

CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPP)

Introdução às concessões de serviços públicos



SEMINÁRIOS
**Novos
gestores**
2021-2024

CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPP)

Introdução às concessões de serviços públicos

André Saddy





Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte. Todavia, a reprodução não autorizada para fins comerciais desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação dos direitos autorais, conforme Lei 9.610/1998.

Impresso no Brasil. Disponível em: <<https://www.cnm.org.br>>

Catalogado na fonte pela Confederação Nacional de Municípios

S124c Saddy, André
Concessões e Parcerias Público-Privadas (PPP): introdução às concessões de serviços públicos/ André Saddy. -- Brasília: CNM, 2020.
72 p. : il. -- (Coleção Gestão Pública Municipal: Novos Gestores 2021-2024)

Disponível em: <<https://www.cnm.org.br>>
ISBN 978-65-88521-24-3

1. Gestão Municipal. 2. Inovação. 3. Concessão Pública. 4. Parceria Público-Privada. 5. Delegação de Serviço Público. I. Título.

CDD 351

Ficha catalográfica elaborada por: Daiane S. Y. Valadares CRB-1/2802

Autor

André Saddy

Revisão de textos

KM Publicações

Supervisão técnica

Luciane Guimarães Pacheco

Diagramação

Themaz Comunicação e Publicidade

Supervisão editorial

Daiane da Silva Yung Valadares

Luciane Guimarães Pacheco



DIRETORIA **CNM** 2018-2021

CONSELHO DIRETOR

PRESIDENTE

Glademir Aroldi – *Saldanha Marinho/RS*

1º VICE-PRESIDENTE

Julvan Rezende Araújo Lacerda – *Moema/MG*

2º VICE-PRESIDENTE

Eures Ribeiro Pereira – *Bom Jesus da Lapa/BA*

3º VICE-PRESIDENTE

Jairo Soares Mariano – *Pedro Afonso/TO*

4º VICE-PRESIDENTE

Haroldo Naves Soares – *Campes Verdes/GO*

1º SECRETÁRIO

Hudson Pereira de Brito – *Santana do Seridó/RN*

2º SECRETÁRIO

Eduardo Gonçalves Tabosa Junior – *Cumarú/PE*

1º TESOUREIRO

Jair Aguiar Souto – *Manaquiri/AM*

2º TESOUREIRO

João Gonçalves Junior – *Jaru/RO*

CONSELHO FISCAL

TITULAR

Christiano Rogério Rego Cavalcante – *Ilha das Flores/SE*

TITULAR

Expedito José do Nascimento – *Piquet Carneiro/CE*

TITULAR

Gil Carlos Modesto Alves – *São João do Piauí/PI*

SUPLENTE

Cleomar Tema Carvalho Cunha – *Tuntum/MA*

SUPLENTE

Marilete Vitorino de Siqueira – *Tarauacá/AC*

SUPLENTE

Pedro Henrique Wanderley Machado – *Alto Alegre/RR*

REPRESENTANTES REGIONAIS

REGIÃO CENTRO-OESTE – SUPLENTE

Pedro Arlei Caravina – *Bataguassu/MS*

REGIÃO NORDESTE – SUPLENTE

Roberto Barbosa – *Bom Jesus/PB*

REGIÃO NORTE – SUPLENTE

Wagne Costa Machado – *Piçarra/PA*

REGIÃO SUDESTE – TITULAR

Daniela de Cássia Santos Brito – *Monteiro Lobato/SP*

REGIÃO SUL – SUPLENTE

Alcides Mantovani – *Zortea/SC*



COLEÇÃO GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL

NOVOS GESTORES 2021-2024

1. Livro do(a) Prefeito(a)
2. Assistência Social
3. Comunicação Social
4. Consórcios Públicos Intermunicipais
5. Contabilidade Pública Municipal
6. **Concessões e Parcerias Público-Privadas (PPP)**
7. Cultura
8. Defesa Civil e Prevenção de Desastres
9. Desenvolvimento Rural
10. Educação
11. Finanças
12. Habitação e Planejamento Territorial
13. Inovação e Municípios Inteligentes
14. Internacional
15. Jurídico
16. Juventude
17. Meio Ambiente e Saneamento
18. MMM e Mulheres
19. Mobilidade e Trânsito
20. Previdência Social
21. Saúde
22. Transferências Voluntárias da União
23. Turismo



CARTA DO PRESIDENTE

Prezado(a) municipalista,

Assumir a gestão municipal é um dos maiores desafios que se pode enfrentar. É nos Municípios que a vida acontece e que se pode realmente transformar a vida da população. Ciente desse importante papel, a Confederação Nacional de Municípios (CNM) idealizou, há 18 anos, o projeto *Seminários Novos Gestores*.

Esse projeto apresenta aos prefeitos as pautas correntes que precisam de especial atenção no dia a dia das gestões municipais na interação com o governo federal e com o Congresso Nacional e proporciona um momento de reflexão sobre alguns dos principais desafios que serão enfrentados no decorrer de seus mandatos.

Assim, a entidade traz, na *Coleção Gestão Pública Municipal*, um rol de temas que o ajudarão no desenvolvimento de suas políticas locais e no enfrentamento dos novos desafios impostos pelo cenário atual.

Ao longo de todo o mandato, a CNM estará ao seu lado, apoiando suas iniciativas, orientando os caminhos a serem seguidos e, principalmente, lutando pela causa municipalista.

Importante destacar que os cidadãos precisam de serviços públicos de qualidade, adequados, e nem sempre o poder público consegue fornecer isso a eles de forma direta. Assim, uma alternativa é a gestão privada dos serviços públicos e, para tanto, apresentamos nesta obra, intitulada *Concessões e Parcerias Público-Privadas (PPP): introdução às concessões de serviços públicos*, uma visão geral dos fundamentos normativos, escopo e objeto das concessões, principalmente, das parcerias público-privadas. Nosso objetivo é tornar o tema mais acessível, além de trazer uma linguagem que permita aos novos gestores compreender o que são esses contratos com a iniciativa privada.

As parcerias público-privadas exigem nova competência, novas estruturas e novo processo de gestão. A CNM entende que elas podem ser ferramentas úteis para se agregar valor à infraestrutura e aos serviços públicos. Assim, esperamos que esse material contribua para orientar os novos gestores.

Boa leitura e uma excelente gestão!



Glademir Aroldi

Presidente da CNM



SUMÁRIO

1 COLABORAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA COM FINS LUCRATIVOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	12
2 SERVIÇOS PÚBLICOS.....	14
2.1 Serviço público privativo delegado à iniciativa privada	15
2.2 Serviço público não privativo executado pela iniciativa privada..	17
3 CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	19
4 CONCESSÃO COMUM	21
4.1 Delegação da prestação de serviço público privativo, precedida ou não de obra pública	22
4.2 Realizada por qualquer Ente federativo (União, Estados, Distrito Federal ou Município) em cuja competência se encontre o aludido serviço.....	22
4.3 Contrato administrativo, bilateral e oneroso	23
4.4 Precedido de licitação na modalidade concorrência pública	25
4.5 Delegado à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas capazes de assumi-lo.....	25
4.6 Prazo determinado.....	26
4.7 Remunerado por receitas tarifárias (verba remuneratória não tributária, pagas pelos usuários) e não tarifárias (receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, pagas por outras fontes que não a renda dos usuários)	28

5	PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (CONCESSÃO PATROCINADA E ADMINISTRATIVA).....	32
5.1	Concessão patrocinada	37
5.2	Concessão administrativa	38
6	INTRODUÇÃO À LEI 11.079/2004.....	40
6.1	Âmbito de aplicação	40
6.2	Princípios de PPPs	40
6.3	Contratos de PPPs	40
6.3.1	<i>Prazo de vigência</i>	41
6.3.2	<i>Penalidade por inadimplemento</i>	41
6.3.3	<i>Repartição de riscos</i>	41
6.3.4	<i>Formas de remuneração</i>	45
6.3.5	<i>Atualidade</i>	46
6.3.6	<i>Inadimplência pecuniária</i>	46
6.3.7	<i>Crterios objetivos de avaliação de desempenho</i>	46
6.3.8	<i>Garantias de execução</i>	46
6.3.9	<i>Compartilhamento de ganhos econômicos</i>	47
6.3.10	<i>Bens reversíveis</i>	47
6.3.11	<i>Cronograma e os marcos para o repasse</i>	47
6.4	Contraprestação da administração nos contratos de PPPs.....	47
6.5	Garantias dos contratos de PPPs	48
6.6	Sociedade de Propósito Específico	51
6.7	Licitação	52
6.8	Valor mínimo.....	56
6.9	Arbitragem.....	56
6.10	Poder público como financiador.....	57
6.11	Dispositivos aplicáveis à União	57
6.11.1	<i>Órgão gestor específico</i>	58
6.11.2	<i>Fundo garantidor das PPPs</i>	59
6.11.3	<i>Limite de 1%</i>	64

7 PRINCIPAIS DESAFIOS QUE OS MUNICÍPIOS ENFRENTAM.....65

- 7.1 Institucionalização da PPP como estratégia de governo e a baixa capacidade institucional do poder público de estruturar e avaliar os estudos.....65
- 7.2 PPPs exigem novas competências, novas estruturas, novos processos e gestão especializada66
- 7.3 PPPs exigem comprometimento governamental (priorização e alocação de recursos) 66
- 7.4 Baixa qualidade dos projetos elaborados no âmbito das Propostas de Manifestação de Interesse (PMI)66
- 7.5 As garantias são sempre um desafio para o parceiro público, bem como a financiabilidade dos projetos estruturados 67
- 7.6 Questões regulatórias e segurança jurídica para o investidor68
- 7.7 Governança é uma das principais causas de problemas das PPPs ..68
- 7.8 Exercício do diálogo e da negociação com os parceiros privados... 69
- 7.9 É preciso haver boa vontade para construir confiança entre as partes – cultura ganha-ganha 69
- 7.10 Faz-se necessário descomplicar a estruturação de PPPs e desenvolver novos mecanismos de contratação de projetos pelo setor público 69

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....70



1 COLABORAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA COM FINS LUCRATIVOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sempre e quando a iniciativa privada se associar à administração pública com fins lucrativos, haverá um sujeito por colaboração. Quando se fez essa associação, o que se busca é a eficiência na prestação dos serviços.

Segundo Arnaldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald (1996),

Não se trata de diminuir o papel do Estado, mas sim de dar-lhe mais eficiência nos campos em que pode e deve atuar e excluí-lo da área em que restringe a liberdade individual e interfere indevidamente em setores que melhor são atendidos pela iniciativa privada. Na realidade, a parceria é o modo pelo qual a sociedade civil revê o seu contrato social com o Estado, é a fórmula de garantir o equilíbrio entre a economia e o direito, entre os interesses individuais e os interesses sociais, entre a eficácia e a ética, entre rigidez do comando e a equidade.

Desse modo, denomina-se sujeito por colaboração toda e qualquer associação do Estado com a sociedade civil com fins lucrativos, para execução, conjunta ou não, de atividades administrativas. Essas atividades, necessariamente, por existir fins lucrativos, devem gravitar em torno de empreendimentos econômicos e não sociais.

Busca-se, por meio desses sujeitos, o crescimento sustentável realizável pelo Estado e pelos empresários conjuntamente. Ou seja, as associações realizadas entre ambos refletem uma conjugação de interesses das duas partes principais envolvidas: o setor público e o setor privado.

Com essa parceria, o setor público assegura a contribuição de conhecimento técnico e tecnológico, inovação e sistemas sofisticados de administração de riscos e, sobretudo, a satisfação do interesse público. Por seu turno, o setor privado encontra oportunidades reais de negócios e retorno adequado para seus investimentos. A utilização dos particulares como colaboradores contribuirá para a satisfação das necessidades ditadas pelo interesse público, bem como servirá para a reativação da atividade econômica, não devendo ser esquecido o seu potencial de geração direta e indireta de empregos.

Um dos âmbitos dessa parceria está na prestação de serviços públicos, motivo pelo qual passa-se a descrevê-los.

2 SERVIÇOS PÚBLICOS

A prestação de serviços públicos é vital para o desenvolvimento e alcance dos fins do Estado. Ocorre que o Estado somente estará legitimado a desenvolver atividades econômicas quando a sociedade, por seus próprios meios, for incapaz ou não desejar prestá-lo com universalidade.

Assim o é por conta da primazia da empresa privada existente na ordem econômica constitucional brasileira. A livre iniciativa, na nossa Constituição, é fundamento da República e da ordem econômica (Art. 1º, inc. IV e art. 170, *caput*). Tal possui dois subprincípios, o da abstenção e o da subsidiariedade, que de forma resumida significa que o Estado não deve se intrometer na atividade econômica, especialmente exercendo, ele próprio, atividade econômica, ressalvadas as hipóteses autorizadas na Constituição (art. 170, *caput*, da CF), e que o Estado só deve intervir diretamente na atividade econômica nas hipóteses autorizadas na Constituição, que são as do “relevante interesse coletivo” ou “imperativo de segurança nacional” (art. 173, *caput*, da CF). A função do Estado na ordem econômica é a de atuar como “agente normativo e regulador da atividade econômica” exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174, *caput*, da CF).

Por isso, entende-se que serviços públicos são prestações transferidas da sociedade para o Estado, tendo em vista o reconhecimento dos indivíduos acerca da impossibilidade de exercerem, por si só, tais atividades. Já atividade econômica em sentido estrito é toda atividade propensa a produzir riqueza que não seja considerada como serviço público e que a administração pública, por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, se vê obrigada a desempenhar.

Os serviços públicos, quando transferidos ao Estado, podem sê-lo de forma privativa ou não privativa, é dizer, ou a titularidade pertence ao Estado (serviços públicos privativos) ou existe uma dualidade de titularidade, em que tanto o Estado como a iniciativa privada são titulares e prestadores dos serviços públicos (serviços públicos não privativos). Veja-se a diferença.

2.1 Serviço público privativo delegado à iniciativa privada

Nos serviços públicos privativos, a **titularidade é do Estado**, mas se admite delegação. Não se usa o termo exclusivo, pois esse denota algo indelegável, o que não é o caso.

Mesmo a titularidade dos serviços públicos privativos sendo pertencente ao Estado, deve este buscar sempre o interesse público, por isso a CF possibilita que ele dívida a execução de tais serviços com os particulares. Assim, possível a parceria, pode o serviço ser prestado na forma direta ou indireta¹.

A **execução direta** é aquela em que o próprio Estado presta o serviço, acumulando, portanto, a situação de titular e prestador do serviço. Já a **execução indireta** ocorre quando os serviços são prestados por entidades diversas das pessoas federativas. Apesar de transferir a outra pessoa a prestação do serviço, o Estado continua com o dever de controlar e regulamentar tais serviços. Quando prestados pela iniciativa privada, serão realizados de forma colaborativa, pois estarão executando administração pública, sem fazer parte da administração.

Hoje, para que o Estado se adapte à modernização ocorrida nos últimos anos – já que suas antigas fórmulas vêm indicando que o Estado, com o perfil que vinha adotando, envelheceu –, criaram-se novas formas de prestação dos serviços públicos. Como resultado de uma reestruturação que visa a descentralizar funções, o Estado, agora mediador e regulador, limita-se a organizar a prestação dos serviços públicos por mercados setorializados e de atividades econômicas, transferindo sua execução à sociedade (mais especificamente, à iniciativa privada), por meio de concessão, permissão e até mesmo autorização.

A atividade tem assim espaço para exploração privada. Sabe-se também que o Brasil precisa realizar investimentos substanciais para diminuir a brecha que existe entre a demanda de serviços de infraestrutura e a capacidade para provê-los, além de estar situado em um contexto de fortes restrições fiscais. Dessa forma, tornou-se imprescindível a busca e a adoção de mecanismos que

¹ Parece claro que a declaração de determinada atividade como serviço público traz consigo uma restrição ao direito à livre iniciativa, afinal, a iniciativa privada fica sujeita a um título habilitante, quer seja uma concessão, permissão ou autorização. O exercício da atividade se desenvolve conforme as diretrizes que estabelece a administração. A administração possui, assim, uma margem para organizar a forma em que se presta o serviço. A configuração legal do conteúdo da livre iniciativa varia notavelmente, dependendo do tipo de atividade que constitua seu objeto. A regulação do exercício da atividade resulta particularmente intensa nos casos dos serviços públicos.

permitam incrementar a colaboração do setor privado na prestação dos serviços públicos. A isso se dá o nome de **administração pública gerencial**, baseada em conceitos de administração e eficiência, advindos do direito privado.

Essas medidas têm sido justificadas pela crise fiscal do Estado, a busca de retomada do equilíbrio orçamentário, a crescente dívida pública, o estrangulamento do Estado, que não conseguiu investir onde necessário, entre outros muitos aspectos que forçaram uma reengenharia. Não se trata de cancelar investimentos, nem remunerar mal os serviços e servidores ou não honrar a dívida pública. A transformação está na qualidade (e não quantidade) do gasto, mudando o modelo de desempenho (gestão).

No Brasil, o “Plano Diretor da Reforma do Estado” visou, entre outros objetivos, a aumentar a capacidade de o Estado intervir efetivamente na sociedade e no mercado, dispondo de meios administrativos e financeiros, de modo a não frustrar as expectativas inerentes ao princípio democrático. Assim, cuida-se de substituir o modelo burocrático de gestão (que enfatiza a legalidade e racionalidade técnica) pelo modelo gerencial (voltado não só para resultados, mas também para o processo de controle).

Nesse novo contexto, observa-se o incremento da prestação indireta, pois aumentaram as delegações destes serviços. Nessas formas, as empresas atuam como extensão do poder estatal, operando em setores de “responsabilidade” do Estado.

Vale lembrar que o Estado brasileiro não se retirou do cenário da prestação de serviços públicos ao delegar à iniciativa privada. A responsabilidade constitucional da prestação desses serviços delegados continua com o Estado; portanto, ele está simplesmente delegando a execução para a iniciativa privada, visto que continua a ser definido por lei ou pela Constituição como serviço público.

Observa-se assim que, reservando ao Estado o papel de regulador da atividade econômica e assegurando-lhe a possibilidade de transferir para o setor privado parte das suas incumbências, a Constituição Federal preparou o terreno para a colaboração da esfera privada no segmento dos serviços e obras públicas, buscando imprimir às iniciativas públicas agilidade, prestação, competitividade e custos menores, enfim, níveis mais próximos à ideia de excelência que o princípio da eficiência reivindica.

2.2 Serviço público não privativo executado pela iniciativa privada

De maneira oposta aos serviços públicos privativos, têm-se os serviços públicos não privativos. Esses possuem uma **dualidade de titulares**, comum ao Estado e ao setor privado, podendo esse último realizar livremente tais serviços, não necessitando de delegação, afinal também é titular do serviço. Quando prestados pela iniciativa privada, são realizados de forma paralela ou complementar ao poder público. Aqui existe uma natural competência comum, em que tanto o poder público como a iniciativa privada simultaneamente a possuem. Logo, a iniciativa privada não se sujeita, a princípio, de nenhum título habilitante. Isso não significa, porém que dentro da titularidade do Estado ele não possa delegar à iniciativa privada sua prestação. Atualmente, tal delegação também é possível.

Dessa forma, é a atividade que, sendo da competência do Estado, não o é com exclusividade. Apenas se caracteriza como serviço público se prestada por aquele ou seu delegatário. A CF expressamente indica ser dever do Estado a prestação de serviços de ensino, saúde e previdência, por exemplo, mas não afastou destas esferas a iniciativa privada. Tal configuração biforme de prestação não autoriza a ilação de que, por tal motivo, estariam as atividades (educação, saúde, previdência) descaracterizadas da categoria serviço público.

Ficam consagradas cinco possibilidades:

- (i) prestação exclusiva do Estado;
- (ii) prestação por delegatário do Estado;
- (iii) prestação pelo Estado com a participação do particular;
- (iv) prestação do delegatário do Estado com a participação do particular; ou
- (v) prestação pelo particular.

Nos quatro primeiros casos, não se tem dúvidas que se estará diante de um serviço público não privativo, uma vez que seu desempenho se constitui em um dever para o poder público. Agora, quando prestados pela iniciativa privada, a exploração que seria concomitante é equiparada a atividade econômica em sentido estrito não monopolizada (GRAU, 2000).

A administração, nesse ponto, não possui qualquer subjetividade ou autonomia pública ao decidir se permitirá que o particular exerça dito serviço. Ela será obrigada a deixar e o particular, com fins lucrativos, colaborará com a administração naquele determinado segmento.

Agora, friza-se, não existe impedimento da administração, no que diz respeito a sua titularidade, decidir por delegar o serviço à iniciativa privada. Apesar da delegação ser mais comum para os chamados serviços públicos privativos, nada impede que a execução indireta também ocorra para os serviços públicos não privativos cuja titularidade é do Estado.

Vista a existência de um espaço jurídico para exploração privada dos serviços públicos, não sendo legítimo que o conceito de serviço público exclua tal atuação, cabe analisar uma das espécies de delegação da prestação aos particulares, que é a concessão de serviços públicos.

3 CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A concessão de serviço público tem seu nome constantemente ligado à ideia de privatização, e como tal pode ser considerada, desde que se tenha presente a ideia de privatização em seu sentido amplo, já que se entende por privatização em sentido estrito a venda de ações de empresas estatais. No Brasil o termo juridicamente mais correto é desestatização.

Isso se justifica porque ela é um dos instrumentos de que o poder público pode utilizar-se para diminuir o tamanho do Estado, pela transferência de atribuições para o setor privado. Ainda que a concessão se faça por contrato administrativo, portanto regido pelo direito público, e ainda que o poder público conserve a plena disponibilidade sobre o serviço, exerça a fiscalização e fixe a tarifa, a execução do serviço estará entregue a uma empresa privada, que atuará pelos moldes das empresas privadas, livre de procedimentos como concursos públicos, licitação, controle pelo Tribunal de Contas e outros formalismos que emperram hodiernamente a atuação da administração pública.

Além disso, não se pode confundir o conceito de concessão de serviço público com outras formas de concessão existentes no direito brasileiro, como as concessões de obra pública, de uso de bem público, de direitos reais sobre o uso de bens públicos, de atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, de manejo florestal e para a gestão de florestas públicas, entre outras.

Pode-se conceituar concessão de serviço público como todo contrato administrativo, precedido de licitação, em que o particular executa em seu nome a prestação de serviços públicos privativos, e até mesmo não privativo do Estado, de forma temporária e mediante alguma remuneração ou contraprestação.



Tal conceito é genérico porque, atualmente, existem três espécies de concessão que envolvem a delegação de serviços públicos:

- (i) concessão comum;
- (ii) concessão patrocinada; e
- (iii) concessão administrativa.

Essa última não necessariamente será uma delegação de serviço público, visto que pode ser dividida em duas:

- concessão administrativa de serviço público; e
- concessão administrativa de serviço ao Estado.

A modalidade tradicional de concessão de serviço público, regida pela Lei 8.987/1995, passou a se denominar comum com a criação das parcerias público-privadas, acima denominadas concessão patrocinada e administrativa, regidas pela Lei 11.079/2004.

Esses tipos de concessões criam uma relação jurídica complexa entre o Estado e a iniciativa privada. Nesta, para o concessionário, a prestação realizada é um meio pelo qual este obtém o fim que almeja: o lucro. Já para o Estado, o lucro que ele propicia ao concessionário é o meio pelo qual ele busca sua finalidade, que é o interesse público e a dignidade da pessoa humana.

Passa-se a diferenciar cada uma dessas espécies de concessão.

4 CONCESSÃO COMUM

Pode-se conceituar concessão comum como:

Delegação da prestação de serviço público privativo, precedida ou não de obra pública, realizada por qualquer Ente federativo (União, Estados, Distrito Federal ou Município) em cuja competência se encontre o aludido serviço, por meio de contrato administrativo, bilateral e oneroso, precedido de licitação na modalidade concorrência pública, à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas capazes de assumi-lo, por prazo determinado, remunerado por receitas tarifárias (verba remuneratória não tributária, pagas pelos usuários) e não tarifárias (receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, pagas por outras fontes que não a renda dos usuários).

Desse conceito pode-se extrair alguns elementos constitutivos, quais sejam:

- (i) delegação da prestação de serviço público privativo, precedida ou não de obra pública;
- (ii) realizada por qualquer Ente federativo (União, Estados, Distrito Federal ou Município) em cuja competência se encontre o aludido serviço;
- (iii) por meio de contrato administrativo, bilateral e oneroso;
- (iv) precedido de licitação na modalidade concorrência pública;
- (v) à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas capazes de assumi-lo;
- (vi) por prazo determinado; e
- (vii) remuneração por receitas tarifárias (verba remuneratória não tributária, pagas pelos usuários) e não tarifárias (receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, pagas por outras fontes que não a renda dos usuários).

Passa-se a analisar cada um desses elementos.

4.1 Delegação da prestação de serviço público privativo, precedida ou não de obra pública

O objeto da concessão é a prestação de um serviço público privativo, devidamente delimitado, e as obras a serem executadas caso necessárias e quando estas fizerem parte de sua exploração. Vale mencionar que a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública não é o mesmo que concessão de serviço público precedida da execução de obra necessária à prestação do serviço.



Há as seguintes situações possíveis:

- (i) concessão de serviço público pura e simples;
- (ii) concessão de serviço público precedida da execução de obra necessária à prestação do serviço; e
- (iii) concessão de serviço público precedida da execução de obra pública.

As duas primeiras situações são concessões de serviço público e se enquadram no conceito do art. 2º, inc. II, da Lei 8.987/1995. A terceira é concessão de obra pública (art. 2º, inc. III, da Lei 8.987/1995).

Não há com a concessão uma transformação do serviço público em atividade privada. A delegação não representa modalidade de desafetação do serviço. O Estado, competente pelo serviço, continua sendo o titular do poder de prestação do serviço. O concessionário atua perante terceiros como se Estado fosse.

4.2 Realizada por qualquer Ente federativo (União, Estados, Distrito Federal ou Município) em cuja competência se encontre o aludido serviço

Entende-se por poder concedente a pessoa jurídica de direito público, dotada de competência política, que delega ao particular a prestação de ser-

viços públicos, precedida ou não de obra pública. São, portanto, a União, os Estados membros, o Distrito Federal e os Municípios. As demais entidades públicas (as autarquias, as fundações públicas, as sociedades de economia mista e as empresas públicas) não têm competência para conceder a prestação de serviços, pelo fato de os serviços por elas prestados lhes serem delegados pelas entidades políticas a que se vinculam. Essas entidades, de direito público ou de direito privado, não têm atividades originárias. São criadas para prestar determinado serviço de responsabilidade da pessoa criadora.

Cabe mencionar que a outorga da concessão de serviço público depende de lei que a autorize. Não pode o Executivo transferir a terceiro, por simples decisão, atividade que é obrigação sua; isto porque se trata de um serviço público privativo. Cumpre, portanto, que a lei fundamente a concessão, outorgando ao Executivo competência para adoção dessa técnica de prestação de serviço.

Apesar da Lei 8.987/1995 não mencionar a necessidade de lei autorizadora, a Lei 9.074/1995, em seu art. 1º, traz um rol de serviços passíveis de serem concedidos e, no art. 2º, veda à União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios outorgarem concessão ou permissão sem lei que os autorize e fixe os respectivos termos, ressalvando apenas as autorizações já constantes seja das Constituições ou das respectivas Leis instituídos do serviço público. Este mesmo art. 2º, em seus §§ 1º e 2º, enumera atividade que ora independem de concessão, permissão ou autorização, ora independem de concessão ou permissão.

4.3 Contrato administrativo, bilateral e oneroso

Selecionado o concorrente, este firmará com o poder concedente o contrato administrativo de concessão. É o meio pelo qual a delegação da concessão estará formalizada. Os termos contratuais devem garantir aos agentes envolvidos a segurança e a estabilidade necessária para as relações pactuadas.

O contrato de concessão deverá sempre ser escrito, nele constará o objeto da concessão, a delimitação da área, a forma e o tempo da exploração, estabelecerá os direitos e deveres das partes e dos usuários do serviço, entre outras cláusulas estabelecidas no art. 23 da Lei 8.987/1995.

Apesar de entender que se trata de um contrato bilateral, afinal ele é celebrado apenas por duas partes, no caso o poder concedente e o concessionário, entende-se, assim como Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002), que seus efeitos são trilaterais, isto porque alcançam terceiros estranhos à celebração do ajuste, no caso, os usuários do serviço concedido.

Com efeito, quer por força das normas regulamentares da concessão, quer por força das cláusulas contratuais, o usuário assume direitos e obrigações perante as partes. Segundo alguns, ele mantém uma relação contratual com o concessionário, por meio de um contrato de adesão; para outros, uma vez iniciada a execução do serviço, o usuário assume uma situação estatutária, porque ele passa a submeter-se às normas regulamentadoras do serviço, independentemente de qualquer relação contratual; para outros, finalmente, o usuário ora participa da relação por meio de um contrato de adesão, ora participa de uma situação estatutária.

Na realidade, os efeitos do contrato sobre o usuário são também uma decorrência da duplicidade de aspectos da concessão; além do aspecto contratual propriamente dito, a concessão mantém sua natureza regulamentar no que diz respeito à prestação do serviço; sob o ponto de vista dos usuários, sua posição não se altera, seja o serviço prestado diretamente pela administração pública, seja prestado indiretamente pelo concessionário, já que as normas regulamentadoras do serviço são as mesmas.

Muito clara e precisa é a lição de Héctor Jorge Escola:

A situação do usuário, nos serviços públicos concedidos, é idêntica à que lhe cabe quando o serviço é prestado diretamente pela administração: é o beneficiário, é o destinatário do serviço público, e como tal não é parte na relação contratual concedente-concessionário, mas sobre ele repercutem os efeitos do contrato celebrado, que se estendem em relação a ele. De tal modo, a situação do usuário não é senão uma situação jurídica objetiva, que se origina no fato mesmo da utilização do serviço público. São indiferentes - estando sempre no campo dos serviços públicos *uti singuli* - as modalidades que ofereça o serviço e as formas adotadas para sua prestação. Só o fato de sua utilização é que dá lugar ao nascimento de relações entre o concessionário e o usuário; só dita utilização gera direitos e impõe obrigações. (apud DI PIETRO, 2002, p. 94)

Acrescenta o autor que:

estas relações jurídicas, estabelecidas entre o concessionário e o usuário, resultantes da utilização potencial ou efetiva do serviço, podem aparecer às vezes com o caráter e o alcance de uma relação contratual, quando as normas legais assim o estabeleçam, quando efetivamente se formaram sob a forma de uma relação dessa classe, ou quando a regulamentação do serviço permite utilizar o mecanismo contratual, e em outras aparecem com o caráter e o alcance de uma relação regulamentar. (ESCOLA apud DI PIETRO, 2002, p. 94)

4.4 Precedido de licitação na modalidade concorrência pública

Toda e qualquer concessão de serviço público vem precedida de uma licitação (art. 175, da CF). A modalidade será, necessariamente, a concorrência, por força do disposto no art. 2º, incs. II e III, da Lei 8.987/1995.

4.5 Delegado à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas capazes de assumi-lo

O concessionário pode ser pessoa jurídica ou consórcio de empresas. O importante é que o delegatário seja exequível, é dizer, capaz de assumir e realizar o serviço.

O consórcio constitui-se pela associação de várias empresas, com qualificações diversas umas das outras, que se unem para a realização de determinado empreendimento. Em especial nas concessões de grande vulto, que exigem a mobilização de amplos recursos financeiros, alta tecnologia, fornecimento de equipamentos e apurada técnica operacional, a admissão de consórcios torna-se indispensável, pois dificilmente uma só empresa teria condições de reunir todas as exigências de qualificação técnica e econômico-financeira necessárias.

Vale ressaltar que a responsabilidade perante o regulador e terceiros quando existir consórcio deverá ser necessária e obrigatoriamente solidária. Isso, no entanto, não impedirá que, internamente ao consórcio, os seus membros estabeleçam regras de responsabilidade individualizada em relação a parcelas específicas de sua contribuição, caso em que assumiriam exclusivamente o risco inerente em face dos demais consorciados.

Ressalta-se que o edital da licitação pode exigir que o consórcio se constitua em empresa antes da assinatura do contrato. Trata-se da sociedade de propósito específico. Atualmente sua existência é comum e até recomendável, pois essa nova sociedade dissocia seu capital e negócio das empresas que deram origem ao consórcio.

Ademais, é importante mencionar que os serviços públicos também podem ser prestados mediante consórcio público firmado entre Entes da federação, conforme autorizado pelo art. 241 da CF. O dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei 11.107/2005, que previu que os consórcios constituirão pessoa jurídica de direito privado ou associações públicas, cuja personalidade jurídica é de direito público.



Sobre Consórcios Públicos Intermunicipais, vale a pena conhecer o observatório de consórcios públicos intermunicipais da CNM. Disponível pelo *QR code*.



4.6 Prazo determinado

O prazo da delegação é necessariamente determinado no contrato de concessão. Não se admitem concessões eternas. Desse modo, a data-limite da execução deve sempre constar no contrato. O art. 57, § 3º, da Lei 8.666/1993 e o art. 42, § 2º, da Lei 8.987/1995 proíbem a existência de contrato administrativo por prazo indeterminado.

O cerne da questão em relação ao prazo é saber se ele é adequado ou não para amortizar os investimentos realizados e manter a atualidade dos serviços. Isso só poderá ser determinado a partir de estudos técnicos que devem ser capitaneados pelo Poder Executivo. Há de se considerar ainda a necessidade de que o prazo permita ao concessionário auferir lucro com a concessão.

Não podemos olvidar que a nossa ordem econômica está calcada na livre iniciativa (art. 170, *caput*, da CF) e não seria admissível o Estado cancelar o prejuízo de um parceiro privado por conta de um prazo exíguo.

A reserva administrativa de decidir o prazo da concessão, conduta discricionária do poder concedente, deve ser, portanto, compatível com a amortização dos investimentos realizados e, também, com a atualização da prestação do serviço. O prazo da concessão não pode ser, portanto, livremente arbitrado. Ele deve resultar de estudos de viabilidade econômico-financeira, devendo ser estabelecido em função da equação econômica do contrato de concessão. Essa é composta de custos, lucro, amortização, receitas alternativas, complementares e acessórias, entre outros fatores.

No caso da concessão comum, a lei não determinou um limite máximo. Tendo em vista a falta de disposição legal, a matéria resta entregue ao Legislativo, nos diversos poderes concedentes, os quais, em norma específica ou ao concederem autorização para os respectivos Executivos outorgarem concessão de serviços, fixam o prazo máximo adequado.

Vale ressaltar ainda que **o prazo pode ser prorrogado** nos termos da estipulação contratual ou por imposição de fatos supervenientes imprevisíveis ou inevitáveis. Trata-se de faculdade do poder concedente, que só deverá efetuar-se se o concessionário estiver cumprindo bem suas obrigações e a tarifa for compatível com o nível econômico da maioria dos usuários do serviço.

A questão da prorrogação é delicada, pois não pode representar burla ao certame licitatório. Entende-se razoável a prorrogação por prazo necessário para finalização da amortização dos bens, mas discute-se se é plausível a prorrogação que implique verdadeira nova concessão sem nova licitação.

Deve a prorrogação ser exceção, pois a regra é a licitação. A prorrogação só deve ocorrer para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou para permitir a recuperação pelo concessionário dos valores dos investimentos efetuados e ainda não amortizados ou depreciados que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço ou em outras condições excepcionais.

O prazo da concessão apenas poderá ser prorrogado se houver previsão no edital e no contrato. Não pode a prorrogação ser superior ao prazo inicial de concessão. Ademais, a prorrogação deve ser motivada e, segundo o caso, requerida com bastante antecedência.

4.7 Remunerado por receitas tarifárias (verba remuneratória não tributária, pagas pelos usuários) e não tarifárias (receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, pagas por outras fontes que não a renda dos usuários)

Como já explicado, a concessão de serviço público implica gastos por parte do concessionário, por isso este deve ser remunerado pela prestação que realiza e ainda ter lucro. Em regra, **os serviços públicos concedidos são remunerados por tarifas**, que são recursos advindos diretamente dos usuários em favor dos concessionários.

Conforme dispõe o art. 6º, §1º, da Lei 8.987/1995, as tarifas devem ser módicas, isto é, acessíveis a todos os usuários de forma a não onerá-los excessivamente, pois, pela própria definição de serviço público, corresponde à satisfação de uma necessidade ou conveniência básica dos membros da coletividade.

As tarifas são verba remuneratória não tributária que devem, conforme Antônio Carlos Cintra do Amaral (1995, p. 50), “refletir a composição: custos mais lucros mais amortização de investimentos menos receitas alternativas, complementares ou acessórias ou de projetos associados”. Daí por que se impõe a revisão periódica das tarifas, de modo a adequá-las ao custo operacional e ao preço dos equipamentos necessários à manutenção e expansão do serviço, a fim de propiciar a justa remuneração do concessionário, na forma contratada (art. 23, inc. IV, da Lei 8.987/1995).

Desde que esteja nos termos do que dispuser o edital ou a proposta apresentada na respectiva licitação, pode ocorrer que o contrato de concessão fixe as tarifas aplicáveis aos serviços. No mais, deverão os editais de licitação e os contratos de concessão estabelecer critérios de revisão e reajuste tarifário, observando-se a legislação vigente. Porém, cabe ressaltar que a revisão das tarifas é ato privativo do poder concedente, em negociação com o concessionário, que deverá demonstrar a renda da empresa, as despesas do serviço e a remuneração do capital investido ou a ser investido nas ampliações necessárias.

O art. 13 da Lei 9.074/1995 **permite que as tarifas sejam diferenciadas** em função das características técnicas do serviço e dos respectivos custos

específicos, provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários. Sendo assim, pode-se cobrar tarifa mais elevada ou mais baixa a determinados grupos de usuários, em função das características especiais do serviço prestado e dos custos específicos assim obtidos, ou pela utilização do serviço em horários ou dias diferentes.

Embora a concessionária não tenha a liberdade de fixar sua própria tarifa, poderá a tarifa ser inferior à fixada desde que de forma equânime e não discriminatória, vedada a isenção ou redução subjetiva de valores, inclusive mediante permuta de serviços, e o abuso do poder econômico. Essas isenções ou reduções somente serão admitidas quando extensíveis a todos os usuários de uma dada região que se enquadrem em condições, precisas e isonômicas, para sua fruição.

Para isentar ou reduzir a tarifa o concessionário deverá comunicar previamente ao poder concedente ou à quem esse determine e divulgar amplamente para que todos usuários tenham conhecimento.

Essas são as isenções e reduções tarifárias concedidas por mera liberalidade dos concessionários. Isso é, aquelas isenções e reduções que a concessionária, a seu único e exclusivo critério e sua responsabilidade, poderá conceder, bem como arredondamentos de tarifa de pedágio em favor do usuário, visando a facilitar o troco e, até mesmo, a realização de promoções tarifárias, inclusive procedendo a reduções sazonais em dias e horas de baixa demanda, desde que autorizadas por contrato ou pelo poder concedente, sem que isso, todavia, possa gerar à concessionária qualquer direito de solicitar compensação (equilíbrio econômico-financeiro) nos valores das tarifas.

Nada impede que os contratos de concessões prevejam isenções e reduções; tal prática, inclusive, é comum. Lei também pode conferir esses benefícios. Agora, toda e qualquer isenção ou redução tarifária conferida por lei ou fruto de decisão judicial, após o termo inicial do equilíbrio, produz imediato impacto no contrato, pois desequilibra os aspectos econômico-financeiros originalmente fixados no contrato. Infere-se assim que deverá existir previsão de fonte de custeio sempre que possível – daí a dificuldade do Judiciário, a pretexto de atender ao princípio da isonomia material, deferir pedidos de isenção ou redução, criando benefícios tarifários para uma determinada categoria

de usuários, colocando em risco toda a adequação do serviço público. Essa é a inteligência, ao menos em âmbito federal, do art. 35 da Lei 9.074/1995, ao condicionar benefícios tarifários a:

- (i) previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária da concessionária, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e
- (ii) atribuição a uma classe ou coletividade de usuários dos serviços, vedado o benefício singular.

Além das tarifas, os concessionários possuem a possibilidade de receber verbas remuneratórias não tarifárias, descritas como **receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados** pelo art. 11 da Lei 8.987/1995. Receitas alternativas são aquelas que substituem o pagamento de tarifa pelos usuários, são complementares e prestam-se à diminuição do valor total da tarifa, como acessórias ao objeto principal da atividade ou mesmo completamente estranhas ao serviço em si.

No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade dessas outras fontes remuneratórias, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 da Lei 8.987/1995.

A lei refere-se a receitas alternativas, complementares, acessórias, ou de projetos associados, de forma análoga, como sinônimos, embora não o sejam. O objetivo para todas é “em favor da concessionária” e “favorecer a modicidade das tarifas”. Logo, seu objetivo não é só viabilizar a modicidade tarifária, mas também uma parte pode ser revertida para a justa remuneração do concessionário (ALMEIDA, 2009).

Trata-se, em suma, de uma forma de o concessionário obter renda por outras formas que não a transferência de renda dos usuários para o prestador do serviço.

Por fim, vale fazer menção ao fato de que a lei dispõe que **o concessionário prestará os serviços por sua conta e risco**. Na concessão comum o Estado não garante a remuneração, por isso fala-se em risco, cabendo ao concessionário buscá-la por meio das tarifas e das outras receitas. O concessionário

assume o risco econômico de, mesmo cumprindo suas obrigações, não auferir o retorno esperado por insuficiência da demanda ou inadimplência dos usuários. Como não há impacto algum no orçamento, o Estado deve, sempre que possível, priorizar a concessão.

De certa forma, os riscos do concessionário estão hoje minimizados, uma vez que, sendo a concessão contrato administrativo, estará sempre protegida pela garantia da manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro. Além disso, o serviço não deixa de ser público e o poder concedente não deixa de ser titular da atividade, sendo assim, também é responsável pelo êxito do particular e com isso se mitiga o risco do privado. Afora isso, se o serviço público envolver elevado risco ou apresentar margem reduzida de lucratividade, poderá o poder público contribuir com a remuneração do particular, por meio de subsídios.

5 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (CONCESSÃO PATROCINADA E ADMINISTRATIVA)

As Parcerias Público-Privadas (PPPs – concessão patrocinada e administrativa) já eram utilizadas por diversos países antes de serem adotadas no Brasil, fosse para obter mais recursos a serem investidos na implantação ou ampliação de obras e serviços de interesse da sociedade, fosse para prestar serviços à administração.

O instituto das PPPs surgiu no Reino Unido (Public Private Partnerships) para fomentar investimentos privados diante de um cenário de recursos públicos escassos, fruto da evolução de um programa governamental de incentivo ao investimento no setor público – a Private Finance Initiative (PFI).

Tendo em vista o *deficit* em infraestrutura e serviços públicos no Brasil, a falta de recursos públicos disponíveis para o investimento nessas áreas e o sucesso da experiência internacional, promulgou-se a Lei 11.079/2004 (Lei das PPPs). A lei tem o intuito de redefinir a forma de relacionamento entre o Estado e as empresas privadas, para fins de prestação de serviços públicos privativos e não privativos, recuperando desse modo a capacidade do Estado de planejar e orientar o setor privado em seus investimentos nos setores mais diversos da economia.

O maior fundamento da Lei 11.079/2004 foi o *deficit* público que, por conseguinte, ocasionou uma total incapacidade do Estado de realizar investimento em infraestrutura de setores estratégicos para o desenvolvimento do país. À época e, ainda hoje, não há como o poder público assumir o compromisso de realizar novos investimentos sem o concurso do capital privado.

Fato é que existe um grande risco em nosso país de um total estrangulamento da infraestrutura, o que ocasiona um aumento de custo, além do

descumprimento dos prazos que culminam com a perda do contrato e a responsabilização civil, dentre outras dificuldades, daí porque se afirma que as PPPs podem evitar que essa infraestrutura entre em colapso e impeça com isso o crescimento, a credibilidade e a estabilidade do Brasil.

As PPPs, aqui tratadas como espécies de participação da iniciativa privada como sujeitos da administração, viabilizarão os investimentos que o Estado sozinho não tem como arcar por falta de recursos. Essa forma de associação se contrapõe a modelos que fracassaram ou se tornaram inviáveis, como o adotado por vários países no pós-guerra, em que a característica principal era a forte presença do Estado.

Vale ressaltar também que até a criação da Lei 11.079/2004 os investimentos públicos podiam ser realizados apenas de duas formas. Pela Lei 8.666/1993, na qual o Estado contrata e paga por uma obra, por um período limitado de no máximo cinco anos. Ou conforme a Lei 8.987/1995, em que o setor público transfere um patrimônio para a iniciativa privada que assume a responsabilidade de explorá-lo de acordo com regras e metas de investimento fixadas em contrato, sendo remunerado exclusivamente por tarifa e receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados.

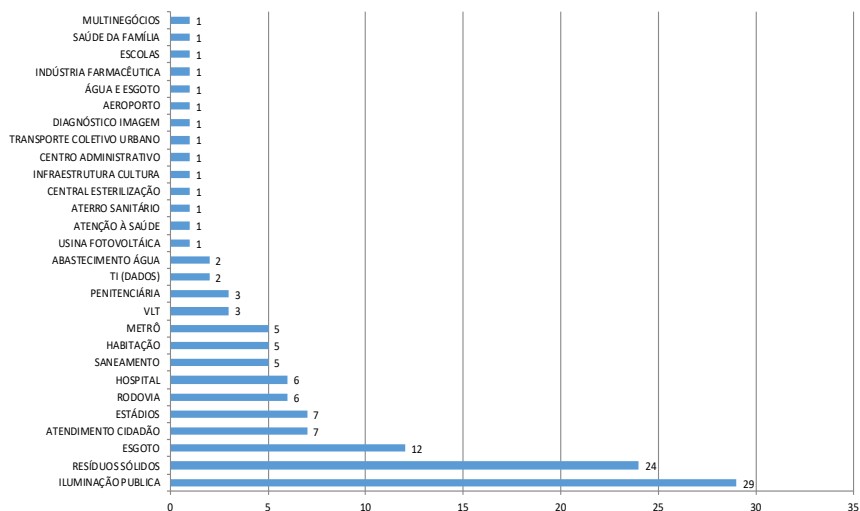
As PPPs surgiram, portanto, como uma alternativa encontrada pelo Estado para fomentar o financiamento de empreendimentos sem retorno econômico imediato, mas rentáveis a médio e longo prazo, além de possibilitar a delegação de serviços públicos não privativos, antes impossíveis de serem delegados pela concessão comum.

A ideia inicialmente era utilizar as PPPs nas hipóteses em que o modelo de concessão comum não fosse adequado. Ou seja, o uso das PPPs deveria ser estudado cuidadosamente caso a caso, justificando-se tão somente quando as formas tradicionais de contratação da iniciativa privada forem inviáveis. Atualmente, confere-se subjetividade/autonomia pública ao administrador para escolher o modelo mais adequado.

Enfim, a PPP é uma proposta que possui variantes bastante distintas, de acordo com o país onde é aplicada, com a sua legislação e com a sua cultura. Daí porque se afirma que nem tudo são mares de rosas. Muitos países que adotaram as PPPs não obtiveram sucesso, pelo contrário, só se endividaram mais, porém outros atravessaram e alguns continuam atravessando mares ótimos onde as PPPs trouxeram desenvolvimento e lucros para todos os lados.

Existem no Brasil 130 contratos de PPPs assinados e em andamento (Gráfico 1).

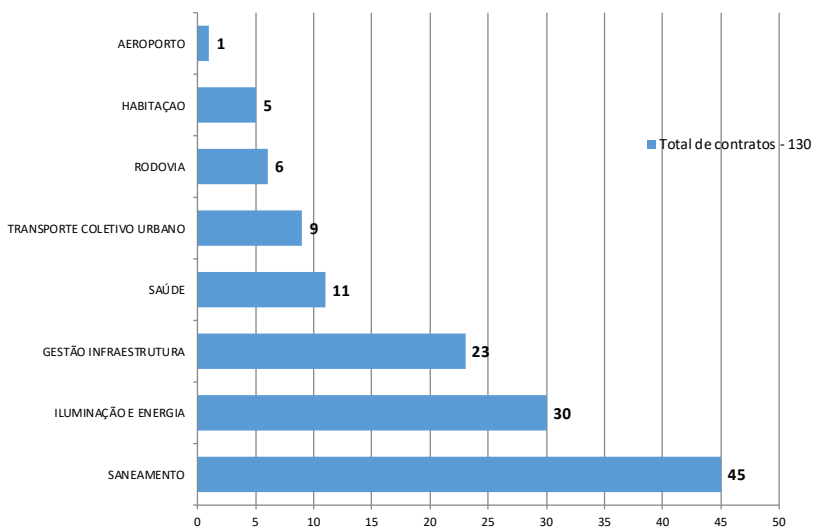
Gráfico 1 – Contratos de PPP por tipo de projeto



Fonte: Radar PPP. Resumo de Contratos. Disponível em: <https://www.radarppp.com/resumo-de-contratos-de-ppps>. Acesso em: out 2020.

Por área de atuação, tais contratos podem ser agrupados conforme apresentado no Gráfico 2.

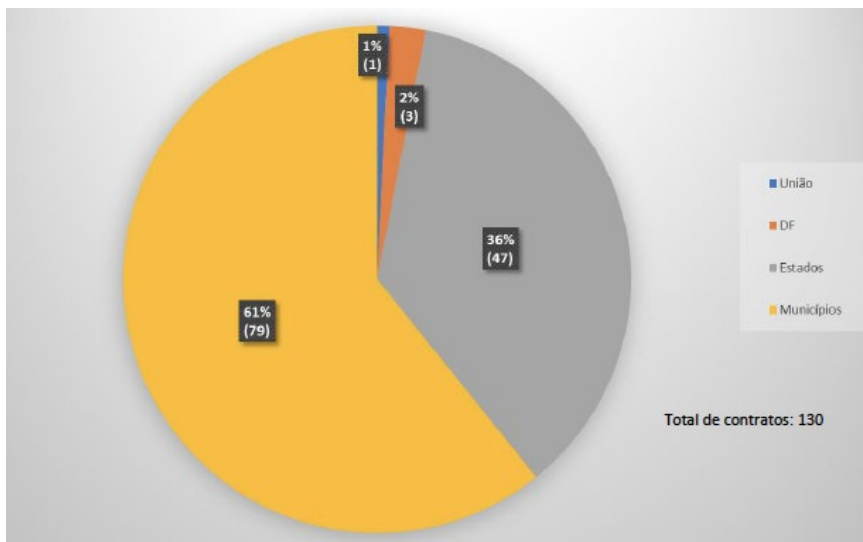
Gráfico 2 – Contratos de PPP



Fonte: Radar PPP. Resumo de Contratos. Disponível em: <https://www.radarppp.com/resumo-de-contratos-de-ppps>. Acesso em: out 2020.

Para se ter ideia da importância que esses contratos possuem no âmbito municipal, atualmente 61% dos contratos de PPPs existentes são deste Ente federativo, e a tendência é ampliar muito mais nessa próxima gestão (2021-2024).

Gráfico 3 – Contratos de PPP por entidade federativa



Fonte: Radar PPP. Resumo de Contratos. Disponível em: <https://www.radarppp.com/resumo-de-contratos-de-ppps>. Acesso em: out 2020.

Existe uma tendência de ampliação de projetos de PPP de âmbito municipal principalmente por meio de “eficientização de despesas via PPPs”, tais como a eficiência energética, miniusina fotovoltaica, iluminação pública, *smart cities*, entre outras.

Entendendo seus fundamentos e as razões da sua criação, a Lei 11.079/2004 conceitua as PPPs como o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa (art. 2º)².

Essas modalidades de concessão possuem características idênticas à concessão comum. As principais diferenças estão no objeto e na remuneração do que será concedido; assim, também se está diante de um **contrato administrativo, bilateral e oneroso, precedido de licitação na modalidade concorrência pública, a pessoa jurídica ou a consórcio de empresas capazes de assumi-lo, por prazo determinado.**

2 O Projeto de Lei 2.546/2003 que originou a atual lei, dispunha diversamente sobre o conceito de PPP; nele, esta forma de contratação era considerada como o acordo firmado entre a administração pública e o parceiro privado que estabelecesse vínculo jurídico para a implantação ou gestão, no todo ou em parte, de empreendimentos ou atividades de interesse público, em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbessem ao parceiro privado.

Analisando os elementos constitutivos do conceito anteriormente descrito no Capítulo 4, o que muda em relação aos tipos de concessão patrocinada e administrativa são os itens (i), (ii) e (vii). Por tal motivo, apenas esses (que se referem, repita-se, ao objeto e à remuneração) que serão analisados em seguida. É bom, porém, mencionar desde já quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado não será PPP (art. 2º, § 3º da Lei 11.079/2004). É essa contraprestação o elemento fundamental caracterizador das PPPs em comparação com as concessões comuns.

5.1 Concessão patrocinada

A **concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987/1995**, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Trata-se de uma delegação de serviço público propriamente dita, idêntica a concessão comum, logo de serviços públicos privativos. Sendo assim, o objeto da concessão patrocinada é idêntico ao da concessão comum, trata-se de uma **delegação da prestação de serviço público privativo, precedida ou não de obra pública, realizada por qualquer Ente federativo (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), em cuja competência se encontre o aludido serviço**. Com isso, o regime jurídico da concessão patrocinada é praticamente idêntico ao da concessão comum, com algumas nuances que se explicará mais adiante, que as diferenciam.

A grande diferença entre ambas é que na concessão patrocinada o poder concedente se responsabiliza por parte da remuneração devida ao concessionário. Existe, além da remuneração tarifárias (verba remuneratória não tributária, pagas pelos usuários) e da não tarifárias (receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, pagas por outras fontes que não a renda dos usuários), contraprestação pecuniária do parceiro público³.

3 Vale mencionar que antes mesmo da Lei 11.079/2004 já se admitia essa hipótese, porém ela era configurada como subsídio. Significa dizer que a decisão administrativa de conferir subsídios a determinada concessão comum não a transforme em concessão patrocinada.

5.2 Concessão administrativa

A concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a administração pública será a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens⁴. Aqui, duas espécies de contrato de prestação de serviço podem ser vislumbradas, a concessão administrativa de serviços públicos (a administração na posição de usuária indireta) (BINENBOJM, 2005) e a concessão administrativa de serviços ao Estado (a administração na posição de usuária direta)⁵.



Concessão administrativa de serviços públicos: tem-se delegação de serviços públicos privativos ou não privativos; obrigatoriamente, se o serviço for gratuito, será feito por concessão administrativa de serviço público.

Concessão administrativa de serviços ao Estado: não se estará delegando a prestação de um serviço público. Essa será um contrato administrativo de objeto complexo e duração continuada em que se impõe ao particular obrigações de dar e fazer, conjuntamente, em favor da administração pública.

Importa, portanto, entender que após a execução da obra, caso essa exista, o particular colocará os seus frutos à disposição do Estado para que este direta ou indiretamente o utilize, mediante um contrato de prestação de serviço ou de operação de longo prazo, fazendo jus a uma contraprestação

4 Vale ressaltar que a administração, mesmo sendo usuária indireta, terá resquícios da função de usuária direta, na medida em que se utiliza de uma empresa meio para servir à população. Ela é usuária indireta do serviço público, pois a atividade não é prestada para o Estado, e sim pelo delegatário para a população.

5 Carlos Ari Sundfeld (2005, p. 30) conceitua essa segunda espécie como aquela que: "tem por objeto os mesmos serviços a que se refere o art. 6º da Lei de Licitações, isto é, o oferecimento de utilidades à própria Administração, que será havida como usuária indireta dos serviços e versará a correspondente remuneração".

pecuniária, que pode ser fixa ou variável, do Estado, isto se atender às metas e requisitos de qualidade previamente acordados.

Nas concessões administrativas, tanto na de serviço público como na de serviço ao Estado, a remuneração será totalmente proveniente dos cofres públicos. Apesar de existir divergência, entende-se que não poderá haver qualquer forma de cobrança de tarifa. O custo da prestação deve ser de total responsabilidade do Ente público, usuário direto ou indireto do serviço. Sua aferição se dará conforme os critérios estabelecidos no edital e no contrato. Ressalta-se que tais valores não necessariamente deverão ser pagos em espécie, existe a possibilidade de que eles sejam pagos indiretamente, pelas modalidades previstas no art. 6º da Lei 11.079/2004⁶. Qualquer das formas escolhidas deve evitar o *deficit* público e resolver o *deficit* de infraestrutura sem aumentar o endividamento.

Dessa forma, o governo não “comprará” apenas obras ou instalações, mas serviços com escopo definido e qualidade assegurada (gestão/operação/prestação). A ideia é que a iniciativa privada arque com o investimento e só depois de concluída a obra o governo comece a fazer desembolsos conforme a quantidade e a qualidade dos serviços colocados à disposição dos administrados (usuários/consumidores) ou à sua disposição⁷.

A concessão administrativa é, portanto, uma delegação da gestão de determinada infraestrutura em que o investimento privado será amortizável em longo prazo. A única diferença é que essa amortização se fará com verbas públicas e não por meio de tarifas ou receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados.

6 Carlos Ari Sundfeld (2005, p. 33) ao explicar o conceito das concessões administrativas afirma que o legislador “deixou implícito que a remuneração do concessionário estará a cargo da Administração, não dos administrados, por ser ela usuária direta ou indireta do serviço. Mas, ao contrário do que fez quanto à concessão patrocinada (art. 2º, §1º), a lei não exige que na concessão administrativa a pecúnia seja em espécie. Poderá sê-lo pelas outras formas do art. 6º. A única forma de remuneração que descaracterizaria a concessão administrativa é o recebimento pelo concessionário de tarifa dos administrados especificamente para remunerar seus serviços”.

7 Ressalta-se que essa característica foi atenuada pela reforma introduzida pela Lei 12.766/2012. Essa lei passou a admitir o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços.

6 INTRODUÇÃO À LEI 11.079/2004

6.1 Âmbito de aplicação

A Lei 11.079/2004 é uma lei nacional e não federal, devendo ser aplicada pelos Entes da Federação e também pelas entidades da administração indireta e por aquelas controladas direta ou indiretamente pelo poder público. Não há dúvida, também, que Estados, Distrito Federal e Municípios podem e devem editar normas específicas sobre PPPs, com vistas ao atendimento do interesse regional ou local, sempre observando o disposto na norma geral.

6.2 Princípios de PPPs

Além dos princípios da administração pública, determina a Lei 11.079/2004 que sejam observados os princípios de: eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos Entes privados incumbidos da sua execução; indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; transparência dos procedimentos e das decisões; repartição objetiva de riscos entre as partes; e sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria (art. 4º).

6.3 Contratos de PPPs

Dita o art. 5º da Lei 11.079/2004 que as cláusulas dos contratos de PPPs atenderão ao disposto no art. 23 da Lei 8.987/1995, no que couber, ou seja, deverá ter as cláusulas essenciais de qualquer contrato administrativo (objeto, área, prazos, condições e forma de prestação do objeto contratado, preço, obri-

gações e deveres de cada parte contratante e dos usuários, penalidades, casos de rescisão, regras de subcontratação e subconcessão, eventuais soluções de divergências etc.), porém possui certas peculiaridades.

Assim como nas concessões comuns, tem-se aqui contratos administrativos bilaterais e onerosos. A diferença como se terá oportunidade de analisar, é que os contratos de PPPs são, também, de performance e multiforme.

6.3.1 Prazo de vigência

O inc. I do art. 5º da Lei 11.079/2004 dispõe que o prazo de vigência do contrato deve ser compatível com a amortização dos investimentos realizados, além de não ser inferior a cinco nem superior a trinta e cinco anos, incluindo eventual prorrogação.

O § 4º, inc.II, do art. 2º da lei também veda a celebração de contrato de PPP cujo período de prestação do serviço seja inferior a cinco anos, ficando desse modo bem clara tal impossibilidade.

A ideia é viabilizar com tal prazo a amortização dos investimentos e manter atualizada a prestação do serviço.

6.3.2 Penalidade por inadimplemento

O inc. II do art. 5º da Lei 11.079/2004 afirma que o contrato de PPP deve ter uma cláusula específica para as penalidades aplicáveis não só à administração pública, mas também ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual. Ressalta que esta deverá ser fixada sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida e às obrigações assumidas.

6.3.3 Repartição de riscos

O inc. III do art. 5º da Lei de PPPs trata do risco e afirma que a repartição deste entre as partes deverá constar de cláusula específica devendo inclusive haver referência a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e a álea econômica extraordinária. Percebe-se, assim, que legislador ordinário desejou que todos os tipos de riscos fossem levados em consideração.

Como já visto, nas PPPs o setor privado tem a rentabilidade garantida pelo setor público, porém, como forma de minimizar tal privilégio, ambos repartem os riscos, diferentemente do que ocorre nas concessões comuns, em que o risco é a princípio totalmente do privado.

Existem diferentes tipos de risco em PPPs:

- (i) o risco de construção: desenho, custos, prazos de construção etc.;
- (ii) o risco financeiro: variação da taxa de juros, da taxa de financiamento etc.;
- (iii) risco cambial: a depreciação da moeda local pode trazer prejuízos quando o financiamento do empreendimento é em moeda estrangeira;
- (iv) o risco de crédito: o não repasse de créditos necessários para o empreendimento;
- (v) o risco de performance: viabilização do ativo no momento certo, qualidade na provisão do serviço etc.;
- (vi) o risco de demanda: qual a demanda futura pelo serviço;
- (vii) risco tecnológico: o empreendimento pode ficar defasado por inovação tecnológica não absorvida, ficando o público sem o serviço de qualidade e sem beneficiar-se de um ajuste de preço para menos;
- (viii) o risco correspondente à definição do valor residual do ativo, no final do contrato;
- (ix) o risco legal ou judiciário: qual o entendimento jurisprudencial sobre certas questões. A morosidade e imprevisibilidade elevam os custos de transação na economia⁸;
- (x) o risco político: mudanças de governo e por conseguinte de política setorial;
- (xi) o risco de quebra do contrato: por vontade deliberada da administração, fruto de mudança ideológica ou manobra política;
- (xii) risco regulatório: o Estado pode, em resposta ao clamor público, reformar a regulação do setor de atividades em causa, o que

8 Este risco é um pouco minimizado tendo em vista a possibilidade da cláusula de arbitragem, como se poderá observar adiante.

poderá importar em responsabilidade do Estado para indenizar o Ente privado, caso o equilíbrio financeiro do contrato de PPP seja atingido;

- (xiii) risco de competição: competidores, inclusive com capital nacional, podem oferecer serviços melhores ou mais baratos, que não poderão ser preferidos pelo Estado para oferta ao público durante o período de contrato de PPP;
- (xiv) risco de inadimplência geral: pode ocorrer elevada taxa de inadimplência da parte dos consumidores, permanecendo a obrigação de o Estado remunerar o Ente privado;
- (xv) o risco de inadimplência do Estado: já que esse oferece uma garantia;
- (xvi) o risco de contingenciamento: suspensão dessas dotações caso as receitas orçadas não se concretizem;
- (xvii) o risco de redução da remuneração, da penalidade ou mesmo da perda do contrato (caducidade) por força de falhas no desempenho do parceiro privado;
- (xviii) o risco da perda de eficiência e de qualidade na oferta de serviços públicos;
- (xix) o risco de impacto social ou ambiental negativo: aumento de preços dos serviços, a repressão salarial, o desemprego e os atrasos em licenciamento ambiental;
- (xx) o risco trabalhista: greves, paralisações;
- (xxi) o risco da natureza: força maior, caso fortuito; e
- (xxii) entre outros.

Em relação a esses diferentes tipos de riscos, entende-se que devem ser transferidos para o setor privado todos os riscos que possam ser geridos mais eficientemente fora do setor público. Residualmente, ficariam com o setor público os riscos cuja assunção pelo setor privado representaria uma perda de eficiência e de qualidade na prestação dos serviços. Ou seja, os riscos nesses projetos devem estar devidamente explicitados e mitigados, sendo alocados entre o poder público e o privado, conforme a capacidade de cada um de gerenciá-los e controlá-los.

Assim, a repartição de riscos nas PPPs viabiliza a implementação de projetos que, em função do alto risco envolvido, não seriam (ou dificilmente viriam a ser) implementados pelo setor privado agindo isoladamente sem repercussão desse risco na remuneração do projeto. Em função do volume de recursos a serem carreados para esses projetos, tampouco o setor público teria fôlego necessário para enfrentá-los sozinho, já que mobilizariam recursos a serem compartilhados com outras prioridades governamentais.

Tal possibilidade não ocorre nas concessões comuns, nas quais o risco é pulverizado entre os usuários, já que no sistema da Lei 8.987/1995 os riscos são totalmente transferidos para os concessionários (art. 2º), tendo inclusive sido vetado o dispositivo que lhes garantia uma renda mínima, sob o argumento de que tal renda retiraria o risco inerente ao contrato. Por outro lado, o sistema de contratações pela Lei 8.666/1993 não transfere riscos para o contratado, ficando sempre o risco garantido pelo pagamento à custa de dotações orçamentárias que devem obrigatoriamente ser previstas no contrato (art. 55, inc. V, da Lei 8.666/1993).

Ou seja, quanto maior o risco “não administrável”, maior será a compensação exigida pelo capital, ou, no limite, simplesmente o capital não entrará na operação. Ou seja, quanto maiores forem os riscos impostos ao parceiro privado, maior será a remuneração por ele exigida. É essencial, portanto, que os riscos sejam bem avaliados e, quando possível, atenuados. Nesse sentido, desenhar uma institucionalidade que consiga minimizar os riscos envolvidos poderá trazer um ganho importante no sentido de incentivar investimentos privados em infraestrutura pública de forma eficiente.

Em suma, a questão central a ser enfrentada em cada negociação será, antes de qualquer coisa, a harmonização e compatibilização do interesse público (representado pelo poder público) e os interesses individuais (representados pela iniciativa privada). Do maior ou menor grau de harmonização de interesses aparentemente conflitantes dependerá a exata percepção e mensuração de risco pelos financiadores e outros responsáveis pelo aporte de recursos. Vale lembrar que, embora em um primeiro momento essa relação nasça marcada pela bilateralidade, o exercício em que o setor público e o setor privado terão que necessariamente se lançar terá sempre que levar em consideração um caráter multilateral, ou seja, prever por antecipação aspectos que assegurem sua financiabilidade.

6.3.4 Formas de remuneração

A Lei 11.079/2004 também prevê como cláusula essencial dos contratos de PPPs as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais. Nas PPPs, a contraprestação concedida pelo Estado é diluída no tempo. Além disso, o Estado só desembolsa se o parceiro privado tiver, no período de referência, assegurado continuamente o benefício social especificado no contrato. Qualquer falha no projeto ou na operação implica a redução da remuneração do parceiro privado, o qual, ademais, assume o risco de erro na estimativa de custo da obra, aumento de preços acima do índice de reajuste contratual e atrasos. Tais características são incentivos à eficiência.

O art. 6º, § 1º, cria um mecanismo de remuneração que prevê o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. Paga-se apenas pelo serviço efetivamente realizado e disponibilizado, dentro de um parâmetro de qualidade e pontualidade determinadas; o poder público não é obrigado a um pagamento maior por um serviço com qualidade mais alta que a solicitada, podendo penalizar o parceiro em caso de má qualidade no serviço prestado.

Note-se que o efeito financeiro de uma remuneração passível de redução é semelhante ao de uma multa, mas sua aplicação é mais eficiente, pois não depende da instauração de processo administrativo, apenas da verificação objetiva das metas, daí porque o contrato de PPP exige essas cláusulas específicas.

Trata-se da chamada remuneração variável que confere, como dito, características de contrato de performance. Em regra, a remuneração é efetuada por meio de parcelas fixas e variáveis. A **parcela fixa** deverá ser equivalente ao montante necessário para que a iniciativa privada consiga efetuar o pagamento da amortização do objeto principal, qual seja, a obra em si e eventuais juros de dívidas contraídas. Já a **parcela variável** e periódica deverá ser equivalente à diferença entre a contraprestação auferida pelas metas e requisitos estabelecidos no contrato e na parcela fixa.

6.3.5 Atualidade

Em respeito ao princípio da atualidade, a Lei de PPPs prevê que o contrato deverá possuir cláusulas que tratem dos mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços (art. 5º, inc. V, da Lei 11.079/2004).

6.3.6 Inadimplência pecuniária

Também como forma de cláusula específica prevê o inc. VI do art. 5º da Lei 11.079/2004 que os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia devem ser previstos nos contratos de PPPs.

6.3.7 Critérios objetivos de avaliação de desempenho

Determina a Lei 11.079/2004 que os contratos tenham critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado. Com isso, diminuí-se os aspectos subjetivos que podem por vezes trazer riscos ao negócio. Tal cláusula serve para relacionar a contraprestação pecuniária à quantidade e/ou qualidade das utilidades e/ou serviços concretamente prestados à administração ou à população. É importante e fundamental saber que a PPP é uma obrigação de resultado e o particular só recebe parcela significativa da remuneração se for eficiente.

6.3.8 Garantias de execução

Estipula a Lei 11.079/2004, em seu art. 5º, inc. VIII, que se tenha uma cláusula específica nos contratos que trate da prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei 8.666/1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no art. 18, inc. XV, da Lei 8.987/1995.

6.3.9 Compartilhamento de ganhos econômicos

Tem-se a obrigação de inserir nos contratos de PPPs uma cláusula de compartilhamento com a administração pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos por ele utilizados (art. 5º, inc. XIX, da Lei 11.079/2004).

6.3.10 Bens reversíveis

A Lei 11.079/2004 dispõe que deverá se ter uma cláusula específica que trate da realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos do parceiro privado no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

6.3.11 Cronograma e os marcos para o repasse

Por fim, estabelece a Lei das PPPs que os contratos devem dispor sobre o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificado o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos art. 18, incs. X e XI, da Lei 8.987/1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.

Basicamente o que se fez foi permitir a remuneração relacionada às obras e construções já executadas durante a fase de investimento, diferenciando a remuneração pelos serviços daquelas relacionadas a infraestrutura.

6.4 Contraprestação da administração nos contratos de PPPs

A Lei 8.666/1993 prevê somente a remuneração do contratado em dinheiro. Já a Lei 8.987/1995 prevê, além da tarifa paga pelos usuários, outras formas de remuneração, as não tarifárias, com vistas basicamente ao atendimento do princípio da modicidade. Em relação à Lei 11.079/2004, o art. 6º

cuida das formas pelas quais a administração pública pode efetivar a sua contraprestação. Além de dinheiro em espécie, o contrato entre o setor público e o parceiro privado pode instituir outras formas de remuneração, como a cessão de créditos não tributários, a outorga de direitos em face da administração ou sobre bens públicos dominicais, entre outras.

6.5 Garantias dos contratos de PPPs

O art. 8º da Lei 11.079/2004 aduz sobre as garantias dos contratos de PPPs como a vinculação de receitas, observado o disposto no inc. IV do art. 167 da CF, ou seja, não poderá ter por objeto a receita de impostos; instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; contratação de seguro-garantia junto a companhias seguradoras que não sejam controladas pelo poder público; garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo poder público; garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e outros mecanismos admitidos em lei.

Garantias públicas são umas das maiores preocupações para a iniciativa privada investir no Estado, pois historicamente a administração pública é conhecida como má pagadora.

Tais instrumentos visam, portanto, a fortalecer a confiança do particular que assume a responsabilidade integral pelo investimento no projeto objeto da parceria. Por outro lado, a administração pública, como visto, poderá estabelecer metas de desempenho como condição para liberação da remuneração do parceiro privado, elemento este essencial na relação da parceria.

As garantias do adimplemento das obrigações assumidas pela administração pública no projeto são questões importantes para o sucesso das PPPs. As partes devem prever garantias sólidas ao cumprimento da contraprestação assumida pelo poder público no projeto, o que certamente é fundamental para o êxito da PPP; há de se ter fixação de garantias firmes de retorno de capital. A liquidez das garantias vislumbradas pelo legislador parece ser condição essencial para a atratividade do projeto de PPP.

Trata-se, na verdade, de um sistema de garantias destinadas a afastar o regime de pagamento mediante precatório, que desestimula o investidor privado por sua ausência de efetividade ou encarece o projeto, pois tal custo

será repassado a quem paga. Seu principal objetivo, portanto, é evitar que a concessionária tenha que acionar o Poder Judiciário para conseguir a satisfação de seu crédito.

No Quadro 1, elucidamos as principais garantias hoje existentes com uma breve descrição e suas principais vantagens e desvantagens.

Quadro 1 – Garantias públicas

Tipo de Garantia	Descrição	Principais vantagens ou desvantagens
<p>Contas-vinculadas (contas-garantias) instituídas pela administração direta</p>	<p>Trata-se de uma das formas mais comuns de garantia existente. Aqui se nomeia uma instituição financeira como agente depositário independentes, com instruções supostamente irrevogáveis para sacar recursos das referidas contas e empregá-los no adimplemento das obrigações dos parceiros públicos. Em geral tal garantia prevê a manutenção de um saldo mínimo constante na conta, cobrando usualmente de três a seis meses da contraprestação pública.</p>	<p><u>Desvantagem:</u> é uma garantia prestada diretamente pelo Ente de direito público, pois a conta é aberta e mantida em nome deste, o que significa que os recursos permanecem na esfera patrimonial do Estado, ainda que segregado em conta única. Além disso, é provável que em caso de inadimplemento o banco não receba instruções do Ente público e, com isso, a instituição financeira não libere o valor. Por fim, pode o poder público contraordenar e criar nova instrução “revogando” a anterior supostamente irrevogável.</p>
<p>Garantias prestadas por estatais garantidoras</p>	<p>Trata-se de outra forma de garantia bastante utilizada, quicé tanto quanto a primeira. Além de estatais já existentes que venham a atuar num determinado setor, como por exemplo, estatais de saneamento para PPP no setor, tem-se as estatais garantidoras. Essas são criadas com capital público decorrente basicamente de imóveis públicos e as garantias são viabilizadas por meio de fundos de investimentos, fiança, penhor, hipoteca, alienação ou cessão fiduciária, entre outros.</p>	<p><u>Vantagens:</u> são pessoas jurídicas de direito privado e não estão sujeitas ao regime de precatório, tampouco seus ativos são considerados bens públicos.</p> <p><u>Desvantagens:</u> se dependentes estarão sujeitas aos limites de endividamento da Lei de Responsabilidade Fiscal.</p>

Tipo de Garantia	Descrição	Principais vantagens ou desvantagens
<p>Garantias prestadas por fundos garantidores</p>	<p>Trata-se de fundos com personalidade de direito privado, patrimônio próprio e capacidade de prestar garantias sem impacto no orçamento público. É comum em Municípios e até mesmo em Estados (caso do Piauí) intitular fundos garantidores, mas sem que se atribua personalidade jurídica de direito privado, tampouco patrimônio próprio e segregado, a tais fundos. Atenção: por mais que a Lei 11.079/2004 estabeleça o Fundo Garantidor das Parcerias (FGP) – que a partir de 2012, por meio de alteração legislativa, autorizou seu uso por Estados e Municípios –, este foi “pulverizado” por meio de um resgate pela União do seu patrimônio líquido, reduzindo o montante de R\$ 3,4 bilhões para míseros R\$ 21,6 milhões. Tal fundo nunca foi usado como garantia de nenhuma PPP.</p>	<p><u>Desvantagens:</u> pairam dúvidas jurídicas sobre a competência estadual e municipal na sua criação, porém até hoje não houve sentença estabelecendo sua ilegalidade. Agora, existe incidente de inviabilização da capacidade garantidora do fundo, em razão da frustração do mecanismo de receita escolhido; é o caso da PPP de Rio das Ostras e dos <i>royalties</i>.</p>
<p>Garantias consistentes em penhor ou cessão fiduciária de créditos privados ou rateio de tarifas arrecadadas centralizadamente</p>	<p>Tal garantia também é razoavelmente empregada. Trata-se de crédito detidos por estatais sujeito ao regime de direito privado que não devem obediência ao precatório nem mesmo tem bens públicos.</p>	<p><u>Desvantagens:</u> a garantia deve ficar no limite que não comprometa a operação e continuidade do serviço público e só é possível se existir estatal não dependente. <u>Vantagens:</u> é talvez a mais juridicamente segura entre as até aqui mencionadas, mas nem todo Município é capaz de implementá-la.</p>
<p>Garantias reais constituídas sobre bens e direitos de pessoas jurídicas de direito público</p>	<p>Dadas em relação aos bens dominicais, são garantias frágeis pois existe divergência quanto ao conceito de bens públicos na doutrina e na jurisprudência.</p>	<p><u>Desvantagens:</u> podem suscitar questionamento quanto a impenhorabilidade dos bens públicos.</p>

Tipo de Garantia	Descrição	Principais vantagens ou desvantagens
Garantias de disponibilidade de recursos para honrar obrigações pecuniárias de curto prazo	Dizem respeito a aporte de recursos mediante financiamento contratado pelo parceiro público junto a bancos, tais como o BNDES, Caixa, BB, entre outros, sempre condicionados a conclusão de uma etapa da obra.	<u>Desvantagens:</u> não é uma fiança bancária propriamente dita, sujeitando-se ao risco do distrato.

Fonte: Elaboração do autor.

Lembrem-se, não existe perfeição, todas são incapazes de garantir 100%, mas pode-se tentar minimizar o problema e atrair capital privado. Sendo assim, para que garantias públicas sejam de fato atrativas e minimamente eficientes, exige-se:

- (i) a presença de um agente garantidor fora do campo de ingerência do poder concedente;
- (ii) procedimento célere para execução da garantia;
- (iii) recursos livres para serem utilizados na satisfação do crédito do parceiro privado.

Essas são premissas que a administração pública deve ter em consideração.

6.6 Sociedade de Propósito Específico

O art. 9º da Lei 11.079/2004 obriga que antes da celebração do contrato seja constituída Sociedade de Propósito Específico (SPE), incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria, que terá a transferência do controle condicionada à autorização expressa da administração pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei 8.987/1995.

Essa sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado, e deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

Fator importantíssimo é a vedação de que a administração pública **não pode ser titular da maioria do capital votante destas sociedades, o que não impede** a eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo poder público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.

É importante frisar que esse dispositivo visa a proteger a administração pública. A SPE é uma nova empresa, com aporte de recursos da empresa vencedora do certame ou das empresas consorciadas (caso o edital permita sua existência) e que irá administrar o projeto em comum. Consequentemente, haverá uma nova contabilidade e todos os demais encargos inerentes.

Isso gera uma maior comprometimento por parte das consorciadas, principalmente quando existe tal previsão, para atingimento do objetivo traçado, pois torna-se tudo uma coisa só. Não se fala mais dessa ou daquela consorciada, mas sim da SPE.

A vantagem para a administração gira em torno da maior facilidade na fiscalização (em razão da contabilidade unificada) e gestão do negócio (com maior comprometimento das consorciadas).

6.7 Licitação

O contrato de concessão patrocinada ou administrativa precede de processo licitatório. A diferença é que a seleção do contratado nas PPPs dar-se-ia por meio de um processo licitatório com características bem mais flexíveis quando comparadas às regras da Lei 8.666/1993. Esses procedimentos estão previstos nos arts. 10 a 13 da Lei 11.079/2004. Dentre essas normas, podemos dar destaque a algumas.

O inc. VI do art. 10, por exemplo, prevê a realização de consulta pública para submissão da minuta de edital e de contrato, 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 trinta dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos sete dias antes da data prevista para a publicação do edital.

Exige-se também, como condição adicional, a apresentação de estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação,

mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de PPP, bem como o despacho da autoridade competente atestando a obediência a requisitos orçamentários, que deverá contar com premissas e metodologia de cálculo utilizadas, observadas as normas gerais para consolidação das contas públicas, sem prejuízo do exame de compatibilidade das despesas com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias (art. 10, inc. I e § 1º da Lei 11.079/2004).

Os requisitos orçamentários acima tratados são as despesas criadas ou aumentadas, que não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar 101/2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 da Lei de PPPs, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar 101/2000, pelas obrigações contraídas pela administração pública relativas ao objeto do contrato.

O procedimento licitatório também está condicionado à elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada; declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela administração pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual; estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela administração pública; seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado (art. 10, incs. IV a VI, da Lei 11.079/2004).

Tem-se ainda como condição, sempre que o objeto do contrato exigir, a licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento (art. 10, inc. VII, da Lei 11.079/2004).

Destaque-se também a possibilidade de exigência de garantias do parceiro privado maiores do que as previstas na legislação existente (art. 11). Tais medidas objetivam dar à administração pública garantias para a adequada conclusão do negócio a ser implementado, considerando o esforço e recursos necessários à conclusão do processo de contratação e o prazo de vigência do contrato que pode chegar a 35 anos.

Depois da fase interna, a autoridade competente deflagra o procedimento licitatório por meio de despacho fundamentado. Considera-se autoridade competente para tal o titular do órgão ou entidade responsável pela promoção do certame.

Em seguida, tem-se a fase de qualificação das propostas técnicas (art. 12, inc. I, da Lei 11.079/2004), em que serão desclassificados os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes. Nessa etapa será admitida a apresentação das propostas econômicas na forma escrita em envelopes lacrados, ou na forma escrita seguida de lances em viva voz. Há, portanto, um debate com vistas a adequar tais propostas ao interesse público. Fase semelhante ao pregão, instituído pela Lei 10.520/2002, dado que permite a apresentação de novas propostas econômicas em lances sucessivos (ao vivo)⁹. Nesse ponto, difere da modalidade de concorrência, na qual ocorre somente um lance.

O grande problema é que a complexidade desse tipo de contrato não prevê apenas fatores de “preço”, como ocorre no pregão, para a contratação de bens e serviços comuns. Um projeto de PPP não tem o preço como única variável. Pelo contrário, existem muitas variáveis que propiciam a sua viabilidade, garantias, credibilidade do proponente com o agente financiador, engenharia complexa, novas tecnologias desenvolvidas, novos processos de construção, capacidade de gestão, capacidade de compreensão das interfaces na prestação de serviço público, capacidade de sinergia com a administração pública, capacidade de engenharia financeira, capacidade de mobilização, entre outras.

A elaboração de propostas de PPP passa por estudos de viabilidade do negócio, analisados em várias alternativas até se encontrar aquela mais adequada para se propor, logo é absolutamente improvável ocorrer a revisão da proposta, tendo em vista as complexas condições que envolvem o tema.

A prática vai exigir dos editais minucioso tratamento do tema, pedindo nova proposta técnica compatível com o novo preço ofertado; para tanto, será necessário prazo compatível com essa reformulação.

9 Os lances em viva voz serão sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances. O edital poderá restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% maior que o valor da melhor proposta.

Ora, não se poderá, portanto, desconsiderar os altos investimentos que são realizados pelas empresas na elaboração de seus estudos e propostas e que utilizam todo o seu *know-how* e as mais novas tecnologias para encontrar a melhor equação para a viabilização de um projeto de PPP, e que podem ser simplesmente desconsiderados em um processo de consultas, no qual outra empresa concorrente pode oferecer um novo preço, sem fundamento econômico ou técnico. Ao criar uma busca por preços baixos em detrimento de qualidade e seriedade, pode-se afastar empresas sérias que possuem todo o preparo para realizações de PPP¹⁰.

O julgamento, na forma do art. 12, inc. II, da Lei das PPPs, poderá adotar como critérios, além dos previstos nos incs. I e V do art. 15 da Lei 8.987/1995, os de menor valor da contraprestação a ser paga pela administração pública ou o de melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital.

O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital; isto verificado, o licitante será declarado vencedor; inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital; e proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

Assim, é imperativo que o Estado se submeta a regras que garantam observância ao princípio constitucional da isonomia e vise à seleção da proposta mais vantajosa. O problema é a necessidade de adequação das normas existentes para que, atraindo-se investimentos de maior porte, se viabilize uma forma de contratação mais complexa que uma simples obra, alienação ou serviço técnico, os principais focos da Lei 8.666/1993.

10 Uma empresa que investe no equacionamento de uma proposta para uma parceria em que pretende concorrer, correrá o risco de ter toda a sua criatividade, inovação, tanto tecnológica quanto metodológica exposta, permitindo que um concorrente ofereça um preço menor após conhecer soluções de outrem e as usar para reduzir seu preço. Ou seja, nas condições ofertadas pelo proponente melhor colocado, principalmente técnicas, os demais poderão se aproveitar e oferecer descontos, mantidas as condições daquele. Não haverá vantagens para os licitantes que melhor desenvolvem suas propostas ou façam investimentos para encontrar soluções adequadas.

6.8 Valor mínimo

À época das discussões do projeto de lei de PPP, o valor mínimo originariamente era de R\$ 10 milhões, mas esse valor foi reduzido para R\$ 5 milhões e depois aumentado para R\$ 20 milhões. Esse valor vigorou de 2004 até 2017, quando o art. 2º, § 4º, inc. I, da Lei 11.079/2004 foi modificado pela Lei 13.529/2017, que reduziu o valor mínimo para R\$ 10 milhões. Assim, atualmente é vedada a celebração de contrato de PPP cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10 milhões.

6.9 Arbitragem

Com o objetivo de minimizar riscos para o empresariado e assim conseguir maior adesão da iniciativa, a Lei 11.079/2004, em seu art. 2º, dispõe que as PPPs são um contrato administrativo de concessão, devendo ser aplicada a Lei de Concessões caso a modalidade seja a patrocinada.

Decorre desse artigo da lei uma primeira oportunidade para que o conflito, uma vez instaurado, seja levado a um foro amigável, conforme determina a Lei 8.987/1995 em seu art. 23, inc. XV, ao estabelecer que são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais (mediação e arbitragem). Em seu art. 11, inc. III, aparece de maneira formal a menção ao instituto jurídico da arbitragem, pois a contratação de PPP deve ser precedida de licitação na modalidade de concorrência, observadas as normas especiais, podendo o edital facultar o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa¹¹, nos termos da Lei 9.307/1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Possibilitando a utilização de tão nobre mecanismo de solução de conflitos (arbitragem) e, assim, afastando do Judiciário problemas que poderiam levar anos para ter uma solução (cláusula arbitral vinculante, julgamento da lide sem possibilidade de recurso, com os mesmos efeitos do Judiciário – arts.

11 Aqui também se terá controvérsia, pois a Lei de Arbitragem não obriga que a arbitragem seja realizada no Brasil e em língua portuguesa. Entende-se que no caso de PPP a arbitragem apenas poderá ser realizada no Brasil e em língua portuguesa pois é uma lei específica que revoga a lei geral, mesmo crendo que tal exigência poderá não só limitar o seu uso, mas também diminuir a atratividade para investidores estrangeiros.

17, 18 e 31 e prazo máximo de 180 dias para sentença final), supera-se um dos principais obstáculos para o empresário aderir à proposta da PPP.

Existem outras inúmeras vantagens para as partes que resolverem valer-se deste meio de solução de litígios, tais como sigilo, economicidade, rapidez, flexibilidade e informalidade.

6.10 Poder público como financiador

Determina o art. 10, § 3º, da Lei 11.079/2004 que as concessões patrocinadas em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela administração pública dependerão de autorização legislativa específica.

Porém as operações de crédito efetuadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União poderão, para as áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) seja inferior à média nacional, arcar com até 80% do valor total do investimento. Contudo não poderão exceder a 80% do total das fontes de recursos financeiros¹² da sociedade de propósito específico ou 90% nas áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde o IDH seja inferior à média nacional, as operações de crédito ou contribuições de capital realizadas cumulativamente por entidades fechadas de previdência complementar e empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União.

6.11 Dispositivos aplicáveis à União

O art. 14 e seguintes da Lei 11.079/2004 trazem alguns **dispositivos aplicáveis exclusivamente à União**. Apesar disso, vale fazer referência a tal pois as leis estaduais e municipais tendem a criar dispositivos similares, pois em tais normas tem-se importantes regras para a implantação das PPPs.

¹² Para fins do disposto neste artigo, entende-se por fonte de recursos financeiros as operações de crédito e contribuições de capital à sociedade de propósito específico.

6.11.1 Órgão gestor específico

Uma obrigação imposta para a União é a instituição, por decreto, de órgão gestor das PPPs federais, com competência para definir os serviços prioritários para execução no regime de PPP; disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos; autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital; e apreciar os relatórios de execução dos contratos (art. 14).

A regulamentação do órgão gestor mediante ato do Poder Executivo, e não por lei, confere flexibilidade na gestão do processo, permitindo, no evoluir dos projetos, a superação de eventuais entraves burocráticos e o reforço nos sistemas de controle e transparência.

Sugere-se que os Municípios criem órgãos semelhantes nas suas leis de PPPs locais.

Das reuniões do órgão gestor para examinar projetos de PPP participará um representante do órgão da administração pública direta cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise.

Para deliberação do órgão gestor sobre a contratação de PPP, o expediente deverá estar instruído com pronunciamento prévio e fundamentado: do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sobre o mérito do projeto; e do Ministério da Fazenda, quanto à viabilidade da concessão da garantia e à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento do limite de que trata o art. 22, ou seja, quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, 1% da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos dez anos subsequentes, não excedam 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Para o desempenho de suas funções, tal órgão poderá criar estrutura de apoio técnico com a presença de representantes de instituições públicas.

O referido órgão deverá enviar ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, com periodicidade anual, relatórios semestrais de desempenho ao Poder Legislativo.

O órgão gestor e o programa de PPPs estará sujeito ao controle interno da administração pública, incluindo o controle ministerial e a fiscalização das agências reguladoras¹³.

Assim, sem prejuízo do controle interno pela administração, da fiscalização das agências reguladoras e do balizamento legal, a implantação de programas de PPP, inclusive quanto à escolha dos projetos, sua estruturação e execução, estará sujeita ao controle externo pelo Poder Legislativo, a ser exercido com o auxílio técnico do Tribunal de Contas. Nota-se que esse controle externo pode envolver aspectos de mérito, incluindo economicidade e oportunidade dos projetos de PPP, dele podendo resultar a sustação de atos do Poder Executivo.

Finalmente, destaca-se o controle que o Ministério Público e a própria população podem exercer por meio da ação civil pública e ação popular, respectivamente.

Estamos diante de uma típica deslegalização, decorrente da necessidade de regulação técnica de certos temas, ressalta-se também que as competências atribuídas a este órgão não são regulatórias ou fiscalizatórias.

6.11.2 Fundo garantidor das PPPs

Como visto, uma das garantias nos contratos de PPPs é o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP) que vem estipulado no art. 8º, inc. V, e nos arts. 16 a 21 da Lei 11.079/2004.

O FGP inicialmente constava no projeto, depois foi excluído para ser objeto de lei específica e posteriormente incluído novamente (art. 16 a 21). Em 2011, sofreu mudanças pela Lei 12.409 e em seguida teve suas disposições alteradas pela Lei 12.766/2012¹⁴.

13 Compete aos ministérios e às agências reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, submeter o edital de licitação ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada, além de encaminhar a este órgão, com periodicidade semestral, relatórios circunstanciados acerca da execução dos contratos de parceria público-privada, na forma definida em regulamento.

14 Muito se debate sobre a constitucionalidade do FGP, sob o argumento de que o mesmo fere o art. 165, § 9º, inc. II, da CF, que prevê a obrigatoriedade de lei complementar para utilização de qualquer fundo. Quem defende a constitucionalidade do FGP argumenta que este artigo apresenta um cunho genérico apresentando normas gerais sobre fundos não sendo aplicável para a criação de fundos com fins específicos, podendo esse ser criado por lei ordinária. José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 401), expressa: "A impugnação, porém, não procede. O dispositivo constitucional tem cunho genérico e refere-se ao estabelecimento de normas gerais sobre fundos, e não à instituição de fundo específico, sendo, pois, legítima a instituição deste por lei ordinária". Outro ponto explorado seria a violação do art. 71 da Lei 4.320/1964, que diz respeito à proibição de que fundos sejam criados para

Segundo o art. 16, ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6 bilhões, em 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.

Em comparação com as redações anteriores, incluiu-se no *caput* do art. 16 o Distrito Federal, os Estados e os Municípios. O efeito de tal inclusão, no entanto, não é prático, motivo pelo qual é sugestivo que a lei municipal de PPP preveja a criação de um fundo no mesmo sentido que o da União.

Tal FGP deve ser visto como uma garantia a mais e não necessariamente precisa ser utilizado em todo e qualquer projeto de PPP. Terá ele natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas e será sujeito de direitos e obrigações próprios.

O patrimônio do FGP será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração.

Os bens e direitos transferidos ao FGP serão avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruídos com os documentos relativos aos bens avaliados.

A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de

serem usados como garantia para as dívidas pecuniárias. Quem defende a constitucionalidade argumenta que a finalidade do FGP será somente cobrir as dívidas obtidas pela parcerias público-privadas. José dos Santos Carvalho Filho (2011), diz que "o dispositivo da Lei nº 4.320/1964 apenas impõe que as receitas dos fundos se vinculem a objetivos predeterminados, nada impedindo, portanto, que entre tais objetivos esteja o de garantir dívidas contraídas para a execução de parcerias público-privadas". Também argumenta-se eventual violação ao art. 100 da CF, que afirma que todas as dívidas contraídas pela Fazenda Pública serão pagas em forma de precatório, e os credores terão que obedecer uma ordem cronológica na fila do precatório. A intensão do FGP é agilizar o processo de recebimento do valor correspondente em caso de liquidação da PPP, e por apresentar natureza jurídica de direito privado não precisaria obedecer tal ordem cronológica. Doutrinadores alegam que o FGP ofende o princípio da igualdade porque esses credores terão prioridade em relação aos demais credores que já estão na fila e respeitando a ordem cronológica para receber seu precatório. Não seria um tratamento igualitário esses credores terem esse privilégio em relação aos demais. Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 775) afirma que "todos os demais credores, inclusive os que se encontram na interminável fila de aguardo dos pagamentos de precatórios atrasados, seriam preteridos em favor de megaempresários, os superprotegidos 'parceiros' e seus financiadores". Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 163), entende da mesma forma ao afirmar que "esse patrimônio de afetação será criado para privilegiar determinado credor, o que é de constitucionalidade pelo menos duvidosa, por contrariar os princípios da isonomia e impessoalidade que devem nortear a destinação dos recursos orçamentários". A mesma doutrinadora (DI PIETRO, 2006) expressa ainda a sua indignação sobre o fato das entidades da administração pública terem que destinar parte de suas receitas e de seu patrimônio para constituição desse fundo. Ela alega que isso agride o princípio da especialidade, no qual esses bens não podem ser destinados para fins diversos daqueles especificados na lei que as criou. Ao realizar esse procedimento estará, para a autora, caracterizando crime de improbidade administrativa conforme o art. 10 da Lei 8.429/1992, além de violar a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000).

sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial. Esta integração será feita independentemente de licitação, mediante prévia avaliação e autorização específica do presidente da República, por proposta do ministro da Fazenda.

Ressalta a lei ainda que o FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem.

O aporte de bens de uso especial ou de uso comum no FGP será condicionado a sua desafetação de forma individualizada.

O art. 17 da Lei 11.079/2004 evidencia que o FGP será criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União, com observância das normas às quais se refere o inc. XXII do art. 4^º da Lei 4.595/1964, e seu estatuto e regulamento serão aprovados em assembleia dos cotistas¹⁵. A essa instituição financeira caberá deliberar sobre a gestão e alienação dos bens e direitos do FGP, zelando pela manutenção de sua rentabilidade e liquidez.

Na versão original da lei, as garantias do FGP eram prestadas, na forma aprovada pela assembleia dos cotistas, proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, superasse o ativo total do FGP. Atualmente, são estabelecidas pelo estatuto e pelo regulamento do FGP. Segundo a nova redação do art. 18 da Lei 11.079/2004, é o estatuto e o regulamento do FGP que devem deliberar sobre a política de concessão de garantias, inclusive no que se refere à relação entre ativos e passivos do fundo.

Essa garantia será prestada por meio de:

- fiança;
- penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP;
- hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP;

¹⁵ A representação da União na assembleia dos cotistas dar-se-á na forma do inc. V do art. 10 do Decreto-Lei 147, de 3 de fevereiro de 1967.

- alienação fiduciária;
- outros contratos que produzam efeito de garantia;
- e garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP (§ 1º do art. 18).

Em complementação a essas diferentes modalidades, a Lei 12.766/2012 introduziu o §4º, concedendo a possibilidade de o FGP prestar ainda garantia mediante contratação de instrumentos disponíveis em mercado. Desejou com isso reforçar a ideia de variabilidade das formas de garantia pelo FGP, afinal o caráter exemplificativo das garantias já estava claro quando afirmava que “outros contratos” poderiam servir como modalidades; porém, certamente, tal inclusão servirá como incentivo para o investidor privado que queira participar de uma PPP.

Poderá haver contragarantias a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais que garantirem o cumprimento das obrigações pecuniárias dos cotistas em contratos de PPP (§ 2º do art. 18).

A quitação, pelo parceiro público, de cada parcela de débito garantido pelo FGP, importará exoneração proporcional da garantia. E sua quitação definitiva importará sua sub-rogação nos direitos do parceiro privado (§ 3º do art. 18).

Os prazos para acionar o FGP foi outro ponto alterado pela Lei 12.766/2012. Enquanto a redação original afirmava que, no caso de crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público, a garantia poderia ser acionada pelo parceiro privado a partir do 45º dia do seu vencimento; agora, tais créditos podem ser acionados após 15 dias contados da data de vencimento. Já os débitos constantes de faturas emitidas e ainda não aceitas pelo parceiro público, desde que, transcorridos mais de 90 dias de seu vencimento, não tenha havido sua rejeição expressa por ato motivado, que também poderiam acionar o FGP, agora, possuem prazos de 45 dias, contados da data de vencimento, desde que não tenha ocorrido rejeição expressa por ato motivado (atual § 5º, incs. I e II, do art. 18).

É certo, porém, que o parceiro público pode recusar eventual fatura e, por conseguinte, evitar que o parceiro privado acione, nos prazos acima expostos, o FGP. Evidenciou a Lei 12.766/2012 esse aspecto ao prever que o FGP é obrigado a honrar faturas aceitas e não pagas pelo parceiro público, assim como

estipulou que o FGP é proibido de pagar faturas rejeitadas expressamente por ato motivado (§§ 9º e 10 do art. 18). Logo, caso a rejeição não seja motivada, o FGP deverá efetuar o pagamento ao parceiro privado.

A fim de evitar, portanto, o acionamento do FGP pelo parceiro privado, incluiu-se o § 11 do art. 18, que define ser dever do parceiro público informar o FGP sobre qualquer fatura rejeitada e sobre os motivos da rejeição no prazo de 40 dias contados da data de vencimento. Apenas, assim, ficará o FGP avisado, evitando, desse modo, o pagamento pelo FGP ao parceiro privado.

Agora, existindo a ausência de aceite ou rejeição expressa de fatura por parte do parceiro público no prazo de 40 dias, contado da data de vencimento, tal implicará aceitação tácita, é dizer, silêncio positivo (§ 12 do art. 18).

Significa que basicamente três hipóteses poderão ocorrer para o acionamento do FGP.

A primeira seria a aceitação expressa. Conforme o inc. I do § 5º do art. 18, caso o parceiro público tenha aceitado expressamente a fatura apresentada pelo privado, poderá este acionar o FGP no prazo de 15 dias, contado da data de vencimento.

A segunda hipótese poderá ocorrer caso não tenha se dado a rejeição expressa e motivada. Conforme o inc. II do § 5º do art. 18, nesse caso, o particular poderá acionar o FGP no prazo de 45 dias, contados da data de vencimento.

Por fim, a terceira hipótese ocorrerá sempre que houver a “aceitação tácita”, ou seja, sempre, que a primeira ou a segunda hipótese não ocorram no prazo de 40 dias, contado da data de vencimento, ou quando existir a segunda hipótese, é dizer, a rejeição expressa, mas essa não for motivada. O simples fato de rejeitar não pode ser suficiente para o não acionamento pelo particular do FGP. Deve essa rejeição ser motivada, do contrário possuirá vício de legalidade, a qual promoverá a sua anulação e, por conseguinte, a ausência de ato. O efeito é *ex tunc*: por retroagir à data de sua realização, o que existirá, na verdade, é uma ausência de aceite ou rejeição expressa de fatura por parte do parceiro público, pois trará à forma anterior aquilo que o ato criou ou modificou. Ou seja, se não motivar, existirá, a “aceitação tácita”, ou seja, o silêncio positivo.

A fim de conceder eficácia ao dever de decidir motivadamente e, por conseguinte, ao silêncio positivo aqui mencionado, incluiu a Lei 12.766/2012 o § 13, que responsabiliza civil, administrativa e penalmente o agente público que contribuir por ação ou omissão para a “aceitação tácita” ou que rejeitar

fatura sem motivação. Apesar dessa norma ser um avanço para a doutrina do silêncio administrativo brasileiro, infelizmente, vinculou-se a quaisquer dessas formas de responsabilização (civil, administrativa e penal) a existência de dano causado pelo agente. Ora, o simples silêncio positivo pode parecer e levar o intérprete a um entendimento de que não exista dano, isto é, o fato de ocorrer o aceite tácito, em princípio, pode transparecer que nenhum dano se gerou. É equivocado tal entendimento, pois, como já se observou, a administração possui sempre o dever de decidir e sua ausência, por si, viola a ordem jurídica que, por conseguinte, enseja o dever sucessivo de reparação. Melhor, obviamente, seria a ausência da expressão “pelos danos que causar”, que evitaria interpretações errôneas.

Por fim, vale recordar que em caso de inadimplemento os bens e direitos do fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazerem as obrigações garantidas (§ 7º do art. 18).

6.11.3 Limite de 1%

De acordo com o art. 22 da Lei 11.079/2004, 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, 1% da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos dez anos subsequentes, não excedam 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Os Municípios podem prever algo parecido, cada qual analisando a sua realidade.

7 PRINCIPAIS DESAFIOS QUE OS MUNICÍPIOS ENFRENTAM

Menos de 1% dos Municípios brasileiros implementaram PPPs, por isso não existem dados empíricos com informações precisas a respeito das dificuldades e dos desafios existentes. No entanto, há pontos, não exaustivos, observados pela doutrina no que diz respeito ao tema e que se passa a descrever.

7.1 Institucionalização da PPP como estratégia de governo e a baixa capacidade institucional do poder público de estruturar e avaliar os estudos

Segundo Tony Bovaird (2004), as PPPs devem ser tratadas como estratégia de governo com vistas a auxiliar a resolver seus problemas mais sérios. Segundo o autor, as PPPs devem ser vistas como um compromisso mútuo entre o setor público e o privado. Argumenta que ainda estamos em um estágio inicial de aprendizado de quais tipos de PPP são apropriados para quais tarefas e como administrar PPPs para aumentar o valor público.

Além disso, no contexto brasileiro, é conhecida a baixa capacidade institucional de muitos Entes municipais de estruturar e avaliar os estudos relacionados às PPPs. Atualmente o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) vem sendo muito utilizado e tende a apresentar resultados potencialmente positivos para os Municípios, mas se tal Ente federativo não tiver capacidade institucional estabelecida existe uma forte tendência do projeto não seguir adiante. É comum que Municípios não tenham experiências com projetos de PPP e venham a ter o primeiro contato com as PPPs por intermédio do PMI.

Nesse momento, contar com a colaboração do BNDES, CEF ou até mesmo do BID para analisar a viabilidade de uma PPP para satisfazer uma demanda de interesse público se torna imprescindível, mas nem sempre possível. Logo, deve-se buscar fortalecer a capacidade institucional, visando a prover ações

diferenciadas, especialmente naquelas municipalidades que apresentem essa baixa capacidade institucional de modo a possibilitar a inclusão de tais municípios no uso desse modelo.

7.2 PPPs exigem novas competências, novas estruturas, novos processos e gestão especializada

Com a finalidade de subsidiar a falta de pessoal capacitado nos Municípios, bem como a baixa capacidade institucional de estruturar e avaliar os estudos de PPP, torna-se imprescindível a existência de uma Unidade Gestora de PPP (PPP Unit). Tal é um imperativo para o êxito dos projetos. As PPPs não podem ser McDonaldizadas, mas devem ser consideradas em conjunto com suas particularidades. Por tais motivos, novas competências, novas estruturas, novos processos e gestão especializadas devem ser criadas.

7.3 PPPs exigem comprometimento governamental (priorização e alocação de recursos)

O governo precisa sinalizar o seu comprometimento em colocar o modelo de PPP como prioridade a fim de alocar recursos necessários a Unidade Gestora de PPP e ao projeto em si. A construção de um acordo político é uma das etapas no processo de implementação de uma PPP e pelo fato das PPPs demorarem o risco político e de perder o *timing* político é sempre existente. Sendo assim, o apoio político e social são fatores críticos de sucesso nas PPPs. Práticas políticas demagógicas devem ser evitadas.

7.4 Baixa qualidade dos projetos elaborados no âmbito das Propostas de Manifestação de Interesse (PMI)

O Radar PPP realizou pesquisa que demonstrou que a taxa de conversão de PMIs em editais de licitação e/ou em contratos de concessão ou de PPPs é baixa. A taxa de conversão de PMIs em projetos contratados teria caído historicamente: 83,33% em 2010; 46,88% em 2011; 29,41% em 2012; 8,7% em

2013; 8,47% em 2014; 8,13% em 2015; 2,88% em 2016¹⁶. Uma das conclusões a que se chega na pesquisa é a de que haveria “baixa qualidade dos projetos e estudos elaborados no âmbito de PMIs”. Apesar de questionável a metodologia, tal pode realmente ser uma das razões da alta taxa de “mortalidade” das PMIs. Outras podem ser a razão, tais como o fato da PMI indicar a inviabilidade da contratação, ou até mesmo a viabilidade, mas a inconveniência do projeto.



A Radar PPP ajuda as empresas a desenvolveres as capacidades e habilidades para interpretar o mercado nacional de infraestrutura, além de lhe oferecer informações que fazem a diferença. A Radar PPP acredita que o mercado brasileiro de investimento privado em infraestrutura pode gerar benefícios para empresas, órgãos do governo e sociedade. A chave é o acesso à informação qualificada. É a informação adequada e no momento certo que permitirá aos agentes tomar melhores decisões, gerando ganhos para todos os envolvidos. Acesse pelo *QR code*.



7.5 As garantias são sempre um desafio para o parceiro público, bem como a financiabilidade dos projetos estruturados

Como visto, as garantias públicas são uma das maiores preocupações para a iniciativa privada investir em PPP, pois historicamente a administração pública é conhecida como má pagadora. Assim, elas servem para evitar que a concessionária tenha que acionar o Poder Judiciário para conseguir a satisfação de seu crédito.

16 Informações constantes de apresentação denominada “Panorama do Mercado Brasileiro de PPPs”, datada de 22 de maio de 2018 e de propriedade da Radar PPP, slide 15. Disponível em: http://www.sinicesp.org.br/boletins/realizados/2018_05_22_ppp/apresentacao1.pdf. Acesso em: 7 out. 2020.

Não existe perfeição, todas são incapazes de garantir 100%, mas pode-se tentar minimizar o problema e atrair capital privado. Dessa forma, para que garantias públicas sejam de fato atrativas e minimamente eficientes, exige-se:

- (i) a presença de um agente garantidor fora do campo de ingerência do poder concedente;
- (ii) procedimento célere para execução da garantia;
- (iii) recursos livres para serem utilizados na satisfação do crédito do parceiro privado. Essas são premissas que devemos ter em consideração.

7.6 Questões regulatórias e segurança jurídica para o investidor

Um projeto de PPP não termina quando o contrato é assinado, pelo contrário, requer a intervenção dos reguladores em diversos momentos durante sua execução, por exemplo: regulamentação tarifária, revisão do contrato de nível de serviço ou renegociação de contrato. Isso pode estar regido nas próprias cláusulas ou definido fora do contrato. A questão regulatória, portanto, é outro fator crítico de sucesso de uma PPP.

Além disso, para tornar o modelo atrativo à iniciativa privada deve existir segurança jurídica. O que confere tal é a aplicabilidade da lei por meio de decisões administrativas, judiciais e arbitrais ao longo do tempo. Sempre que se tem alguma modificação legislativa, por exemplo, novas inseguranças surgem, pois o processo de formação de consenso em torno do ponto modificado começa novamente. Sem a geração de segurança jurídica o investidor privado não é atraído e a modelagem não segue adiante.

7.7 Governança é uma das principais causas de problemas das PPPs

Nas PPPs, desde o financiamento do projeto até sua finalização, tem-se a integração dos diferentes atores. É neste contexto que surge a importância da governança, pela capacidade de gerenciar os interesses das diferentes partes envolvidas, bem como criar mecanismos capazes de gerar sinergias, eficiência e racionalidade. Para tal, a governança das PPPs é essencial para atingir os melhores resultados.

7.8 Exercício do diálogo e da negociação com os parceiros privados

A importância da governança desses procedimentos como meio de se obter grandes resultados na parceria necessitam a utilização extensiva do diálogo e da negociação para a resolução de polêmicas. No mais, administrar os contratos de PPP implica monitorar e exigir os requisitos contratados, bem como o pleno diálogo nas relações entre os parceiros privado e público. A validade desta administração se apresenta ao longo de todo o ciclo de vida do projeto, desde a assinatura do contrato até o término de sua vigência.

7.9 É preciso haver boa vontade para construir confiança entre as partes – cultura ganha-ganha

As PPPs são contratos de longo prazo e complexos, em que a confiança entre as partes é crucial para o sucesso. A iniciativa privada só se tornará parceira se confiar no poder público e vice-versa. Tal relacionamento é baseado na confiança. Por esse motivo, deve-se implementar uma cultura do ganha-ganha, ou seja, em que os dois lados se beneficiam, a iniciativa privada gerando o lucro que almeja e o poder público a infraestrutura e a boa prestação do serviço para a coletividade.

7.10 Faz-se necessário descomplicar a estruturação de PPPs e desenvolver novos mecanismos de contratação de projetos pelo setor público

Instrumentos como guias práticos, rotinas, manuais administrativos, entre outros, que visem a facilitar a estruturação de programas e de projetos de PPPs são imprescindíveis para apoiar e orientar os servidores públicos, principalmente os municipais. Tais instrumentos buscam descomplicar a estruturação das PPPs, conferir eficiência e transparência. Facilitam ainda o desenvolvimento de novos mecanismos de contratação de projetos, pois auxiliam os gestores públicos na tomada de decisão e os ajudam a aprender com os erros e acertos ao longo do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Câmara de. **As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Licitação para concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 1995.

BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, v. 241 2, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 15 out. de 2020.

BOVAIRD, Tony. Public-Private Partnerships: FROM CONTESTED CONCEPTS TO PREVALENT PRACTICE. **International Review of Administrative Sciences**, v. 70, n. 2, p. 199-215, May 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SADDY, André; Moraes, Salus (Diretores); Et. Al. (Coord.). **Tratado de parcerias público-privadas: teoria e prática**. Rio de Janeiro: CEEJ, 2019, vol. 1 ao 11.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

WALD, Arnaldo. MORAES, Luiza Rangel de. WALD, Alexandre de M. **O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.



Compartilhamento de boas práticas

Acesse o *Conteúdo Exclusivo* no Portal da CNM e conheça boas práticas ou inclua uma nova boa prática do seu Município! Participe e compartilhe o conhecimento local. Acesse pelo QR code.





Sede

Palácio dos Municípios Paulo Ziułkoski
 SGAN 601 – Módulo N
 CEP: 70830-010
 Asa Norte – Brasília/DF
 Tel/Fax: (61) 2101-6000

Escritório Regional

Rua Marcílio Dias, 574
 Bairro Menino Deus
 CEP: 90130-000 – Porto Alegre/RS
 Tel/Fax: (51) 3232-3330

www.cnm.org.br

 /PortalCNM

 @portalcnm

 /TVPortalCNM

 /PortalCNM

 app.cnm.org.br

