisar esta questão melhor a seguir:

O primeiro grande desafio tem a ver com a estrutura de uma PPP. Por lei, a sociedade que assume uma PPP é uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), apartada do patrimônio de seus cotistas, exatamente para evitar a potencial contaminação das atividades finalísticas de seus acionistas com o escopo e saúde financeira do projeto de PPP. Se, por um lado, a SPE permite que a sua constituição se dê por meio de *Project Finance*, o que pode, a depender da estruturação financeira, neutralizar o endividamento dos seus acionistas, por outro, faz desta SPE uma estrutura de direito privado sujeita ao regime tradicional de tributação de uma sociedade comercial de direito privado. (ANKER e PEREIRA, 2013, p. 167-168).

Conforme Di Pietro (2017, p. 208), o art. 9º determina que a “celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria”. Já o § 4º do art. 9º veda à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de propósito específico (SPE). A razão passa a ser óbvia: se o Estado detivesse a maioria do capital votante, a entidade passaria a integrar a Administração Pública indireta, o que não constitui objetivo do legislador, pois nesse caso, mesmo o Estado podendo participar da SPE, por restrição deverá ser minoritária a sua participação.

O § 5º do art. 9º, analisado por Di Pietro (2017, p. 208), contempla uma exceção à vedação prevista no § 4º, então em caso de inadimplemento de contratos de financiamento, instituição financeira controlada pelo Poder Público poderá adquirir a maioria do capital votante da SPE; nesse caso, esta passará, em consequência, a integrar a Administração Indireta, ou seja, então o Estado, neste caso específico de inadimplemento pelo financiado, poderá ser majoritário na SPE.

Seguindo com a explicação de Peixinho (2010, p. 48), por meio da SPE há garantia de maior controle sobre o empreendimento do projeto, porque existe a indisponibilidade patrimonial, contábil e jurídica da SPE. Porém a constituição desta exige a formação de um patrimônio de afetação integralmente vinculado à execução do projeto, o que garante maior liquidez e diminui os riscos do empreendimento, uma vez que obstam que os investimentos e receitas vinculados ao projeto específico possam ser desviados para as demais atividades da empresa.

A SPE, segundo Vazquez (2010, p. 74), não constitui novo tipo societário e é preciso escolher o tipo para a sua criação, e esta opção acabará recaindo, em regra, em dois tipos societários: a sociedade limitada ou a anônima, ambas já existentes em nosso ordenamento jurídico. A razão para essa afirmação se deve, principalmente, às características destes tipos de sociedades, que permitem a limitação de responsabilidade dos seus sócios em caso de insucesso da atividade explorada, protegendo, portanto, os bens particulares dos sócios e financiadores.

Conforme Cretella Neto (2010, p. 9), recomenda-se na própria lei adotar como forma societária uma S/A com capital aberto, a fim de fortalecer arrecadação de recursos, e especialmente a segurança quanto às informações que se deve divulgar, como os balanços e as demonstrações financeiras.

Cretella Neto (2010, p. 119) também esclarece que outra inovação da Lei 11.079, é a criação, por decreto presidencial, de um órgão interministerial - denominado Órgão Gestor de Parcerias Público-Privadas (OGPPP) - que não tem natureza jurídica de autarquia, sendo encarregado de definir os projetos prioritários a executar por meio de contratos de PPP, regulamentar os procedimentos que levam à conclusão dos contratos, autorizar a abertura de certames licitatórios, analisar os editais e supervisionar a execução dos contratos.

Do Órgão Gestor das PPPs, Di Pietro (2017, p. 208) ensina que a sua constituição está disciplinada no art. 14, § 1º, da Lei 11.079 e contará com representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (que

coordenará os trabalhos), do Ministério da Fazenda e da Casa Civil da Presidência da República. Além disso, em cada reunião do órgão deverá participar um representante do órgão da Administração Pública direta cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise.

Podemos verificar também que a Lei 11.079 contempla, ainda, um capítulo com normas aplicáveis somente às parcerias federais, conforme explica Meirelles (2010, p. 427). Para esse fim, determina a instituição desse órgão gestor, ao qual caberá o estudo prévio do mérito do projeto e da viabilidade da concessão da garantia financeira. Prevê também que o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP) será administrado, gerido e representado por instituição financeira controlada pela União.

A finalidade do FGP, conforme demonstra Cretella Neto (2010, p. 129), é oferecer garantias de pagamento dos parceiros público federais aos entes privados e seu patrimônio está limitado a R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais) em valores de 30.12.2004, que deverá ser corrigido por um dos índices que medem a desvalorização da moeda ante a inflação, como o IGP-M ou o IPC. Também importante salientar, que implicitamente, veda-se a participação, no FGP, de empresas privadas, pessoas físicas, fundos de pensão e associações de qualquer natureza.

Conforme verificado por Di Pietro (2017, p. 202), na esfera federal, a própria Lei 11.079, no art. 16 (alterado pela Lei nº 12.766, de 27-12 2012), previu, de forma lamentável, a criação do FGP, “que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais, em virtude das parcerias de que trata esta Lei”.

Di Pietro (2017, p. 202) também compreende que a Lei não instituiu propriamente o Fundo, limitando-se a dar algumas de suas características e autorizando a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais a participar no limite global de seis bilhões de reais. Presume-se que cada uma dessas pessoas jurídicas contribuirá com cotas, na medida em que celebrem contratos de PPP.

Já o art. 18, § 1º, da Lei 11.079, sob análise da autora supracitada, indica as modalidades de garantia que podem ser prestadas pelo FGP, a saber:

I - fiança, sem benefício de ordem para o fiador; II - penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse

da coisa empenhada antes da execução da garantia; III - hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP; IV - alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução de garantia; V - outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia; VI - garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP. (DI PIETRO, 2017, p. 204).

Em resumo, Di Pietro (2017, p. 206), explica que a instituição do FGP depende de lei que especifique as receitas que ficarão vinculadas ao mesmo. Não pode o fundo ser instituído com burla à norma constitucional, pois os bens da União, autarquias e fundações públicas são públicos, portanto impenhoráveis, por força do art. 100 da CF.

Importante salientar, conforme Carvalho (2017, <<http://www.conjur.com.br>>), com a promulgação da Lei nº 13.529, de 04.12.2017, permite-se a contratação de um agente administrador, sem licitação, para desenvolver as atividades e serviços técnicos necessários para viabilizar os projetos e redução do valor mínimo para a celebração de contato, que baixa o limite de 20.000.000,00 (vinte milhões) para 10.000.000,00 (dez milhões), alterando o art. 2º da Lei das PPPs.

Sobre as penalidades é próprio dos contratos administrativos a sua previsão ser imposta pelo Poder Público ao contratado, em caso de descumprimentos de cláusulas contratuais, porém a Lei não diz quais as penalidades cabíveis, seja para o parceiro público, seja para o privado e apenas prevê a sua inclusão em cláusula contratual, assim nos explica Di Pietro (2017, p. 210).

Ainda sobre as penalidades, para Cretella Neto (2010, p. 168), a Lei das PPPs em seu art. 29, quis reforçar o seu rigor ao dizer que se aplicam “no que couber”, os seguintes diplomas legais: o Decreto-Lei nº 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal), a Lei 8.429, de 02.06.1992 (Lei de Improbidade Administrativa), a Lei 10.028, de 19.10.2000 (Lei de Crimes Fiscais), o Decreto-Lei nº 201, de 27.02.1967 (Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores) e a Lei nº 1.079, de 10.04.1950 (Crimes de Responsabilidade).

A autora Di Pietro (2017, p. 213) nos esclarece sobre o prazo, onde o art. 5º, inciso I, da Lei 11.079 exige que entre as cláusulas dos contratos de PPP conste "prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco) anos, nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação".

Igualmente, nos lembra que vale dizer que, mesmo com as prorrogações, o contrato não poderá superar o prazo de 35 anos. Também é oportuno lembrar que, sendo o prazo do contrato fixado em 35 anos e verificando-se que o mesmo não foi suficiente para recuperação dos investimentos feitos pelo parceiro privado, a prorrogação poderá fazer-se pelo prazo suficiente para que essa recuperação ocorra. Não sendo feita essa prorrogação, caberá ao parceiro privado o direito de pleitear indenização por perdas e danos, de acordo com Di Pietro (2017, p. 213).

Quanto à segurança contratual para a administração pública, Alexandrino e Paulo (2016, p. 823) afirmam que, como os contratos de PPPs têm vigência muito longa, há certamente um grande risco de que eles acarretem desequilíbrios nas contas do parceiro público, em consequência dos dispêndios de longo prazo que originam para este.

Porém a Lei 11.079, conforme Alexandrino e Paulo (2016, p. 823), estabelece que a União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a um por cento (1%) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos dez anos subsequentes, não excedam a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Desta forma, fica evidente o cuidado da lei das parcerias com a responsabilidade fiscal, como se pode verificar em seu disposto no artigo 22, que limita os gastos dos contratos de PPP ao percentual de 1% da receita corrente líquida, então podemos notar que este artigo se refere apenas a uma autolimitação de gastos em relação à União, não sendo, portanto, norma de finanças públicas, assim reforça Loureiro (2010, p. 194).

Porém, conforme Loureiro (2010, p. 194), esse limite também vale para os Estados e Municípios, a partir do momento em que o repasse voluntário por parte da União a esses entes fica condicionado para que os seus contratos de PPP cumpram a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) e o limite de 3%, conforme aferição da Secretaria do Tesouro Nacional, nos termos do artigo 28 da Lei 11.079. Então, a autora citada segue com uma pertinente observação:

O estabelecimento da responsabilidade fiscal como diretriz à contratação dessa modalidade contratual, demonstra o propósito de uma ação planejada e cautelosa para evitar desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas

públicas. Assim, o planejamento, a transparência e o equilíbrio das contas públicas configuram-se a base para atingir uma gestão fiscal responsável. (LOUREIRO, 2010, P.208).

Cabe salientar então, de acordo com Meirelles (2010, p. 425), que a celebração do contrato de uma PPP é vedada quando o período de sua prestação seja inferior a cinco anos, ou, ainda, quando tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e a instalação de equipamentos.

Também deve-se ressaltar que é vedada a celebração de contrato de concessão, via PPP, que tenha como objeto único a execução de obra pública (Lei 11.079, art. 2º, § 4º, III), ou seja, uma PPP não pode ser, unicamente, uma "concessão de obra pública", assim verificado e constatado por Alexandrino e Paulo (2016, p. 626).

Mister saber, conforme Di Pietro (2012, p. 313), que não existe nenhum impedimento legal a que a entidade da Administração Indireta atue como parceiro privado, pois se sujeitará a todas as normas previstas na lei. Mas nesse caso existe uma exigência da atividade objeto do contrato se inserir entre as finalidades institucionais da entidade.

Em relação a licitação que a PPP deverá passar, segundo Cretella Neto (2010, p. 113), as leis 8.666/93 (Lei de Licitações) e a 8.987/95 são leis gerais em relação à Lei 11.079/04, que é lei especial para matéria das PPPs, então, isso significa que, como regra, o procedimento licitatório segue as normas gerais.

Um importante avanço com a Lei das PPPs, assim explicado por Cretella Neto (2010, p. 10), é o estabelecimento da opção de solucionar os eventuais litígios entre Estado e as empresas envolvidas nas PPPs por meio de arbitragem, ou seja, por método privado de resolução de disputas, sem recorrer ao moroso e incerto Poder Judiciário brasileiro.

E mais, o autor Salomão (201?, <<http://www.ambito-juridico.com.br>>) nos explica que o entendimento majoritário consagra a ação do juízo arbitral pela Administração Pública, porém poderá ser adotada a Arbitragem através das Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista ou nas PPPs, quando o contrato dispor de direitos meramente disponíveis, passíveis de valoração patrimonial, e ainda, sendo de atividade econômica nos mesmos moldes das empresas privadas.

Ocorre que, o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores autoriza a opção pelo uso da Arbitragem à Administração Pública quando contrata com o

particular, uma vez que assim não está em desacordo com o interesse público, pois este se realiza na correta aplicação da lei e na realização correta da Justiça, beneficiando toda a sociedade brasileira, assim demonstra Salomão (201?, <<http://www.ambito-juridico.com.br>>).

Já para o autor Cretella Neto (2010, p. 10), o funcionamento do Poder Judiciário é motivo de fundada insegurança, por parte dos investidores. Embora a arbitragem ora incentivada não seja obrigatória - como, aliás, é do feitio desse método alternativo de solução de conflitos - a ênfase nessa opção deverá obviar mais um dos percalços à atuação de empreendedores privados no país.

Outro aspecto importante a observar diz respeito à responsabilidade civil aplicada em relação a uma PPP, onde a atual Constituição Federal, de 1988, no seu § 6º do artigo 37, seguiu o mesmo caminho traçado pelas constituições anteriores, adotando em relação à responsabilidade patrimonial do Estado, a teoria objetivista, sob a modalidade do risco administrativo. Então, tal dispositivo diz que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, assim demonstra Cunha (2010, p. 178).

Então, para reforçarmos a compreensão acima, faz-se necessário saber que a responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar, que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito, que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem, bastando para configurá-la, a mera relação causal entre o comportamento e o dano, assim nos esclarece Cunha (2010, P. 151).

Ao finalizar este capítulo, conforme as explicações dos autores citados, podemos brevemente concluir que a parceria público-privada tem todo um amparo jurídico através da legislação brasileira vigente, que garante direitos e deveres a ambas as partes envolvidas, inclusive à população usuária dos serviços. No próximo capítulo acompanharemos os atrativos para convencer o investidor a contratar com a Administração Pública via PPP; também analisaremos algumas PPPs já implementados atualmente que servem como referência.

4 O INTERESSE NA PARCERIA COM O ESTADO E MODELOS DE PPP

Como se sabe, parceria público-privada vem da expressão inglesa “*public-private partnership*” e, é justamente da Inglaterra a sua origem. Porém, atualmente há variados modelos implementados no mundo inteiro, em países como Coreia do Sul, África do Sul, França, Estados Unidos, Chile, etc. Desta forma, uma gama de opções se apresenta, onde o ente privado e a Administração Pública poderão escolher dentre aquelas que melhor satisfaçam seus objetivos.

Neste capítulo é analisado o que torna a parceria público-privada uma forma atraente com garantias econômico-jurídicas, tanto para o ente privado que visa a lucratividade, como para o Estado e seus administrados, que visam serviços qualificados e eficientes.

Diante disto, este capítulo se dedica a examinar os ganhos com uma parceria público-privada ao setor privado. Finalizando, são identificados os modelos internacionais aplicados na gestão de PPPs e também alguns exemplos práticos, aqueles implementados no Brasil, dando destaque para a concessão na área hospitalar, segurança pública, infraestrutura e saneamento básico.

4.1 A iniciativa privada e o interesse nas parcerias com o setor público

De acordo com Xavier (2010, p. 101), com a Lei das PPPs, criou-se uma nova modalidade de contratação pelo Estado, então este novo modelo surge em razão da inexistência de numerário nos cofres públicos para suprir a necessidade de investimentos em infraestrutura, já que seus tradicionais institutos, como por exemplo a concessão comum, não se apresentam mais como instrumentos atrativos para a iniciativa privada, tendo em vista o volume de dinheiro a ser empregue e os riscos ligados à rentabilidade do investimento realizado.

Prosseguindo com o pensamento da autora Xavier (2010, p. 101), se os entes públicos não possuem condições financeiras para a realização desses investimentos e a iniciativa privada não tem interesse em investir em determinadas áreas, torna-se necessário repensar as estruturas jurídicas e neste contexto, surge a PPP, cuja estrutura exige que o particular invista inicialmente no projeto de infraestrutura, ao passo que o Estado se obriga a ressarcir o particular, seja exclusivamente com recursos do próprio ente, seja com a remuneração de tarifas conjugada com a remuneração estatal (esta obrigatória).

Podemos então fazer uma análise da legislação que veio regular as parcerias público-privadas em 2004 no país, e sua importância para o fomento econômico e como um atrativo para o setor empresarial:

A Lei nº 11.079/04 tem o objetivo principal de fornecer previsibilidade e segurança para o parceiro privado, reduzir os custos do investimento; garantir a prestação de serviço ao longo do tempo com padrões de qualidade. As parcerias são uma nova estratégia para modificar a política de investimentos públicos, pois o Estado, carente de recursos, não consegue mais arcar integralmente com os altos gastos de obras em setores considerados fundamentais para o desenvolvimento econômico e social. Esse contexto propiciou a criação da lei de parceria público-privada, que teria a finalidade de aumentar a alocação de investimentos privados em setores governamentais estratégicos. (PEIXINHO, 2010, p. 42).

Conforme exposto por Xavier (2010, p. 102), dois aspectos econômicos emergem da estrutura da PPP, que são o comprometimento de dinheiro público e a necessidade de constituição de garantias para o investidor, que se ligam, diretamente, com a disciplina do Direito Financeiro. Então, dessa forma podemos concluir que a Lei da PPP constitui um regime híbrido, pois abarca normas de direito administrativo, com regulamentação constitucional própria, e normas de direito financeiro, com pressupostos distintos das limitações constitucionais pertinentes ao direito administrativo.

Xavier (2010, p. 104) conclui que as normas de direito financeiro só serão de observância obrigatória pelos Estados e Municípios quando seu conteúdo se enquadrar na moldura constitucional de "norma geral"; nas demais hipóteses, ou seja, quando as disposições relacionadas ao Direito Financeiro não contiverem caráter geral, serão aplicáveis somente pela União Federal e se não conflitarem com a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 - Lei de Orçamento, e a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que são, materialmente, leis complementares em Direito Financeiro.

O Estado adota a responsabilidade fiscal como diretriz da celebração e da execução do contrato de PPP, desta forma requer o legislador, ainda, que se comprove que os gastos que serão realizados no futuro para fins de adimplemento do contrato administrativo sejam compensados pelo aumento de receita ou diminuição de despesa, demonstrando, claramente, a perfeita simbiose entre a Lei da PPP e a LRF, assim a autora Xavier (2010, p. 107) faz sua análise e cita o art. 10 da Lei da PPP para comprovar :

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: [...] b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; [...] II - elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada; [...]. (XAVIER, 2010, p. 107).

Conforme Loureiro (2010, p. 187), as PPPs evidenciam a preocupação quanto aos investimentos que o concessionário deverá fazer para proporcionar o serviço ou obra pública e, conseqüentemente, as garantias de que não corra riscos com eventual inadimplemento do poder concedente ou em virtude de fatos imprevisíveis. Até porque, como todo e qualquer contrato (privado ou público), os parceiros, público e privado, desejam ter benefícios na relação contratual. Por esta razão, a lei, no seu artigo 8º, fez a previsão das garantias que podem ser contratadas.

Quanto ao equilíbrio econômico-financeiro, Loureiro (2010, p. 187), explica que assim deve existir nos contratos de PPP, posto ser direito inerente a ambas as partes. Inclusive, a partir da análise do artigo 5º, III e IV, verifica-se que este determina a existência de cláusulas contratuais que prevejam a repartição dos prejuízos oriundos de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea extraordinária, bem como a forma de remuneração e atualização dos valores contratuais.

No quesito garantia ao investidor privado, Xavier (2010, p. 112) cita também o art. 8º da Lei da PPP, que prevê diversas garantias sem prejuízo da inclusão de novas garantias por leis supervenientes, a saber:

(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 esta finalidade. (XAVIER, 2010, p. 112).

Então, a maior celeuma a respeito da possível mácula pela Lei da PPP às normas de Direito Financeiro reside na constituição do Fundo Garantidor - FGP. Porém, esse Fundo constitui o principal instrumento de sobrevivência das PPPs,

servindo como umas das formas de garantia ao contrato firmado entre o Estado e o particular. Isso porque, conforme é sabido, a inadimplência estatal impede que os investidores se interessem em contratar com a Administração Pública, impedindo, por conseguinte, a consecução dos fins pretendidos na nova lei, conforme entende Xavier (2010, p. 112).

A constitucionalidade do FGP se baseia em uma premissa básica, o Fundo possui personalidade jurídica de direito privado, e, portanto, não está subordinado ao regime constitucional dos precatórios, assim como não está subordinado à maioria das regras aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, assim demonstra Xavier (2010, p. 115), que faz a seguinte citação:

[...] O FGP é pessoa jurídica de Direito Privado, com patrimônio separado do patrimônio de seus cotistas, cuja criação foi autorizada e regulada pela Lei federal das PPPs (arts. 16 usque 20). É espécie de empresa pública, pois os recursos são de origem pública, embora tenha peculiaridades. Como pessoa jurídica é sujeito de direito e obrigações. Pelas obrigações assumidas responde com seu patrimônio, que pode ser executado para garantir seus débitos pelo regime ditado pelo Código de Processo Civil, como, aliás, está autorizado no § 7º e do art. 18 dessa lei. Não está, assim, submetido, no que concerne à execução de suas dívidas, ao regime de precatórios [...]. (GASPARINI, 2006 Apud XAVIER, 2010, p. 113).

A autora Loureiro (2010, p. 189) verifica que por exigir investimentos de grande porte, os contratos de PPP dão ao parceiro privado a possibilidade de obtenção de financiamento no mercado em condições mais favoráveis. Em contrapartida, as exigências feitas ao parceiro privado também são maiores.

Como o parceiro privado tem de arcar inicialmente com todos os custos do empreendimento, para só depois ter o retorno financeiro correspondente ao investimento realizado, assim demonstrado por Loureiro (2010, p. 189), certamente em muitos casos recorrerá ao financiamento junto a terceiros. Então a Lei 11.079 faz referências à figura do financiador e prevê que o Conselho Monetário Nacional (CMN) estabeleça as diretrizes para a concessão de créditos nos casos das PPPs. Sendo três os tipos de garantias previstas pela lei: garantia de execução do contrato, prestada pelo parceiro privado ao parceiro público; garantia de cumprimento das obrigações assumidas pelo poder concedente ao concessionário; e garantia prestada pelo Poder Público à entidade financiadora.

Seguindo com a explicação de Loureiro (2010, p. 189), no primeiro caso acima, a garantia abrange a caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, o

seguro garantia e a fiança bancária, sendo comum nas várias modalidades de contratos administrativos.

Loureiro (2010, p. 189) também aponta a baixa confiança no Estado como cumpridor da sua responsabilidade de adimplemento de suas obrigações, haja vista o falho sistema no pagamento de precatórios, e por serem os contratos de PPP de longuíssima duração, devido a isso, a Lei 11.079 criou regras especiais em relação às dívidas do poder concedente para com o concessionário. Uma delas é o FGP, previsto no art. 8º, que possui natureza privada e é administrado por órgão ou entidade indicado pela lei, não podendo, contudo, vincular impostos, em observância ao disposto no artigo 167, IV, da CF.

A autora Xavier (2010, p. 117) também demonstra que a Lei de PPP, estabelece a possibilidade de vinculação de receitas públicas como uma das possíveis garantias a ser prestada relativamente ao contrato da concessão. Porém, há uma impossibilidade da vinculação das receitas oriundas de impostos no disposto do art. 167, inciso IV da CF, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação 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 a realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XII, 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.

Silva (2016, p. 49) esclarece que um dos aspectos mais importantes nas PPPs é o elevado risco, em consequência do longo período da concessão (maior nas obras públicas) e da multiplicidade de participantes nestes contratos. Sendo assim, existe uma variedade de definições para “risco”. No âmbito que nos interessa, o risco é a probabilidade de um evento acontecer, que terá como consequência, em caso de ocorrência, a divergência entre as condições atuais do projeto e aquelas que foram previstas, quando da estimativa de benefícios e custos.

O autor Silva (2016, p. 49) elenca de uma forma genérica, os riscos associados aos projetos no âmbito das PPP, que podem ser repartidos nas seguintes categorias que serão analisadas a seguir.

Os riscos políticos, que segundo Silva (2016, p. 49), são quaisquer alterações políticas, que modifique o resultado esperado ou o valor de uma dada ação/decisão e conseqüentemente altere a probabilidade de alcançar determinados objetivos

empresariais, previamente fixados. Temos como exemplos: a expropriação, a credibilidade e coerência das autoridades governamentais, as alterações legislativas e das políticas prosseguidas pelo Estado e outras, tais como corrupção, demora nas aprovações, eventos políticos e “Força Maior”.

O risco financeiro que cobre múltiplos riscos associados ao financiamento, incluindo a possibilidade de incumprimento e os riscos técnicos, onde há probabilidade de perda resultante do desenvolvimento de atividades tais como: projeto, engenharia, produção e processo tecnológicos. Estes riscos são muito específicos em função da atividade, que no caso da construção seriam os de despesas de construção extraordinárias, atrasos na construção e disponibilidade dos materiais/mão de obra, falhas no contrato e eventos de “Força Maior”, assim nos ensina Silva (2016, p. 49).

O autor Silva (2016, p. 49) também observa os riscos operacionais e de manutenção, onde as infraestruturas apenas poderão ser mantidas, desde que sejam operadas responsabilmente com manutenção adequada. A inclusão de tecnologias novas também cabem neste item.

Já os riscos de mercado e de procura, conforme Silva (2016, p. 49), se referem à incerteza sobre o valor futuro do mercado, para o bem ou serviço sob concessão e ainda incertezas provenientes do mercado, onde se comercializa os bens ou serviços. Estes riscos são muito específicos, em função da atividade e no caso da construção seriam os seguintes: receitas insuficientes, restrições impostas pelo governo sobre lucros e tarifas, preço e estimativas de procura desajustadas, quebra da procura, riscos de concorrência e eventos de “Força Maior”.

Por fim, os riscos jurídicos, no conceito de Silva (2016, p. 49), referem-se ao custo ou perda de receitas causado por incertezas jurídicas, a que pode acrescer um único e imprevisível evento legal ou um ambiente legal. São exemplos o desacordo sobre garantias dadas pelo governo, cláusulas vagas e inconsistentes e novamente os eventos de “Força Maior”, etc.

Mas conforme ensinamento de Silva (2016, p. 53), há também a gestão do risco, que procura identificar, gerir, conter e eliminar os riscos do projeto e é fundamental para o sucesso deste, dado o seu impacto na rentabilidade e eficiência. Destarte, a primeira tarefa no planejamento do projeto é a identificação dos riscos e a melhor forma de os gerir, com o objetivo de os minimizar no decurso de vida do projeto.

Assim, Silva (2016, p. 53) explica que o processo de gestão de risco é um processo contínuo durante o decurso de período de vida do projeto e ocorre em cinco fases, que são as seguintes: identificação dos riscos - processo de identificar todos os riscos, relevantes para o projeto; análise do risco - determinação da probabilidade dos riscos identificados se materializarem e a magnitude das consequências se os mesmos se verificarem; afetação do risco – afetação do risco a cada um dos parceiros do contrato ou introdução de mecanismos que permitam lidar com o mesmo; atenuação/mitigação do nível de risco - redução da probabilidade de ocorrência do risco e qual o nível de impacto do mesmo no parceiro que o assumiu; controle, revisão e atualização dos riscos – controle e revisão dos riscos identificados, e análise de novos riscos à medida que o enquadramento se modifica.

Para finalizarmos, Silva (2016, p. 53) demonstra que na prática, estes riscos não ocorrem isoladamente, por exemplo, a afetação destes não ocorre numa base risco a risco, mas sim em conjunto com as especificações da estrutura de pagamentos, políticas governamentais e o próprio contrato. A seguir poderemos conferir alguns modelos de PPP, praticados atualmente, no Brasil e no mundo.

4.2 Modelos internacionais

Conforme demonstrado por Peixinho (2010, p. 6), há vários tipos de parcerias celebradas, principalmente modelos europeus. Dentre os mais importantes destacam-se: *Build Operate Transfers* (BOT) - Transferência de Operação; *Build Own Operate* (BOO) - Próprio Desenvolvimento; *Leasing* - Arrendamento Mercantil; *Joint Ventures* - Empreendimento Conjunto; *Operations or Management Contracts* – Operações ou Contratos de Gestão; *Cooperative Arrangements* – Arranjo Cooperativo.

Também podemos citar, conforme Silva (2016, p. 21): *Operation Mantaince* (OM) -Operação e Manutenção; *Designe Buid Operate* (DBO) - Projeto, Construção e Operação; *Design Build Financing Operation* (DBFO) - Projeto, Construção, Financiamento e Operação.

A seguir, conforme alguns autores pesquisados, serão especificadas as características desses modelos supracitados.

A PPP se situa numa divisão de responsabilidades e alocação de riscos, então esses arranjos incluem também contratos de gestão, operação de

transferências temporal de ativos contra pagamentos fixos ou variáveis (*Leasing*), privatização parcial de ativos do Estado e ainda *Joint Ventures* ou coinvestimentos entre empresas públicas e privadas, desta forma entende Frischtak (2013, p. 126).

Para Peixinho (2010, p. 7), *Leasing* tem a característica mais importante deste tipo de parceria, porque parte do risco é transferido para o setor privado. Na França, muitas parcerias se concretizam sobre a forma de contratos de concessão (essencialmente o tipo BOT de contratos), ou contratos de *Leasing*, que cobrem o projeto e a construção, mas não engloba o projeto de financiamento.

O contrato de *Leasing* ou arrendamento mercantil na sua definição e “assim denominado no Direito brasileiro, é o contrato no qual duas ou mais pessoas resolvem alugar ou arrendar determinado objeto um ao outro” (SOARES, 2015, <<http://www.juridicocerto.com>>).

Nas *Joint Ventures*, diz Peixinho (2010, p. 7), os setores público e privado atuam em conjunto em projetos de interesse mútuo e se unem para a consecução de determinado empreendimento, porém a associação não implica a perda da identidade e da individualidade das pessoas jurídicas envolvidas e nem há transferência dos serviços e riscos do Estado para o particular. Nos Estados Unidos, por exemplo, as *Joint Ventures* – de origem americana - são utilizadas para recuperação de áreas mediante a transferência para a iniciativa privada por autoridades governamentais. Nas áreas cedidas, o particular tem a incumbência de promover os investimentos em novas construções.

No caso das *Joint Ventures*, podemos verificar, a seguir, que não há uma definição exata para essa expressão:

Joint venture é uma figura jurídica que contempla as associações e as alianças estratégicas entre empresas. Constitui forma associativa sui generis. É modelo jurídico nascido e desenvolvido da prática dos mais variados campos de negócios, reconhecida pela jurisprudência e configurada por contratos formais. Sua aplicação estende-se desde um simples contrato de colaboração, até a união total de sociedades numa única empresa. (MARTINS, 201?, <<http://www.ambito-juridico.com.br>>).

Na parceria BOT o privado é responsável pelo financiamento, projeto, construção, operação e manutenção do projeto durante o período da concessão. O ativo é transferido novamente para a entidade pública, no final do período da concessão, a custo zero, assim explica Peixinho (2010, p. 6).

Já BOO é idêntico ao BOT, conforme comenta Peixinho (2010, p. 7), mas o setor privado detém a propriedade do ativo, de forma permanente. A parte pública apenas concorda com a aquisição por um período previamente fixado, dos bens ou serviços disponibilizados.

As *Operations or Management Contracts* caracterizam-se por envolver apenas parcialmente o setor privado em determinada parceria com o ente governamental, a exemplo de um serviço prestado ou uma operação realizada. O serviço ou o contrato de gestão permitem ao setor privado a prestação de serviços relacionados à infraestrutura por um determinado tempo, assim explica Peixinho (2010, p. 8).

Cooperative Arrangements, nos esclarece Peixinho (2010, p. 8), ocorrem entre Estado e entidades privadas. Caracterizam-se por serem acordos mais informais do que as demais formas de parceria. É um tipo de concessão de franquia de projetos de habitação social. Em algumas localidades há incentivos fiscais ou garantias que são dadas para atrair o capital privado com prática de custo baixo para edificações de imóveis em associação a projetos sociais.

Silva (2016, p. 21) explica que na OM a parte privada é responsável por todas as manutenções e operações. A parte privada não é responsável pelo financiamento, mas poderá gerir um fundo de capital. A aplicação dos fundos será definida pela entidade privada, em conjunto com a entidade pública.

Já na DBO, esclarece Silva (2016, p. 21), a entidade privada é responsável pelo projeto, construção, operação e manutenção num período determinado, sendo que no final do período deverá o mesmo ser transferido para a entidade pública e também o autor menciona o DBFO, onde o privado é responsável pelo financiamento, projeto, construção, operação e também manutenção. A parte pública detém a totalidade da propriedade.

Segundo Cretella Neto (2010, p. 11), três modalidades de cooperação entre os setores público e privado foram criadas na Grã-Bretanha. Primeira a introdução da propriedade, pela iniciativa privada, de empresas estatais, usando toda a gama legal possível de estruturas - colocação de ações no mercado ou entrada de um sócio estratégico; a segunda é a Iniciativa Financeira Privada (*Private Finance Initiative* – PFI) e outras configurações, nas quais o setor público contrata para adquirir serviços de qualidade durante prazos longos, de modo a obter vantagens das competências de gestão privada, que também inclui concessões e franquias,

onde um empreendedor privado assume a responsabilidade pelo fornecimento de um serviço público, incluindo sua manutenção, ampliação ou a construção da infraestrutura necessária; e terceira a venda de serviços do governo ao mercado em geral e outras estruturas de parcerias, nas quais as competências do setor privado e seu financiamento são usados para explorar o potencial comercial dos ativos governamentais.

Caso exemplar de modelo de parceria entre o setor público com entes privados é a exportação britânica na área da saúde através de PPP/PFI, que veremos a seguir com mais detalhes.

Conforme Silva (2016, p. 287), a implementação do modelo PPP, na área da saúde no Reino Unido tem sido alvo de controvérsia. Este modelo denominado Iniciativas de Financiamento Privado (PFI - *Private Finance Initiative*), tem por base o envolvimento de entidades privadas, em conjunto com o serviço nacional de saúde britânico (NHS - *British National Health Care Industry*). O NHS tem vindo a assumir um papel cada vez mais importante, na exportação de equipamentos, serviços e consultoria na área da saúde.

Outro aspecto importante é que também tem estimulado o desenvolvimento da PPP, para financiamento, construção e manutenção de hospitais e outras facilidades nesta área. Assume especial relevância neste contexto, o Departamento Internacional de Saúde (DHI - *Department of Health's International*). Este organismo assume um papel fundamental na ligação entre as entidades governamentais e os interesses privados ligados à indústria, bem como na estratégia de exportação, incluindo a produção de relatórios que identifiquem os mercados alvos prioritários, que deverão ser seguidos, quer nos países desenvolvidos, quer nos países em desenvolvimento, assim comenta Silva (2016, p. 287).

O autor Silva (2016, p. 288) conceitua o caso acima como transferência coerciva, assim entendido como um processo onde determinado governo força outro a adotar uma política. Também uma instituição internacional pode forçar um Estado a adotar certas normas (tais como quando um empréstimo tem associado condições econômicas e políticas), ou ainda, quando uma multinacional ameaça reorientar os seus investimentos para outros Estados, se não forem tomadas medidas por ele propostas. Então neste contexto, assume especial relevância a exportação de bens de serviços de saúde, com base no modelo PFI, para países em desenvolvimento e do Leste da Europa.

Visto então, na esfera internacional, os principais moldes praticados nas parcerias público-privadas que servem como norte para sua implementação, doravante, no próximo item deste capítulo final, veremos alguns exemplos nacionais de projetos de PPPs e, ainda, aquelas em atividade pelo Brasil, com sua aplicabilidade em áreas como a da gestão pública de saúde, segurança e de infraestrutura.

4.3 Modelos no Brasil

Podemos perceber que as PPPs já vêm sendo utilizadas para a delegação de rodovias, como se vê, por exemplo, no caso da PPP federal que teve por objeto a restauração, manutenção, operação e aumento de capacidade das rodovias BR-324 e BR-116 nos estados de Minas Gerais e Bahia; da concessão patrocinada feita pelo estado de Minas Gerais da rodovia MG-050; da PPP da rodovia Transcerrado, no Piauí, e, ainda, da PPP que tem por objeto a concessão do complexo viário Praia do Paiva, com 6,2 km de rodovia e uma ponte de 300 metros, que vai reduzir em 44 quilômetros a distância entre Recife e o litoral sul do estado de Pernambuco, assim nos esclarecem Falcão et al. (2013, p. 58).

Fazendo um breve comentário, através do pensamento de Falcão et al. (2013, p. 42), a delegação da gestão de rodovias à iniciativa privada está relacionada - assim como aconteceu em diversos setores da economia nos quais se pôde experimentar a retirada do Estado como ator direto - à ineficiência estatal em atuar como provedor universal e à incapacidade de, nesses termos, prover os investimentos necessários aos diversos campos sob sua tutela.

Outro exemplo de PPP, agora citado por Anker e Pereira (2013, p. 171-172), é o Hospital Infantil (Mato Grosso), onde o governo publicou, em janeiro de 2012, um Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) com a finalidade de obter os estudos de viabilidade do projeto de PPP na modalidade administrativa vinculado à unidade hospitalar denominada "Hospital Central". Este que teve o início de sua construção em 1985, mas a obra nunca foi concluída, até o Ministério Público Federal (MPF) propor uma Ação Civil Pública em face ao Estado e outros réus, que foram condenados.

Em função desse contexto foi aberta nova licitação e se optou por um projeto de PPP, cujo objeto era "construção, fornecimento de equipamentos, manutenção e

gestão dos serviços não assistenciais do ‘Hospital Infantil de Mato Grosso’”. Trata-se então, de um contrato de concessão administrativa com prazo de vigência de 23 anos, assim explicam Anker e Pereira (2013, p. 171-172).

Conforme podemos conferir abaixo, o objeto do contrato é extenso e visa a modernização da instituição citada:

(i) a finalização da obra dos prédios já existentes e a implantação de novos blocos para atender ao novo perfil de hospital pediátrico e de maternidade de alto risco; (ii) a construção de prédios anexos para a criação de um Centro de Diagnóstico e instalação dos Serviços de Apoio Logístico (Almoxarifado, Farmácia, Manutenção, dentre outros); (iii) a construção de um bloco novo e independente para a implantação dos serviços de Hemoterapia, Laboratório de Análises Clínicas e Saúde Pública; (iv) a disponibilização de toda a estrutura de equipagem; e (v) bem assim a prestação dos serviços não clínicos no âmbito da unidade hospitalar na forma da legislação pertinente. (ANKER e PEREIRA, 2013, p. 172-173).

Os autores Anker e Pereira (2013, p. 172-173) lembram que os documentos disponibilizados para a consulta pública não indicaram o valor estimado do contrato. Mas, com o objetivo de sinalizar a dimensão econômica do projeto, a minuta do contrato de concessão administrativa indica que “o capital social da SPE é de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), o qual deverá ser totalmente integralizado até o início da operação da concessão administrativa”.

O Hospital do Subúrbio, que foi a primeira PPP em saúde do Brasil dentro dos moldes da Lei 11.079, é outro exemplo citado pela dupla Anker e Pereira (2013, p.174). Na época da decisão pela implementação do projeto, o estado da Bahia já operava equipamentos públicos de saúde de variadas formas. O estado realizava, concomitante à decisão pelo desenvolvimento do projeto, uma acirrada discussão sobre a implementação do regime de fundação estatal de direito público, que deveria funcionar como outra forma de contratação de serviços clínicos, sem as amarras tradicionais que a Administração Direta impõe sob a gestão destes hospitais.

Os autores Anker e Pereira (2013, p.174) informam com sua pertinente explicação, que o Hospital do Subúrbio é o primeiro hospital público de emergências em 20 anos. Trata-se então de um hospital de porta aberta, que recebe toda a demanda hospitalar de emergências da região. Está localizado na região do Subúrbio Ferroviário, em Salvador, Bahia, uma região bastante carente, de baixo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), com uma população aproximada de cerca de 1 milhão de habitantes.

Continuando com os esclarecimentos de Anker e Pereira (2013, p.174), a decisão pela modalidade de PPP surgiu somente após o início da construção hospitalar e assim utilizaram a lógica tradicional de um contrato de EPC (*Engineering, Procurement and Construction*) com duração de 10 anos. Foi decidido pela transferência integral dos serviços clínicos (desde diagnósticos até médico-hospitalar) e não clínicos do hospital (típicos de hotelaria, como limpeza, manutenção, alimentação, portaria e segurança), concentrando-se principalmente nos equipamentos clínicos.

Mister saber, que este projeto de PPP supracitado por Anker e Pereira (2013, p.175), foi licitado na Bolsa de Valores de São Paulo e contou com a presença de dois concorrentes, que foram o consórcio Promédica (operadora de saúde do Estado da Bahia), vencedora do certame e Dalkia (operadora francesa).

Também podemos analisar como exemplo, o Projeto do Complexo Datacenter Banco do Brasil (BB) - Caixa, como primeira PPP federal, inaugurada em 20 de março de 2013.

Doravante, Averbuch e Souto (2013, p. 211) explicam que o Projeto Complexo Datacenter Consórcio BB - Caixa foi enviado à apreciação do Comitê Gestor das PPPs (CGP) em agosto de 2006, sendo sua licitação autorizada em dezembro daquele ano. De acordo com a documentação remetida pelo BB, o projeto tinha como principais objetivos:

(a) simplificar a gestão; (b) agregar a expertise, agilidade e eficiência do parceiro privado; (c) evitar o investimento imediato de vultosos recursos; (d) simplificar, durante toda a vigência do contrato, os processos para adequações que vierem a ser necessárias na infraestrutura predial; (e) reduzir o risco de continuidade, inerente às contratações de serviços realizadas por meio da Lei nº 8.666/93 cujo prazo é de um ano renovável por no máximo quatro exercícios; (f) compartilhar os riscos com o setor privado; (g) garantir a continuidade dos negócios, mesmo em caso de desastres; e (h) reduzir os riscos operacionais e permitir a aderência aos normativos internacionais (Basileia II). (AVERBUCH e SOUTO, 2013, p. 211).

Houve duas licitações, porém sem nenhum ganhador, então o Tribunal de Contas da União (TCU), por meio do Acórdão nº 1.413/08, encerrou o processo licitatório e estabeleceu que a Caixa Econômica Federal e o BB deviam encaminhar novos documentos para dar continuidade à PPP. Então após alterações, o contrato, antes estimado em R\$ 1,707 bilhão (preços de maio de 2007) com prazo de 25

anos, passou a ser de R \$ 1,012 bilhão (preços de junho de 2009) por um período de 15 anos, assim nos informam Averbuch e Souto (2013, p. 211).

Como exemplo de sucesso, envolvendo o mecanismo PPP, podemos citar o Complexo Penal de Minas Gerais, que conforme Palhares (2018, <<https://blog.houer.com.br>>), foi a primeira PPP no sistema carcerário brasileiro, que teve contrato firmado pela Secretaria de Defesa Social de Minas Gerais com a Concessionária GPA, no ano de 2009, prevendo a construção, em dois anos, de um complexo penitenciário com 3.360 vagas destinadas aos detentos, divididos em 5 unidades prisionais. O valor do contrato foi fechado em R\$ 2,1 bilhões com a gestão do empreendimento por mais 25 anos.

No caso apresentado, faz-se necessário chamar a atenção para os serviços prestados no contrato de concessão administrativa, que incluem:

[...] atenção médica de baixa complexidade, educação básica e média aos internos, treinamento profissional e cursos profissionalizantes, recreação esportiva, alimentação, assistência jurídica e psicológica, vigilância interna e gestão do trabalho do preso. (PALHARES, 2018, <<https://blog.houer.com.br>>).

O autor supracitado também nos traz outro exemplo especial de PPP no estado mineiro, trata-se da Iluminação Pública de Minas Gerais, porém o contrato ainda não saiu do papel. Neste caso, a Prefeitura de Belo Horizonte firmou um contrato de quase R\$ 500 milhões para trocar toda a iluminação pública das ruas por lâmpadas LED (*Light Emitting Diode*)¹¹, o que garante ruas mais iluminadas e, conseqüentemente, aumento da segurança, sobretudo em locais com alta incidência de criminalidade, assim verificado e demonstrado por Palhares (2018, <<https://blog.houer.com.br>>).

No caso acima, conforme Palhares (2018, <<https://blog.houer.com.br>>), serão 180 mil pontos de luz que deverão ser substituídos, gerando melhoria e eficiência na iluminação pública em Belo Horizonte, inclusive reduzindo cerca de 45% na conta de energia da própria prefeitura. Além disso, a tecnologia inovadora que será implementada permite controlar remotamente a situação de cada lâmpada, o que facilitará na hora de realizar a manutenção e troca de uma lâmpada queimada.

¹¹ Traduzindo para o português como diodo emissor de luz.

Já a PPP do Alto Tietê, o Sistema Produtor do Alto Tietê (SPAT), comentada por Oliveira et al. (2013, p. 225), foi a primeira parceria público-privada da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp) e culminou com o aumento da vazão da Estação de Tratamento de Água (ETA) do reservatório de Taiapuê de 10 m³/s para 15 m³/s, garantindo a oferta de água na Região Metropolitana de São Paulo no prazo necessário.

Oliveira et al. (2013, p.225) explicam que o tempo para conclusão das obras, a necessidade de trazer a expertise do setor privado e o diferimento do investimento ao longo dos anos justificaram a opção pela PPP e atualmente, o SPAT abastece uma população superior a 4 milhões de habitantes, abrangendo os municípios de Suzano, Mogi das Cruzes, Ferraz de Vasconcelos, Poá, Itaquaquecetuba, Arujá, bairros da região leste da Capital, além de uma parcela do município de Guarulhos.

Continuando com Oliveira et al. (2013, p.228-229) e seus esclarecimentos, a Parceria Público-Privada do Sistema Produtor do Alto Tietê consistiu em um contrato de concessão administrativa em que a Sabesp permaneceu como delegatária dos serviços públicos e, conseqüentemente, da relação direta com o usuário, bem como manteve a operação da estação de tratamento de água. Sendo assim, o escopo do projeto compreende os seguintes itens:

(i) ampliação da estação de tratamento de água de 10 m³/s para 15 m³/s; (ii) construção de 17,7 km; (iii) construção de quatro reservatórios com capacidade de 70.000m³, (iv) construção e instalação de booster, estações elevatórias e obras acessórias; (v) manutenção das barragens; (vi) tratamento e disposição final do lodo; (vii) manutenção civil e eletromecânica; (viii) serviços auxiliares de adução e entrega; e (ix) serviços gerais. (OLIVEIRA et al, 2013, p.228-229)

Neste caso, o contrato de concessão administrativa foi estabelecido com duração de 15 anos. A estrutura de remuneração mensal do concessionário está sujeita a indicadores de desempenho e contempla a disponibilização da capacidade instalada na estação de tratamento de água nas duas fases do projeto. A proporção do pagamento atrelado aos indicadores é relativamente baixa quando comparada àquela que remunera os investimentos em bens de capital. Entretanto, é importante para incentivar manutenções adequadas e prestação de serviços de qualidade, assim nos fazem entender Oliveira et al. (2013, p.233).

Para concluir este capítulo, citamos um projeto de PPP próximo de se tornar realidade e que demonstra, assim como exemplo acima, a tendência nacional para

suprir a falta de recursos do Estado para investir em desenvolvimento e infraestrutura, trata-se da PPP da Companhia Riograndense de Saneamento (Corsan), empresa pública do Rio Grande do Sul (RS). Este projeto visa à universalização da rede de esgoto em nove cidades da Região Metropolitana, composta por Alvorada, Cachoeirinha, Canoas, Eldorado do Sul, Esteio, Gravataí, Guaíba, Sapucaia do Sul e Viamão, com expectativa de iniciar a operação em 2019, conforme Daroit (2018, <<http://www.jornaldocomercio.com>>).

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico teve como objetivo geral analisar como funcionam as parcerias público-privadas a partir da legislação brasileira e o seu estudo problemático foi feito através do seguinte questionamento: o instituto da parceria público-privada, como contrato de concessão, se apresenta juridicamente seguro e financeiramente atraente aos parceiros público e privado no Brasil? Então, através deste trabalho acadêmico, pode-se chegar a uma conclusão positiva para a questão proposta, vejamos a seguir.

Na respectiva análise em tela podemos constatar que a parceria público-privada no Brasil é regulamentada pela Lei nº 11.079/2004 e subsidiada por outras legislações, tais como a Lei nº 8.987/1995 (Lei da concessão comum e permissão) e, ainda, tem como base principiológica o art. 37 da CF/88 e seus respectivos princípios, aqueles mesmos que regem os serviços públicos prestados pela Administração Pública direta e indireta. Além disso, há outros elementos necessários a serem observados para a implementação de uma PPP, como exemplos, podemos citar o respeito a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei de Licitações e Contratos e, ainda, a constituição obrigatória de uma sociedade de propósito específico (SPE), comprovando assim, ter um amparo legal suficiente para garantir a devida segurança jurídica.

No segundo capítulo se pode compreender, através de um estudo histórico do objeto deste trabalho, que a parceria público-privada não é um instituto novo – derivado de reforma administrativa promovida pelo governo inglês na década de 1980 -, tão pouco inovador no ordenamento jurídico brasileiro, já que a concessão comum antecede a concessão especial (PPP) em quase uma década. Porém, é sim, uma inovação para atrair investimentos privados para a prestação de serviços públicos, já que o Estado, como é sabido, não possui recursos suficientes para tal demanda.

Podemos compreender que a PPP é uma tendência mundial, haja vista, países desenvolvidos como Coreia do Sul, Estados Unidos, Portugal, França, dentre outros, já utilizarem esse mecanismo como forma de impulsionar os seus investimentos em infraestruturas e demais áreas pertinentes, desde a década de 1990, marco importante para o instituto em destaque.

Neste tipo de parceria entre o público e o privado, tem-se a proposta de oferecer as devidas garantias de um equilíbrio econômico-financeiro num eventual contrato de concessão especial e, diante disso, atrair o investidor/empreendedor com seus recursos e eficiência. Logo, através da iniciativa privada, a Administração Pública busca promover o Estado do bem-estar social.

No terceiro capítulo, ao analisar os limites entre o setor público e entes privados, constatamos que as parcerias público-privadas observam tanto os princípios constitucionais explícitos, como aqueles implícitos, além, é claro, daqueles próprios que norteiam a concessão e se encontram na Lei nº 8.987, enquanto a Lei

das PPPs fornece a devida segurança jurídica às partes – poder concedente e empresas – para firmarem contrato.

Cabe destacar, ainda, pontos importantes trazidos pela promulgação da Lei 11.079/04, como o Fundo Garantidor das PPPs (FGP), uma entidade contábil que objetiva garantir ao parceiro privado o adimplemento dos débitos estatais. De igual relevância é a constituição obrigatória de uma sociedade de propósito específico (SPE) para a celebração de um contrato de concessão com os moldes de parceria público-privada, que visa assim, gerir o objeto em questão e sua proteção patrimonial.

Quanto ao interesse de empresas privadas contratar com a Administração Pública, identificamos a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, que se dá através da transferência de riscos do negócio entre as partes (parceiro público e parceiro privado), procedimentos mais ágeis para a obtenção de recursos provenientes junto às instituições financeiras ao investidor, além, é claro, das tarifas cobradas dos usuários de serviços públicos pelo concessionário. Ademais, outras garantias são efetivadas através da Lei das PPPs e dos limites impostos à Administração Pública, tais como os estabelecidos pela legislação de responsabilidade fiscal.

Por fim, no quarto capítulo, analisamos alguns modelos nacionais e internacionais de parcerias público-privadas implementadas na prática e que demonstram ser um mecanismo eficaz para sanar as demandas em áreas públicas como a de saúde, segurança, saneamento básico e infraestrutura, esta de suma importância para o desenvolvimento nacional.

Através desses modelos expostos de diferentes entes federativos, percebemos que a parceria público-privada logo será também uma tendência em âmbito nacional, devido ao sucesso de alguns contratos de concessão administrativa e patrocinada já em atividade atualmente.

Em síntese, respondendo ao estudo problemático do presente trabalho, podemos comprovar que a parceria público-privada possui a devida segurança jurídica através da Lei das PPPs e demais legislações que a regem, tornando-se assim mais uma alternativa moderna à disposição no Direito Administrativo, em benefício do desenvolvimento e em prol do interesse público. Além do mais, traz ganhos e benefícios financeiros aos dois parceiros em uma PPP, como pôde ser constatado através do presente estudo. Por exemplo, o Estado, após o término dos

contratos de concessão especial – mínimo cinco anos e máximo 35 anos -, poderá aumentar os seus ativos, visto que toda a estrutura, nesse caso constituída pelo parceiro privado no negócio, poderá ser incorporada legalmente ao seu patrimônio, enquanto a iniciativa privada obtém os devidos ganhos financeiros durante a vigência do contrato para a prestação dos serviços públicos com a cobrança tarifária e os subsídios recebidos como forma de contraprestação obrigatória por parte da Administração Pública.

Por fim, pode-se concluir com este trabalho acadêmico que a parceria público-privada, de modo algum, é a solução para todos os nossos problemas, ou ainda, uma espécie de panaceia para o desenvolvimento nacional, porém, é sim, uma estratégia interessante para captar recursos privados em prol de investimento e crescimento sustentado do Estado. Faz-se necessário dizer que a constituição de uma PPP vai muito além de uma simples privatização, onde a Administração Pública perde a sua titularidade na atividade privatizada, pois o seu intuito, neste caso de parceria, visa a repartição de riscos e responsabilidades nos investimentos com o parceiro privado, e mais, mesmo com todo o estudo apresentado, o tema objeto da pesquisa não está esgotado.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito administrativo descomplicado*. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

ANKER, T.; PEREIRA, B. R. O atual cenário das ppps no setor de saúde pública no Brasil: potencialidades, desafios e as primeiras experiências em âmbito estadual. In: OLIVEIRA, G.; OLIVEIRA FILHO, L. C. (Org). *Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas*. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013. p. 159-180.

CAMPOS, Débora. Lei 8987/95: Regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. *Mega Jurídico*, 26 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.megajuridico.com>>. Acesso em: 01 de out. 2017.

CARVALHO, André Castro. Advogados criticam nova lei que regulamenta parcerias público-privadas, 05 dez. 2017. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 19 de maio 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à lei das parcerias público-privadas – ppps*. 2.ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

CUNHA, Antonio Renato Cardoso da. Aplicabilidade da teoria do risco administrativo nas parcerias público-privadas. In: PEIXINHO, M. M.; CANEN, D. (Coord). *Marco regulatório das parcerias público-privadas no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 137-180.

DAROIT, Guilherme. Ppps para saneamento ganham espaço no País. *Jornal do Comércio*, 26 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.jornaldocomercio.com>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FALCÃO, J. et. al. O princípio da subsidiariedade e a partilha de competências entre estado e sociedade. In: _____ (Org). *Novas parcerias entre os setores público e privado*. 1.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013. Vol. 1. p. 15-40.

FARIA, Carolina. Margareth thatcher. *Infoescola*, [201?]. Disponível em: <<http://www.infoescola.com>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

FINGERMANN, Henrique. Introdução à edição brasileira. In: _____; LODOVIC, E. S.; BERNAREGGI, G.M. (Org). *Parceria público-privada: cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e administrações públicas locais*. São Paulo: Summus, 2009. p. 7-8.

FINGERMANN, H.; LOUREIRO, M. R. Mudanças na relação público-privada e a problemática do controle social: algumas reflexões sobre a situação brasileira. In: _____; LODOVIC, E. S.; BERNAREGGI, G.M. (Org). *Parceria público-privada: cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e administrações públicas locais*. São Paulo: Summus, 2009. p. 27-41.

FRISCHTAK, Cláudio R. Ppps: a experiência internacional em infraestrutura. In: OLIVEIRA, G.; OLIVEIRA FILHO, L. C. (Org). *Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas*. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013. p.125-144.

ITAMARATY. Acordo marco de cooperação com a ocde. *Ministério das relações exteriores*, 08 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LOUREIRO, Ana Lucia de Castro. A arbitragem e a responsabilidade fiscal nos contratos de parcerias público-privadas. In: PEIXINHO, M. M.; CANEN, D. (Coord). *Marco regulatório das parcerias público-privadas no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 181-208.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. Parcerias empresariais “joint ventures”. *Âmbito jurídico*, [201?]. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes et. al. *Direito administrativo brasileiro*. 36.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

OLIVEIRA, G. et. al. Parceria público-privada alto tietê estudo de caso da primeira ppp da sabesp. In: _____; OLIVEIRA FILHO, L. C. (Org). *Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas*. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013. p. 226-234.

OLIVEIRA, G.; OLIVEIRA FILHO, L. C. Introdução. In: _____; _____ (Org). *Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas*. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013. p. 1-8.

OLIVEIRA, Laura H. Pinheiro de. Parcerias público-privadas: conceitos e objetivos. *Migalhas*, 02 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2017.

OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. Parcerias público-privadas e os princípios constitucionais. In: PEIXINHO, M. M.; CANEN, D. (Coord). *Marco regulatório das parcerias público-privadas no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 53-69.

PALHARES, Gustavo. Conheça 4 parcerias público-privadas que deram certo no brasil. *Houer Concessões*, 05 jan. 2018. Disponível em: <<https://blog.houer.com.br>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

PEIXINHO, Manuel Messias. As parcerias público-privadas no direito estrangeiro e no Brasil: instrumentos de concretização de políticas públicas e de direitos

fundamentais. In: _____; CANEN, D. (Coord). *Marco regulatório das parcerias público-privadas no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 1-51.

PESSOA, Robertônio Santos. *Curso de direito administrativo moderno*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PILLITERI, Paolo. Apresentação. In: FINGERMAN, H.; LODOVIC, E. S.; BERNAREGGI, G.M. (Org). *Parceria público-privada: cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e administrações públicas locais*. São Paulo: Summus, 2009. p. 9-10.

SALOMÃO, Wiliander França. A arbitragem na administração pública. *Âmbito Jurídico*, [201?]. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

SARTURI, Claudia Adriele. Concessão e permissão de serviço público no ordenamento jurídico brasileiro. *Conteúdo Jurídico*, 19 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com>>. Acesso em: 15 out. 2017.

SILVA, José Manuel Braz da. *Parcerias público-privadas*. Coimbra: Almedina, 2016.

SOARES, Arthur de Araújo Souza e. Leasing – conceitos básicos. *Jurídico Certo*, 21 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.juridicocerto.com>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

VAZQUEZ, Juan Luiz Souza. Sociedade de propósito específico na parceria público-privada. In: PEIXINHO, M. M.; CANEN, D. (Coord). *Marco regulatório das parcerias público-privadas no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 71-98.

XAVIER, Bianca Ramos. A parceria público-privada e as normas de direito financeiro: aspectos gerais e a constitucionalidade das garantias ao investimento privado. In: PEIXINHO, M. M.; CANEN, D. (Coord). *Marco regulatório das parcerias público-privadas no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 99-122.