

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
NÚCLEO DE MONOGRAFIAS

**A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE COLABORAÇÃO ENTRE O PARTICULAR E
A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A DIVISÃO OBJETIVA DOS RISCOS NAS
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**

Curitiba
2008

LEONARDO GURECK NETO

**A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE COLABORAÇÃO ENTRE O PARTICULAR E
A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A DIVISÃO OBJETIVA DOS RISCOS NAS
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**

Monografia apresentada à disciplina Direito Administrativo como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

Orientador: Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho.

Curitiba
2008

LEONARDO GURECK NETO

**A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE COLABORAÇÃO ENTRE O PARTICULAR E
A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A DIVISÃO OBJETIVA DOS RISCOS NAS
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**

Monografia apresentada à disciplina Direito Administrativo como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

De acordo:
Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho

Curitiba, 03 de outubro de 2008

TERMO DE APROVAÇÃO

LEONARDO GURECK NETO

A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE COLABORAÇÃO ENTRE O PARTICULAR E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A DIVISÃO OBJETIVA DOS RISCOS NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho
Departamento de Direito Público, UFPR

Professora Mestre Adriana C. R. Schier

Curitiba, 10 de novembro de 2008.

Dedico este trabalho àqueles que estiveram presentes em todos os momentos da minha vida, principalmente ao meu pai, Eleazar Lucas Gureck, amigo de todas as horas, pelas incontáveis, intermináveis e pacientes lições de vida e de informática. À minha mãe, Jocélia Gureck, por incansável disposição em me ajudar de todos os modos possíveis. Aos meus avós que sempre apoiaram as minhas decisões. Aos meus irmãos, Alexandre e Lucas, por me agüentarem como irmão. E, como não poderia deixar de ser, a bela Sarah, minha eterna namorada, que eu tanto amo, pelo constante apoio, carinho, atenção e amor.

Agradeço ao professor doutor Romeu Felipe Bacellar Filho, pelos ensinamentos, tempo e dedicação despendidos para possibilitar a conclusão deste trabalho. Agradeço também ao meu tio, professor Dalton José Borba, pelas valiosas análises que em muito acrescentaram para as reflexões feitas nesse trabalho.

À Deus.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
1 INTRODUÇÃO	1
2 A EVOLUÇÃO DO MODELO DE INTERVENÇÃO ESTATAL	3
3 A COLABORAÇÃO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PARTICULARES	9
3.1 FORMAS TRADICIONAIS DE COLABORAÇÃO.....	9
3.2 AS NOVAS FORMAS DE COLABORAÇÃO	17
4 RELATO ACERCA DAS ORIGENS DAS PPP'S.....	29
4.1 A EXPERIÊNCIA INGLESA	29
4.2 A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA.....	32
5 A PARCERIA PÚBLICO PRIVADA COMO ALTERNATIVA PARA O DESENVOLVIMENTO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	36
5.1 DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	38
6 AS TRADICIONAIS TEORIAS DO RISCO	44
6.1 ÁLEA ORDINÁRIA – RISCOS SUPOSTOS PELO CONCESSIONÁRIO.....	46
6.2 ÁLEA EXTRAORDINÁRIA – RISCOS SUBDIVIDIDOS EM ÁLEA ECONÔMICA E ÁLEA ADMINISTRATIVA.....	47
7 PPP'S: A DIVISÃO OBJETIVA DOS RISCOS ENTRE OS PARCEIROS PÚBLICO-PRIVADO.....	52
8 CONCLUSÕES	60
9 REFERÊNCIAS	65

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar os modelos tradicionais de colaboração entre a Administração Pública e os particulares – concessão comum, permissão e autorização de serviços públicos, com vistas ao que chamamos de “novas formas de colaboração” – que são entre outros o terceiro setor e os contratos de gestão – e, principalmente com advento da lei 11.079/2004, a chamada lei das parcerias público-privadas. Pretende também o trabalho realizar um breve estudo das parcerias público-privadas com destaque para: i) as experiências internacionais que a Inglaterra e Portugal tiveram; e, ii) a distinção entre a concessão patrocinada e a concessão administrativa. O enfoque final do trabalho é distinguir os riscos: i) que são suportados pelos concessionários e pelo Poder Concedente à luz do que preceitua a lei 8.987/1995 e da lei 11.074/2004, com o objetivo de demonstrar a importância do planejamento da identificação dos riscos, em momento anterior a ser firmado o contrato de parceria ou de concessão; e, ii) explorar-se-á a alteração do conteúdo jurídico do modelo concessório em face do advento da lei n.º 11.079/2004, que introduziu a divisão objetiva dos riscos entre os parceiros público-privados.

SUMMARY

The intent of this work is abstract the traditional models of contribution between the Public Administration and the particulars – common concession, licensee and authorization of public-utility, with to denominate “the new collaboration format” – third sector and tenure contracts – and, mainly with the arrival of law n.º 11.079/2004, the law of Project Finance Initiative (PFI). Aspire too realizes a summary study of the Project Finance Initiative with overtop to: i) to international experiences on England and Portugal; and, ii) the distinction between sponsored concession and government concession. The final focus of this work is distinguish the risks: i) supported by concessionaires and by the Public Administration on the torch according to received notions by the law n.º 8.987/1995 and n.º 11.074/2004, with the objective to demonstrate the importance of risks identification planning, in earlier moment will be contracted the partnership or common concession; ii) the alteration on the content of the legal concession model will be explored on law n.º 11.079/2004, that introduced the objective division risks’ between public-private partnership.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo inicialmente realiza uma breve análise da evolução do modelo de Estado brasileiro. Como se sabe, do início do século XX até meados dos anos 90 uma das características mais marcante do modelo estatal brasileiro era o intervencionismo. Com isso, a Administração Pública deveria oferecer aos cidadãos meios de satisfação direta de necessidades nos mais variados setores.

Entretanto, com o passar do tempo, o Estado intervencionista gerou graves conseqüências, como o crescimento descontrolado do aparelho administrativo estatal e o esgotamento da capacidade de investimento do setor público.

A conseqüência direta disto foi a deterioração dos serviços públicos em geral. Nesta época a legislação brasileira tratava apenas daquilo que chamamos de modelos tradicionais de colaboração entre a Poder Público e o investidor privado – concessão, permissão e autorização. No primeiro a solução tentada foi a privatização, a qual se mostrou insuficiente para suprir todos os problemas de falta de investimentos existentes no país.

Com vistas em ampliar o leque de possibilidades de celebração de contratos entre público e privado e reduzir a grave crise no poder de investimento do Estado em obras de infra-estrutura é criado um novo modelo de colaboração entre o Estado e o investidor privado.

Inspirado em modelos internacionais, o legislador brasileiro editou a lei 11.079/2004. Daí a relevância de estudar, mesmo que superficial e brevemente a experiência inglesa – por ser a primeira a implantar o modelo das ppp's – e a portuguesa – por possuir um ordenamento jurídico semelhante ao brasileiro -, com o objetivo de se verificar quais foram os resultados obtidos e as dificuldades apresentadas com o implemento de parcerias semelhantes àquelas possibilitadas com a promulgação da lei das ppp's no Brasil.

Posteriormente o presente estudo irá se detenha a análise específica da nova forma do Estado brasileiro financiar obras e serviços públicos para atender à demanda social e permitir que o Brasil continue o processo de crescimento do setor

produtivo. Essa análise pretende esclarecer alguns pontos da lei das ppp's como por exemplo a distinção entre a concessão administrativa e patrocinada.

Por fim, e como ponto determinante para a realização desta pesquisa, será estudada a repartição objetiva dos riscos entre os parceiros público e privado. A partir da explicação das tradicionais teorias sobre o risco pretende-se a viabilidade de realizar tal repartição sem ferir o princípio da supremacia do interesse público.

2 A EVOLUÇÃO DO MODELO DE INTERVENÇÃO ESTATAL

Para possibilitar uma melhor compreensão da lei das parcerias público-privadas é necessário realizar uma breve retomada histórica da maneira que a intervenção estatal evoluiu desde o Estado liberal até o Estado social.

A realização dessa análise implica na verificação sobre a maneira que as obras e serviços públicos (além de outros deveres aos quais está submetida a Administração) evoluíram no decorrer das transformações dos modelos de organização do Estado, até desembocar na lei que instituiu o regime das ppp's.

Nos séculos XVIII e XIX o liberalismo norteou o comportamento político e econômico da sociedade. Os ideais do período pós-revoluções liberais eram individualistas e pregavam a liberdade, igualdade, individualismo e o estatismo.¹

Para os liberais, existia uma plena igualdade de direito, porém, como se sabe, esse ideal mantinha uma desigualdade de fato. Isto porque, o que realmente importava para a sociedade era que quanto *“menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo”*.²

Devido a esses ideais a intervenção pública só ocorria subsidiariamente, ou seja, o Estado só assumia as tarefas que ultrapassavam os precisos limites de um

¹ Para Marcelo FIGUEIREDO *“dois grandes momentos podem ser divididos no desenvolvimento da doutrina do liberalismo. O primeiro nasce no século XVIII, caracterizado eminentemente pelo individualismo e numa segunda fase (século XIX) é marcado pelo estatismo. Na aludida primeira etapa temos uma série de movimentos: o jus naturalismo, reconhecendo ao indivíduo direitos inatos; o contratualismo, indivíduo e Estado considerados como num pacto, e propriamente o liberalismo econômico, advindo da escola fisiocrática, ardoroso combatente da intervenção do Estado na economia. A segunda etapa inicia-se quando a primeira começa a ser posta em dúvida, devido às obras modernas, especialmente de Rousseau. Este autor, como examinamos, entende que somente a obediência à lei é a garantia de liberdade. Se associarmos a concepção da ‘vontade geral’ às concepções contratualistas que se seguiram, veremos claramente um modelo compacto de interesses, fruto da coincidência do interesse pessoal com o social. A consequência desejada ou não é a concepção da superioridade do Estado sobre o indivíduo, idéia oposta ao liberalismo da primeira etapa. Acrescente-se a isso o movimento racionalista e positivista e teremos o estatismo amplamente considerado”*. SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *Teoria geral do Estado*. p. 70.

² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. p. 31. No mesmo sentido Pedro GONÇALVES *“O equilíbrio natural da sociedade, que resultaria do puro reconhecimento dos direitos e das liberdades fundamentais dos cidadãos – livre contratação, livre empresa e iniciativa econômica, concorrência, livre circulação – bem como da autonomia de gestão e de actuação de cada cidadão, não poderia nem deveria ser perturbado pela intervenção estatal externa e intrusiva do Estado, fosse enquanto agente econômico, fosse a título de regulador de mercado”*. GONÇALVES, Pedro. MARTINS, Licínio Lopes. *Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado regulador*. p.173.

paradigma econômico privatista, fortemente marcado pelas leis naturais de mercado, as quais impunham ao Estado um padrão abstencionista.³

Nesta seara, à esfera pública restava tão somente as atividades que a sociedade não conseguia executar satisfatoriamente, quais sejam: a Fazenda, a defesa interna e externa e a justiça.

Porém, o início do processo de revolução industrial (que se opera já em meados do século XIX) resulta no surgimento do “proletariado” que se desenvolve em um ambiente de miséria e ignorância.

A necessidade de uma reconstrução do binômio “Estado/Sociedade” se vislumbra, outrossim, com o crescimento das grandes atividades econômicas, momento em que se faz necessário, investir fortemente nas estruturas de ferrovias, rodovias, eletricidade, gás, telefone, etc.

Proteger somente a igualdade e a liberdade, sem intervir no plano econômico e social, mostrou-se insuficiente e foram os fatores que notadamente abalaram a estrutura e por fim levaram a derrocada do Estado liberal.

A sociedade necessitava de um maior amparo do Estado, ou seja, de um Estado que não se limitasse somente a pressupor que “*os homens nascem livres e iguais em direitos*”⁴ e interviesse na ordem econômica, jurídica e social para diminuir a desigualdade gerada na sociedade pelo ideal liberalista.

Com esses ideais surge o chamado Estado Social (Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social de Direito) o qual se consolida somente após segunda guerra mundial.

A preocupação da Administração com o interesse público leva ao aumento da intervenção do Estado nos diferentes setores da sociedade. O resultado é uma ampliação do rol de atribuições do Estado.

Com isso, conforme ensina Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

verificou-se um crescimento desmesurado do Estado, que passou a atuar em todos os setores da vida social, com uma ação interventiva que coloca em risco a própria liberdade individual, afeta o princípio

³ SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *Teoria geral do Estado*. p. 75.

⁴ Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – art. 1º.

*da separação de Poderes e conduz à ineficiência na prestação de serviços.*⁵

Apesar de o Estado prestar serviços e obras públicos há um aumento da burocracia⁶, o que progressivamente gera ineficiência na prestação de serviços públicos.

A Administração recebe encargos que progressivamente a transformam em Estado prestador de serviços, em Estado empresário e em Estado investidor.

O efeito dessa presença tão marcante do Estado no plano jurídico, social e econômico altera o modo de pensar do indivíduo. Este que antes não queria a ação do Estado – liberalismo – passa a exigí-la.

Dito de outra forma, o indivíduo passa a exigir que a Administração Pública o proporcione escola, saúde, moradia, transporte, financiamento, proteção ao meio ambiente, ao consumidor, e a tantos outros interesses difusos e coletivos.⁷

A crescente intervenção estatal passou a pôr em perigo a liberdade individual, sem conseguir realizar o seu principal fim: assegurar o bem comum.

Em decorrência dessas conseqüências negativas produzidas pelo Estado Social, ocorreram novas transformações no papel do Estado. “*o Estado, sem deixar de ser Estado de Direito protetor das liberdades individuais, e sem deixar de ser Estado Social, protetor do bem comum, passou a ser também Estado Democrático*”.⁸

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. p. 21.

⁶ Dependendo do procedimento complexo e demorado para a promulgação de uma Lei não era mais condizente com a constante intervenção estatal na sociedade e na economia. Para obter a agilidade necessária o Executivo passou a ter competência para legislar por meio de decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos, medidas provisórias. A separação dos poderes deixa de existir no seu formato original, pois com a competência dada ao executivo de legislar, este poder assume função anteriormente exclusiva do poder Legislativo. Isso gera um novo problema: a ser a falta de instrumentos para controle do Poder Executivo. As modalidades existentes para realização do controle foram idealizadas anteriormente ao surgimento do Estado Social (para o controle de um Estado que não deveria intervir, o Estado Liberal).

⁷ “*Como se referiu, esta intervenção do Estado na economia, para além, naturalmente, da prestação directa de serviços de saúde, educação, segurança social, não parou de crescer até a década de 80, dando origem à formação de um imenso sector público, desdobrado em sector público social e em sector público económico. A esses dois domínios correspondem as noções de serviços públicos sociais (segurança social, assistência social, saúde, educação, cultura) e de serviços públicos económicos (produção e distribuição de água, de energia eléctrica ou de gás, transporte colectivo terrestre, marítimo ou fluvial e aéreo, telecomunicações, correios, saneamento básico)*”. GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado regulador*. p.179.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. p. 23.

Durante o decorrer dos anos 50 formulou-se a idéia de que o Estado teria papel estratégico para promover o progresso técnico e, ao mesmo tempo realizar uma razoável distribuição de renda através da acumulação capital oriundos dos impostos.

Para isso acontecer houve um crescimento do tamanho do Estado na regulação do plano social e empresarial. Conseqüência disso é o brusco aumento da carga tributária que passou de 5 / 10% no início do século XX, para 30 / 60% do PIB dos países em menos de 50 anos depois.

Entretanto, a partir dos anos 80 inicia-se a crise econômica que reduz a capacidade de o Estado arrecadar impostos e, conseqüentemente, o enfraquece financeiramente.⁹

Por óbvio que não era mais possível ao Estado, com a poupança pública negativa, investir constantemente e da maneira que necessitava a população nos serviços públicos essenciais.¹⁰

⁹ "Estado entra em crise fiscal, perde em graus variados o crédito público, ao mesmo tempo em que vê a sua capacidade de gerar poupança forçada diminuir, senão a desaparecer, à medida que a poupança pública, que era positiva, vai se tornando negativa. Em conseqüência, a capacidade de intervenção do Estado diminui dramaticamente. O Estado se imobiliza". BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania*. p. 35. No mesmo sentido Pedro GONÇALVES "As raízes dessas alterações remontam às primeiras crises do Estado social por volta dos anos setenta, e que viriam a tornar-se mais visíveis com o decurso do tempo: os gastos públicos exponenciais do setor público, a carga fiscal necessária para o seu financiamento, o déficit público incontrolável, a ineficácia e ineficiência da gestão pública são em geral considerados os principais factores da viragem verificada". GONÇALVES, Pedro. MARTINS, Licínio Lopes. *Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado regulador*. p.180.

¹⁰ Nas palavras de Caio TÁCITO "entre as mais árduas missões do jurista, no campo do Direito Administrativo, figura a de conceituar, adequadamente, o serviço público". Assim, resta claro que, conforme a observação feita por Caio TÁCITO, conceituar serviço público e sua essencialidade é objeto de um estudo longo. Por não ser esse o objeto dessa monografia faço referência a alguns dos conceitos mais importantes de serviço público: Juarez FREITAS. Para ele serviço público "é todo aquele essencial para a realização dos objetivos fundamentais do Estado democrático, prestado de forma direta ou indireta pela Administração Pública ou por pessoas alheias ao seu âmbito. Por ser essencial o Estado não pode prescindir da adequada prestação desses serviços, pois é considerado num contexto histórico, como essencial a consecução dos fins dele próprio". FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. p. 31. Merece destaque o conceito de essencialidade do Marçal JUSTEN FILHO, a essencialidade do serviço público, os quais estão diretamente ligados ao princípio da dignidade humana, significa o compromisso de atendimento, o que nos conduz ao Estado. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. No mesmo sentido é de suma importância o seguinte trecho da obra do professor BACELLAR: "É imperioso retomar os parâmetros da definição clássica de serviço público (cf. nesse sentido Juan Carlos Cassagne, *Estudios de derecho administrativo*, p. 99) cunhada por Léon Duguit – serviços indispensáveis à interdependência social, de tal modo que não podem ser prestados sem a intervenção da força governante (*Traité de droit constitutionnel*, v. II, p. 55) –, Gaston Jèze – processo técnico para a satisfação de interesses gerais, submetido a um regime jurídico especial de prerrogativas de autoridade (*Les principes généraux du droit administratif*, v. II, p. 2) – e Maurice Hauriou – serviço técnico prestado ao público de maneira regular e contínua, para satisfazer a ordem pública (*apud Cassagne, ibidem*, p.

O Estado perde a principal forma de realizar as obras de infra-estrutura e de serviços públicos, o financiamento, sem o qual não é mais possível que grandes investimentos sejam realizados para satisfazer as “*necessidades essenciais, diretamente relacionadas com o princípio da dignidade humana*”.¹¹ Essa crise é chamada de crise da administração pública burocrática.

É por esse motivo que se busca uma maneira de sair da crise e logo, percebeu-se que a solução dessa crise estava no próprio mercado, e as reformas deveriam passar pela redução do Estado. Formaram-se diferentes correntes de pensamento¹² e, na prática o que se viu foi uma tentativa de diminuir dos encargos fiscais, mantendo, porém a poupança pública que permitia ao Estado desenvolver suas políticas, o que é definido por BRESSER PEREIRA como um Estado menor, mas melhor.¹³

99) – *a fim de acentuar a instrumentalidade do serviço público em relação aos direitos fundamentais, encontra seu fim na realização prática do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana. Daí por que revelar-se desarrazoado inadmitir, sob qualquer pretexto, a participação do cidadão no controle das atividades públicas*”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. p. 174. Rafael BIELSA define serviço público como sendo a atividade desenvolvida pelo Estado direta ou indiretamente mediante procedimentos peculiares ao direito público. De outro modo, como lembra ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia, serviço público é o que “*cada povo o diz em seu sistema jurídico, que é onde se definem as atividades como tal consideradas. Constitui ele uma atividade que não é incompatível nem contrária à atividade econômica, como se chegou a supor e a encarecer anteriormente na doutrina. A atividade pode ser considerada econômica e nem por isso deixar de arrolar-se entre aquelas tidas como serviço público*”. ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *Princípios constitucionais dos serviços públicos*. p. 507.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das concessões de serviço público*. p. 11.

¹² Segundo BRESSER PEREIRA, há duas abordagens para definir e oferecer soluções para a crise: a interpretação neoliberal e a baseada na crise do Estado (estratégia social democrática e pragmática). Ambas criticam o populismo, o nacional-desenvolvimentismo e o crescimento demasiado do Estado. Porém, a primeira sustenta que o problema reside no excessivo fortalecimento do Estado (que cresceu muito), enquanto a segunda sustenta que o problema reside no enfraquecimento do Estado (que cresceu de forma distorcida e faliu), mas ambas concordam que se faz necessário a redução do Estado (privatização e liberalização da economia). Para a interpretação neoliberal, o ideal encontra-se na idéia de “Estado Mínimo”; para a interpretação baseada na crise do Estado, o ideal encontra-se na “reconstrução” do Estado, e a recuperação de sua capacidade de ação. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil*.

¹³ “*Assim, a reforma objetivava levar a “um Estado menor mas melhor”. Menor porque o Estado de fato crescera demais, assumira funções que definitivamente não lhe pertenciam, principalmente na área produtiva; melhor, porque deveria tornar-se um Estado mais competente, mais dotado de governança. Para isso, a reforma do Estado teria de garantir um Estado sadio do ponto de vista fiscal, dotado de poupança pública que lhe permitisse desenvolver suas políticas, e administrativamente bem-equipado, dotado de um serviço civil profissional e instituições adequadas para uma administração gerencial*”. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania*. p. 38. No mesmo sentido JUAREZ FREITAS diz que o Estado deve ser essencial, nem mínimo, nem máximo.

Por isso, nas décadas de oitenta e noventa os serviços públicos constituem o maior “objeto por excelência da desestatização com a estatização da atividade à iniciativa privada”.¹⁴

Surge, nesse contexto histórico, como alternativa ao processo de privatização e desestatização, e como meio de alternativo ao financiamento tradicional do setor público a lei 11.079/2004.

É um meio para enfrentar a falta de recursos do governo para o desenvolvimento da infra-estrutura e combater as deficiências na prestação dos serviços delegáveis, sem que seja necessário se recorrer a privatização.

Deste modo, a ppp proporciona ao Estado uma forma de divisão dos custos para a implantação de infra-estrutura junto à iniciativa privada¹⁵ sem causar impactos sobre o endividamento público.

A referida lei introduziu garantias adicionais ao tradicional conceito de concessão - como por exemplo: i) a contra-prestação adicional ao valor da tarifa pelo Poder Público; ii) há mais credibilidade e confiabilidade ao contratante privado em relação ao seu parceiro que é o poder público; iii) o contrato possui intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro - procurou o legislador atrair o investidor para empreendimentos de longo prazo de amortização (mínimo de 5 e máximo de 30 anos) e monta (investimento mínimo de 20 milhões de reais).

Logo, por tudo isso, não há como negar o impacto simbólico da lei nº. 11.079/2004, visto que tal diploma introduziu mudanças profundas em nosso Direito Administrativo regulador.

¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – ppp’s no direito positivo brasileiro. *Revista de direito administrativo*. p. 105. Como ressaltam FERREIRA e BARBOSA DOS SANTOS, a partir da metade da década de 80 inicia-se um período de queda acentuada nos investimentos feitos em infra-estrutura, até atingir 2% ou menos do PIB no final dos anos 90. Devido a este elevado decréscimo nos investimentos, formaram-se pontos de grande debilidade – chamados de gargalos estruturais – que são extremamente danosos para o desenvolvimento do país. Atualmente podemos verificar que o resultado disso foi a precarização do sistema rodoviário, ferroviário e portuário por exemplo, o que implica em perda de grande parte daquilo que colhemos nas estradas, ferrovias e portos. Além de prejudicar o crescimento, isso eleva o custo para o consumidor final.

¹⁵ Muitas vezes o Estado não possui condições financeiras de investir em determinado setor, e este mesmo setor não interessa ao investidor particular por não lhe proporcionar um retorno satisfatório em relação ao capital investido.

3 A COLABORAÇÃO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PARTICULARES

3.1 FORMAS TRADICIONAIS DE COLABORAÇÃO

3.1.1 A concessão de serviços públicos e sua definição clássica

A concessão é a forma mais comumente utilizada pela Administração Pública para transferir ao particular a execução de serviços e obras públicas. É o meio de o Estado descentralizar a prestação de serviços, ou dito de outro modo, o meio do Estado prestar de forma indireta um serviço público.

Da divergência entre os doutrinadores resultaram três diferentes formas de compreender a concessão. A primeira, em sentido mais amplo – utilizada pelos italianos – abrange qualquer tipo de ato unilateral ou bilateral, no qual a Administração outorga direitos ou poderes ao particular.

A segunda é uma acepção menos ampla, que realiza a diferenciação entre concessão translativa e constitutiva¹⁶ e admite três tipos de concessão: de serviço, de obra pública e de uso de bem público.

Por sua vez, a acepção restrita só considera concessão a delegação ao particular para prestação de serviços públicos.¹⁷

¹⁶ A distinção entre concessão translativa e constitutiva se dá da seguinte forma: na primeira categoria estão localizados os atos nos quais a Administração Pública transmite a um particular os poderes de uso especial sobre bens públicos (concessão de terras, por exemplo) ou o investe na situação de titular de um serviço público (concessão do serviço de transporte coletivo e de eletricidade, por exemplo). A concessão constitutiva, por seu turno, enquadra os atos nos quais o Poder Concedente confere ao particular o direito de utilização sobre bens dominiais com compressão (diminuição) dos direitos da Administração (uso privativo de domínio público, exploração de águas públicas ou jazigos minerais)

¹⁷ Especialmente em relação a natureza dos serviços públicos suscetíveis de concessão deve-se ressaltar que só haverá concessão de serviço público quando o este for privativo e sua prestação não tenha sido reservada exclusivamente ao Poder Público. Atribuir a qualidade de ser “*privativo*” ao serviço público significa que o Estado não pode transferir a titularidade ao particular. Por sua vez, ser o serviço público de prestação “*exclusiva*” da Administração, não permite que o serviço seja concedido, conforme previsão constitucional do art. 21, X – caso do serviço postal e do correio aéreo nacional.

A definição mais utilizada e que será adotada nessa pesquisa como conceito de concessão é a seguinte: concessão é o contrato administrativo¹⁸ pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de serviço público¹⁹, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco²⁰, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração de serviço, o qual estará sujeito a fiscalização do poder concedente.

Como bem lembra o professor Romeu BACELLAR: da concessão:

¹⁸ Há divergência na doutrina a respeito da natureza jurídica da concessão. A corrente majoritária considera que a concessão é um ato unilateral (portanto a concessão é contrato administrativo); a segunda vertente considera a concessão como contrato bilateral; por último existe a teoria mista na qual a concessão é formada por um ato unilateral do poder concedente e um contrato entre este e o particular e está regida pelo direito comum. Consideração interessante sobre esse assunto é feita pelo professor Romeu BACELLAR quando diz que *“Pensamos que o contrato é uma categoria jurídica que não pertence – em termos de exclusividade – nem ao direito privado nem ao direito público. Insere-se no direito e como tal deve ser estudado. Quando o estudo do contrato desenvolve-se na esfera do direito público, mais propriamente no campo de atuação do direito administrativo, é inobjeto à sua subordinação às regras e peculiares do regime jurídico administrativo”*. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público*. p. 7.

¹⁹ A concessão não se dará exclusivamente com os serviços públicos. Poderá também ocorrer com o serviço público precedido de execução de obra pública e com o uso de bem público.

²⁰ Na página 332 e 333 do livro *Teoria geral das concessões de serviço público* Marçal JUSTEN FILHO realiza uma ressalva de extrema importância e que deve ser destacada *“é costumeiro adotar-se a fórmula verbal de que a concessão produz a delegação temporária da prestação de serviço público a um particular para que o preste 'por conta e risco'. Essa é uma construção imprecisa, que pode ser interpretada em diversas acepções, tendo sido já objeto de crítica anterior, que deve ser ratificada e aprofundada. A fórmula é apta a gerar muito maior desentendimento do que seria desejável, o que aconselha até seu abandono. Ainda que se mantenha a fórmula, deve-se utilizá-la com muita cautela e evitar os equívocos abaixo apontados. (...) a afirmação de que o concessionário assume a prestação por sua conta não pode ser entendida no sentido de que a atividade passaria a ser prestada em nome dele próprio. Assim não o é, na medida em que a concessão não altera o regime jurídico externo da prestação do serviço público. Em face do usuário, o serviço público mantém a identidade e a característica de público, inclusive para o efeito do regime de responsabilidade civil objetiva. Nem se pode interpretar a fórmula verbal por sua conta no sentido de que o concessionário assumiria ampla e ilimitada gestão do serviço, prestando-o como se dele fosse titular. (...) Ou seja e com maior rigor, o concessionário presta o serviço público em nome e por conta do Estado. Algo equivalente deve ser ponderado a propósito de a exploração fazer-se por risco do concessionário. É impossível assemelhar o risco assumido pelo concessionário àquele que toma sobre si um empreendedor comum. Nem poderia ser diferente. (...) A autonomia do empresário para organizar o empreendimento concedido é relativa. Veja-se que, na tradição entre nós vigente, toda a concepção fundamental do empreendimento é desenvolvida pelo Estado, sem margem de autonomia significativa ao particular. Não se pode imaginar fixação da remuneração segundo os mecanismos puramente de mercado. Para culminar, o insucesso do empreendimento acarreta a suspensão do fornecimento de utilidades essenciais e indispensáveis, o que não se compatibiliza com os princípios fundamentais do serviço público. Logo, não se pode imaginar que a sorte do empresário seja indiferente ao poder concedente. Os riscos do concessionário são (e têm de ser) limitados, o que significa a existência de uma margem insuprimível de intervenção estatal para conformar não apenas o serviço mas também prevenir e limitar a probabilidade de insucesso”*. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. p. 332 e 333.

*se excluem, desde logo, certas atividades que só o Estado pode desempenhar – atividades típicas, como as que se situam dentro dos limites de suas atribuições originárias.*²¹

Do mencionado conceito é possível extrair determinadas características dessa espécie de contrato administrativo: i) a Administração Pública delega a um particular ou a um ente da própria Administração o dever que possui de prestar um serviço público e/ou execução de obra pública essenciais para a manutenção da dignidade humana; ii) o concessionário executará em seu nome e por sua conta e risco o serviço; iii) sua remuneração se dará normalmente por meio de tarifas pagas pelos próprios usuários; iv) as condições para conceder o serviço, obra ou uso do bem público serão fixadas exclusivamente pelo Poder Público, resta para o investidor particular a garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, e v) o poder concedente apenas transfere ao concessionário a execução do serviço, porém, continua titular do mesmo e realiza fiscalização do que foi delegado.

Alguns comentários à respeito dessas características específicas do contrato de concessão merecem ser feitos:

i) Por meio da concessão o Estado pode realizar a execução de um serviço ou obra pública sem depender de seus recursos exclusivamente. Assim, é possível que a Administração atenda as necessidades essenciais, inerentes ao princípio da dignidade humana²² atribuindo sua prestação a um particular que obtenha, mediante licitação, a outorga da concessão.

ii) Não é possível que o parceiro público assuma qualquer tipo de risco. Em contra-partida, resta ao particular a garantia oferecida pela cláusula que estabelece o equilíbrio econômico-financeiro. A existência de tal cláusula não significa que o

²¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *As concessões, permissões e autorizações de serviço público*. p. 408.

²² O professor Marçal ressalta várias vezes no decorrer de seu livro *Teoria geral das concessões de serviço público* que a concessão liga-se primeiramente à temática do serviço público. “*Isso significa o compromisso de atendimento a necessidades essenciais, diretamente relacionadas com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que conduz usualmente a participação estatal*”. Porém, não é apenas interesse do poder concedente realizar a concessão para atingir a dignidade humana, pois “*para o concessionário, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço*”. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. p. 691

particular possui uma proteção total contra o insucesso econômico ou diminuição em seus lucros.

Ou seja, o concessionário assume os riscos e perigos como em qualquer empreendimento comercial ou industrial. Pode, portanto, o particular ser economicamente bem ou mal sucedido.

Justamente por esse motivo é que se faz necessário realizar a diferenciação dos riscos que serão suportados pelo poder concedente daqueles que serão suportados pelo concessionário, conforme será abordado em capítulo posterior.

iii) É essencial, não necessário, que o concessionário se remunere, pelo menos em parte, através da exploração do serviço que lhe foi concedido.

Entretanto, por não ser necessário que toda remuneração provenha das tarifas, pode o Estado subsidiar parte das tarifas para favorecer a sua modicidade, por exemplo. Além disso, outra forma alternativa de remuneração do concessionário é possibilitar, através de previsão no contrato de concessão e no edital de licitação, a exploração de áreas do subsolo ou contíguas a área pública.

iv) Em última análise, o poder concedente ao fixar as condições de funcionamento, organização e modo que será prestado o serviço público, ou seja, fixa as condições que o serviço será oferecido ao usuário. Mas, conforme destaca Caio TÁCITO:

Sempre que o Estado modificar, unilateralmente, os encargos do concessionário (regra da mutabilidade do contrato administrativo), é obrigado a compensar, mediante revisão da tarifa ou sob a forma de contribuição financeira direta, o abalo da parte econômica da concessão.²³

v) Por ser titular “o Estado mantém, sempre e permanentemente, total disponibilidade sobre o serviço concedido. Daí se segue que o concessionário o desempenhará se, quando, como e enquanto conveniente ao interesse público”.²⁴ O

²³ TÁCITO, Caio. *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público*. p. 19.

²⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. p. 689.

art. 175 e 223 da Constituição Federal²⁵ trata das concessões e permissões de serviço público e a título de cumprir o referido artigo foi editada a lei 8.987/95.

É nesse sentido que se pode afirmar que “*o texto constitucional é norte seguro, eis que, se o serviço for estatal, e não monopolizado, poderá ser exercido por meio de concessão*”.²⁶

Por fim, é importante ressaltar que toda a atividade – serviço público – que for repassado ao particular poderá ser retomada pelo Poder Público no momento em que estiverem presentes as alternativas oferecidas pelo art. 35 da lei 8.987/1995.

3.1.2 Permissão de serviços públicos

O instituto da permissão, por sua vez, foi originalmente concebido para ser um ato unilateral, discricionário, através do qual a Administração faculta a alguém a prestação de determinado serviço público emergencial, não constante. Ou seja, o poder concedente faculta ao particular o desempenho de algum serviço público, não há outorga como ocorre na concessão.

Como mencionado no ponto anterior, o art. 175 da Constituição Federal trata das permissões de serviço público ou de serviço público precedido de obra pública.

A redação do inciso I do referido art. é a seguinte: “*I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu **contrato** e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão*”.

Contudo, o conceito de permissão estabelecido pelo inciso IV, do art. 2º da lei 8.987/95 é: “*a delegação, a **título precário**, mediante licitação, da prestação de*

²⁵ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o **princípio da complementaridade** dos sistemas privado, público e estatal. (grifos nossos)

²⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. p. 92.

serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”.

Acrescente-se que o art. 40 da mesma lei determina que “*A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à **revogabilidade** unilateral do contrato pelo poder concedente*”.

Esses três diplomas legais utilizam as seguintes expressões para se referir as características da permissão: contrato, título precário e revogabilidade.

Há uma grande imprecisão terminológica nos termos utilizados pelo legislador. Nesse sentido merece ser destacada a crítica feita pelo professor Romeu BACELLAR:

Em primeiro lugar, é inadmissível e contraditória a proposta de que um contrato administrativo de permissão tenha prazo determinado e ao mesmo tempo seja considerado precário. Se prazo existe é para ser respeitado. Já a precariedade pressupõe outorga, alteração e revogação discricionárias sem a obrigação de indenizar. Acresça-se que contrato não está sujeito à revogação, como pretende a lei, porque a revogabilidade é própria dos atos, desde que discricionários.²⁷

Caso a interpretação fosse feita através da previsão constitucional, teria a permissão natureza contratual, e, desse modo não se sujeitaria a revogação e nem a precariedade.

Porém, a permissão é um instituto desenvolvido para não possuir natureza contratual – é um ato unilateral –, e é precária – pode, portanto ser alterado ou revogado a qualquer momento pela Administração, por motivo de interesse público.

²⁷BACELLAR, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. p. 146. No mesmo sentido Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO ressalta que por ser dada a título precário não envolve, em princípio, qualquer direito do particular contra o poder concedente e, “*mesmo que isso ocorra, é de pequena extensão, pois do contrário se terá a figura jurídica de concessão com a denominação imprópria de permissão*”. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 492. volume I. Opinião diversa é a de Hely Lopes MEIRELLES ao conceituar a permissão condicionada admite que apesar da natureza precária da permissão seja fixado prazo para de duração para o que foi permitido. Assim, caso fosse rompido antes, cabe indenização ao permissionário. Porém, acrescenta Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, ao fixar prazo, aproxima muito a permissão da concessão, quase desaparecendo as diferenças entre esses dois institutos. Muitas vezes a Administração celebra contratos de concessão sob o nome de permissão. “*Isto ocorre porque a precariedade inerente à permissão, com possibilidade de revogação a qualquer momento, sem indenização*”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 281.

Celso Antonio Bandeira de Mello faz importantes apontamentos acerca da utilidade da permissão, ao dizer que por ser precária, a permissão seria normalmente utilizada quando: i) os riscos da precariedade assumidos pelo particular permissionário fossem compensáveis pela rentabilidade do serviço; ii) não fosse necessário alocar grandes capitais para desempenhar determinado serviço iii) “quando pode mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilizado”; iv) quando o serviço não envolver a implantação física de aparelhamento que adere ao solo.²⁸

Conforme destaca Hely Lopes MEIRELLES, é também preferível a utilização da permissão quando:

*a execução de serviços ou atividades transitórias, ou mesmo permanentes, mas que exijam freqüentes modificações para acompanhar a evolução da técnica ou as variações do interesse público, tais como o transporte coletivo, o abastecimento da população e demais atividades cometidas a particulares, mas dependentes de controle estatal.*²⁹

O professor Romeu BACELLAR estabelece como critérios de distinção entre a concessão e a permissão o fato de aquela só se dará entre o poder concedente e pessoas jurídicas ou consórcios, enquanto que esta poderá ocorrer com pessoas jurídicas ou físicas.

Além disso, verifica-se que a lei 8.987/95, art. 2º, IV, não se refere à concorrência como modalidade obrigatória de licitação para contratar na permissão. Já para a concessão, o inciso II desse mesmo artigo, dispõe o contrário.

É pacífica a doutrina ao dizer que, opinião compartilhada por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

a forma pela qual foi disciplinada a permissão (se é que se pode dizer que ela foi disciplinada) pode tornar bastante problemática a utilização do instituto ou, pelo menos, possibilitar abusos, por ensejar o uso de meios outros de licitação, que não a concorrência, sob

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. p. 720.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. p. 405.

*pretexto de precariedade da delegação, em situações em que essa precariedade não se justifique.*³⁰

Essas eram as colocações que julgamos necessárias serem feitas para a caracterização da permissão de serviços públicos. Passamos agora ao estudo das características específicas da autorização de serviços públicos para assim, possibilitar a diferenciação desses importantes institutos de direito administrativo.

3.1.3 Autorização de serviços públicos

A autorização é outra forma tradicional de colaboração entre a Administração Pública e o particular. A previsão constitucional desse instituto está no art. 21, inciso XII³¹, o qual enumera os serviços que a União pode executar mediante autorização.

Na legislação ordinária, a lei 8.987/95 prevê somente as hipóteses de concessão e permissão, enquanto que a lei 9.074/95 cuida, além desses institutos, também das hipóteses de autorização. Exemplos disso são os arts. 5º, III, 13 e 14.

Pode o Poder Público autorizar: i) o exercício de determinada atividade material; ii) o uso privativo de bem público; e, iii) a delegação ao particular de serviço público.

As principais características desse instituto são: discricionariedade do ato administrativo; unilateralidade e precariedade.

Decorre daí o conceito de autorização: “*é o ato administrativo discricionário, unilateral, pelo qual se faculta, a título precário, o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedada*”.³²

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. p. 282.

³¹ Art. 21. Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

³² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. p. 493, v. 1.

Dito de outra forma, a autorização possibilita ao particular o exercício de atividade ou prática de ato que são vedados, por razões de interesse público. Porém, pode a Administração Pública, com base no poder de polícia do Estado, afastar essa vedação, de acordo com o caso concreto, quando entender que não há perigo para a coletividade a prática do ato.

Exemplos: art. 21, VI, “*autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de materiais bélicos*”, e art. 176, § 1º, “*a pesquisa e a lavra de recursos minerais (...) somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União (...)*”, ambos da Constituição Federal.

Por ser de natureza precária, a autorização está condicionada à compatibilidade com o interesse público que se tem em vista proteger. No momento em que essa compatibilidade deixar de existir pode a autorização ser revogada, salvo disposição de lei em contrário.

Na autorização, ao contrário do que ocorre com a concessão e com a permissão, não há outorga de prerrogativas públicas ao autorizado e, conforme destaca Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

*Isso ocorre porque a autorização de serviço público é dada no interesse exclusivo do particular que a obtém; ele não exerce uma atividade que vá ser usufruída por terceiros, mas apenas por ele mesmo.*³³

De acordo com todo o exposto verifica-se que graças a discricionariedade atribuída ao ato permissionário deve-se concluir “*pela fragilidade do instituto, reconhecendo ao Poder Público a revogação da outorga uma vez caracterizados critérios de conveniência e oportunidade que a tanto aconselhem*”.³⁴

3.2 AS NOVAS FORMAS DE COLABORAÇÃO

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. p. 124.

³⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *As concessões, permissões e autorizações de serviço público*. p. 426.

3.2.1 O “terceiro setor”

A parceria entre o terceiro setor e o Estado é, atualmente, de fundamental importância no contexto da reforma do aparelho do Estado, visto que as organizações que compõem esse setor acumularam um capital de recursos, experiências e conhecimentos sobre formas inovadoras de enfrentamento das questões sociais que as qualificam como interlocutoras e parceiras das políticas governamentais.

As mudanças que ocorrem desde a última década do século XX no ordenamento jurídico brasileiro³⁵ implicaram na opção do Estado brasileiro em ampliar as opções de relações integrativas com pessoas jurídicas de direito privado. Em outras palavras a Administração Pública busca novas maneiras de atender ao interesse público em áreas que a competência para o desenvolvimento é pública, mas não exclusiva.

No Brasil uma das origens dessa integração público-privada está nas paraestatais.³⁶ Cabe ao Estado instituí-las (dependem do Estado para sua criação) e estabelecer uma forma de financiamento para suas atividades. Exemplos disso são:

³⁵ As mudanças a que se refere o texto são "oriundas de alterações 'verticais' (as emendas constitucionais que modificaram o ideário da legislação de cima para baixo), 'horizontais' (a legislação ordinária, as medidas provisórias e mesmo os decretos, que transformaram o interior dos diplomas administrativos) e 'transversais' (oriundas da promulgação de leis que interagem com o Direito Administrativo, como é o caso do novo Código Civil)". p. 259 *Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus "vínculos contratuais" com o Estado*. BOCKMANN MOREIRA, Egon. p. 259-277.

³⁶ O termo paraestatal tem diferentes significados no direito brasileiro. José CRETELLA JÚNIOR diz que as “paraestatais são as autarquias que conservam fortes laços de dependência burocrática, possuindo, em regra, cargos criados e providos como os das demais repartições do Estado, âmbito de ação coincidente com o do território do Estado e participando amplamente do *ius imperii*”. CRETELLA JÚNIOR, José. 1980, p. 140 e 141. Hely Lopes Meirelles ao dar significado a expressão diz que “entidades paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei específica, com patrimônio público ou misto, para realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado”. MEIRELLES, Hely Lopes. p. 362. Por fim, Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO ao se referir a expressão quer atingir as pessoas de direito privado que colaborem com a Administração ao desempenhar atividades não lucrativas e a qual o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço destas o seu poder de império. Exemplo disso são os tributos. Por sua vez, Marçal JUSTEN FILHO define “entidade paraestatal ou serviço social autônomo é uma pessoa jurídica de direito privado criada por lei para, atuando sem submissão à Administração Pública, promover o atendimento de necessidades assistenciais e educacionais de certas atividades ou categorias profissionais, que arcam com sua manutenção mediante contribuições compulsórias”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. p. 128.

SESI, SENAC, SESC, SENAI, SEBRAE, entre outras, são entidades não estatais que exercem atividade administrativa.

O plano diretor de reforma do aparelho do Estado previu a necessidade de

*transferir para o setor público não-estatal esses serviços, através de um programa de 'publicização', transformando as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do Poder Legislativo para celebrar contrato de gestão com o Poder Executivo e assim ter direito a dotação orçamentária.*³⁷

Para concretizar os objetivos traçados pelo plano diretor e aperfeiçoar o modelo de parcerias entre a iniciativa privada e a Administração Pública foram criadas as leis nº. 9.637/1998 e nº. 9.790/1999, que disciplinaram respectivamente as organizações sociais (OS) e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs).

O terceiro setor³⁸ é gerado pela iniciativa privada para exercitar a solidariedade (visam a realização de interesses coletivos e a proteção de valores supra-individuais) em favor de terceiros, o Estado brasileiro apenas incentiva a criação, ao estabelecer benefícios, por exemplo.

Egon BOCKMANN MOREIRA conceitua as entidades do terceiro setor da seguinte maneira:

*peçoas jurídicas de Direito Privado, submetidas espontaneamente ao influxo (ao menos parcial) de regras de Direito Público, que desenvolvem atividades de interesse social (não exclusivas do Estado), com o apoio da Administração.*³⁹

³⁷ BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, 1995.

³⁸ O setor público, entendido como primeiro setor, é representado pelo Estado. O setor privado ou segundo setor é representado pelo mercado. Porém, como José Eduardo Sabo PAES coloca, a convivência entre esses dois setores jamais foi pacífica e qualquer mudança na ordem sociopolítica pode provocar a sobreposição de um sobre o outro. Foi isso que aconteceu no Estado liberal, momento no qual houve predominância do mercado, em contraposição ao Estado social, no qual predomina o Estado. “*Decerto por força desse dualismo indesejavelmente maniqueísta, em expressão de Celso Barroso Leite, ao lado dos dois setores clássicos surgiu e começa a se firmar outro, cada vez mais conhecido como terceiro setor*”. PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. p. 68.

³⁹ BOCKMANN MOREIRA, Egon. *Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus "vínculos contratuais" com o Estado*. p. 262.

Este setor é intermediário entre o público e o privado, e por isso compartilha de traços de cada um deles. Por isso BOCKMANN MOREIRA diz que é um setor híbrido da economia, em que as pessoas privadas, constituídas voluntariamente e que auxiliam o Estado na persecução de atividades públicas e não-lucrativas.

A partir dos anos 90, um dos objetivos da Reforma Administrativa instalada no Brasil foi justamente o de criar meios jurídicos para estimular a transferência de determinadas atividades estatais a entidades particulares, que atenderiam a interesses públicos desvinculados do assim denominado 'núcleo estratégico', configurado por funções essenciais à definição e execução das políticas públicas.⁴⁰

Esses particulares ocupam o terceiro setor que é um espaço privado destinado a cumprir tarefas de índole e finalidade pública, com fomento estatal.

Com isso o Estado transfere a execução de determinados encargos sociais ao particular e este recebe a outorga de benefícios.

Cabe agora estabelecer as características próprias das organizações sociais (OS) e das organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPS).

3.2.1.1 As Organizações Sociais – OS

As organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços público de caráter social não exclusivos do Estado⁴¹, com incentivo do Poder Público (ou seja, são submetidas a um regime especial), que devem se habilitar perante a Administração Pública para atuar nas áreas de educação, meio ambiente, cultura e saúde.

⁴⁰ BOCKMANN MOREIRA, Egon. *Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus "vínculos contratuais" com o Estado*. p. 264.

⁴¹ E nesse sentido diz Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO “os serviços trespassáveis a organizações sociais são serviços públicos insuscetíveis de serem dados em concessão ou permissão”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. p. 232.

Só recebe tal título aquelas pessoas jurídicas que se submeterem a determinadas exigências feitas pelo Poder Público, ou seja, a qualidade de organização social é adquirida pelo particular, através de título jurídico outorgado e cancelado pela Administração no momento em que julgar conveniente ou oportuno.

As entidades que venham a serem qualificadas como OS deverão assinar um contrato de gestão com o poder público. Através disso poderá ser destinado pelo Estado verba orçamentária, bens necessários ao cumprimento do contrato e servidores públicos poderão servir a OS.

Ademais as OS não podem prestar serviços ou produzir bens com objetivos mercantis, mas gozam de benefícios de fomento – especialmente a transferência de recursos, bens e servidores públicos.⁴²

Além disso se verifica que nas OS a responsabilidade pelos atos praticados pela sociedade é objetiva, de modo que o Estado responde subsidiariamente.

3.2.1.2 As organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs

As OSCIPs, por sua vez, são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que possuem finalidade explícita e socialmente útil, que para obter tal qualificação⁴³ devem habilitar-se perante o Ministério da Justiça e que celebram termo de parceria⁴⁴ com a Administração.

As principais diferenças entre as OSCIPs e as OS são: i) o fato de que as OSCIPs estão habilitadas, de acordo com a lei 9.790, a firmar termo de parceria com a Administração; ii) vínculo estabelecido entre as OSCIPs e o Poder Público, ao

⁴² Interessante notar que teoricamente o servidor que é cedido para a iniciativa privada perde o *status* de servidor público.

⁴³ Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO os requisitos para a obtenção da qualificação como OSCIP é mais rígido do que para a obtenção de OS. Isto porque deve já possuir existência legal anterior a qualificação. Além disso, o art. 2º da lei 9.790/1999 estabelece um rol das entidades que não podem ser qualificadas como OSCIP'S. A lei exige também que a atividade exercida seja uma daquelas que estão relacionadas em seu art. 3º.

⁴⁴ O instituto do termo de parceria é uma inovação inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela lei 9.790/1999, que permite a associação entre as entidades qualificadas como OSCIPs e a Administração Pública para a realização do interesse público, do interesse comum, sem a necessidade da apresentação de muitos documentos, como os exigidos pelo convênio, por exemplo.

contrário daquilo que ocorre com as OS, não são condicionantes para a qualificação da entidade (assim, as OSCIPs podem atuar sem qualquer vínculo com o Poder Público, ao contrário do que acontece com às OS); iii) o âmbito de atuação (objeto) é muito mais amplo, visto que as organizações sociais só podem ter como objeto atividades de ensino, pesquisa, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde; iv) ausência de transferência de servidores públicos; e, v) pode ser estabelecida remuneração aos dirigentes das OSCIPs, ao contrário do que ocorre com as OS.

Lúcia Valle FIGUEIREDO ao analisar as OSCIPs acrescenta outras distinções em relação as OS, pois:

*sua qualificação como entidades destinadas à parceria com o Poder Público não é discricionária. É aberta a todas as entidades que não estiverem impedidas, nos termos do art. 2º da Lei 9.790/1999; devem necessariamente respeitar o princípio da universalização dos serviços e ser vocacionadas às atividades descritas no art. 3º – como, por exemplo, promoção de assistência social, defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável etc.*⁴⁵

3.2.2 Os contratos de gestão

Na tentativa de modernizar a Administração Pública foram criados os contratos de gestão, os quais são meios de realizar ajustes entre entidades estatais e não estatais.

De modo geral, pretende o contrato de gestão ser um modo de realizar um ajuste entre a Administração Pública direta com: a Administração Pública indireta; entidades privadas que atuem paralelamente ao Estado e que podem ser enquadradas como paraestatais; seus próprios dirigentes; e, por fim, os próprios órgãos da Administração.

⁴⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. p. 160. Nesse contexto a autora diz que se estas entidades fossem bem implementadas, seriam um excelente mecanismo para auxiliar as muitas atividades necessárias que estão cometidas ao Estado pela Constituição. Porém, ressalva a autora, na prática o que se tem verificado é a criação desses entes para o afastamento das competências obrigatórias atribuídas a Administração.

Em decorrência dessa grande variedade de contratos de gestão que podem ser celebrados pela Administração, a matéria está prevista no art. 37 da Constituição Federal, na lei nº. 9.637/1998 e nos decretos de nº. 2.487 e 2.488, ambos de 1998.

O dispositivo da Constituição Federal que trata dos contratos de gestão é o § 8º do art. 37 adicionado pela Emenda Constitucional 19/98. Com essa norma constitucional tornou-se possível a celebração dos contratos de gestão no âmbito da própria Administração direta. Portanto, podem os dirigentes de órgãos integrantes de uma mesma pessoa jurídica celebrarem contratos de gestão entre si.

A lei nº. 9.637/1998 (lei das organizações sociais) prevê expressamente o contrato de gestão como meio de se estabelecer um vínculo jurídico entre uma organização social e a Administração.

Vale dizer, os contratos de gestão existentes na lei das organizações sociais são diferentes daqueles previstos pela Emenda 19/1998.

Os contratos de gestão possuem ainda disposição legal nos decretos nº 2.487 e 2.488, ambos de 1998, os quais têm em vista os contratos de gestão a serem travados com as autarquias e fundações.

Genericamente, o fim último dos contratos de gestão é a eficiência, conforme o disposto no art. 37, caput, da Constituição.

Apesar de alvo de inúmeras críticas pelos doutrinadores, conforme se verá abaixo, caso, siga-se a sugestão feita por Marçal JUSTEN FILHO, de “*tentar reconstruir a figura*”⁴⁶, podem ser apontadas algumas virtudes desses contratos.⁴⁷

É importante individualizar o tratamento legislativo de cada uma das hipóteses previstas na lei para a celebração de contrato de gestão.

Por isso, analisaremos separadamente cada um dos quatro modelos de contratos de gestão que existem no ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. p. 474.

⁴⁷ Uma das grandes virtudes da celebração de tais contratos é o fato de que há uma ampliação da transparência administrativa, pois será estabelecido de modo formal um compromisso do Estado. Através disso será possível que a sociedade conheça os objetivos, metas e estratégias de modo a conseguir controlar a atuação dos ocupantes de cargos públicos para verificar se os objetivos foram satisfatoriamente concluídos.

3.2.2.1 Contratos de gestão entre o Estado e entidades da Administração indireta

Os decretos 2.487 e 2.488, ambos de 1998, possuem como objetivo sujeitar as entidades da Administração indireta ao cumprimento de metas definidas em disposições contratuais e, em troca, liberá-las de certas formas de controle, o que lhes proporciona maior autonomia.

Esses dispositivos prevêem a possibilidade de autarquias e fundações receberem a qualificação de agências executivas desde que celebrem contrato de gestão com o respectivo Ministério Supervisor e tenham plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional voltado para a melhoria da qualidade de gestão e para redução de custos.

Portanto, esse modelo de contrato de gestão busca outorgar maior autonomia gerencial, administrativa e financeira ao contratado e assegurar a regularidade das transferências financeiras previstas em vista da obrigação, que este assume, de cumprir metas expressivas de uma maior eficiência.

Porém, como ressalta Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, em primeiro lugar, que são arremedos de contratos, sem nenhum valor jurídico em que a Administração Central concede

à autarquia ou fundação maior liberdade de ação, isto é, mais autonomia, com a dispensa de determinados controles, e assume o compromisso de repasse regular de recursos em contrapartida do cumprimento por estas de determinado programa de atuação, com metas definidas e critérios precisos de avaliá-las, sob pena de sanções a serem aplicadas ao dirigente da autarquia ou fundação que firmou o pseudocontrato se, injustificadamente, o descumprir.⁴⁸

Ou seja, revela-se, portanto, o termo “contrato” inapropriado para as situações em que haverá celebração dessa espécie de compromisso assumido por dirigentes de órgãos da Administração.

Isso porque entre as características próprias do contrato está o acordo de vontades entre pessoas dotadas de capacidade. Assim, para ser considerado como contrato é necessário que sejam partes distintas.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. p. 218.

Os órgãos da Administração, por sua vez, não possuem personalidade jurídica (atuam em nome da pessoa jurídica a qual estão integrados) e, deste modo, os signatários do ajuste são representantes da mesma pessoa jurídica.

Outra característica dos contratos em geral é a existência de interesses opostos e contraditórios. Na análise dessa modalidade de contrato, deve-se lembrar que em momento nenhum é possível conceber que os interesses de um órgão da Administração sejam diferentes daqueles da própria Administração central, ou seja, diferentes do interesse público.

É pela falta dessas características essenciais dos contratos em geral que a natureza jurídica dos contratos de gestão celebrados entre a Administração e seus órgãos se assemelha a um convênio.⁴⁹

Devido à maioria acionária do Poder Público as entidades da Administração indireta estão sujeitas a supervisão. Significa que a Administração possui muitos poderes, dentre os quais a possibilidade de nomear seus dirigentes máximo. Ou seja, não há necessidade de a Administração direta utilizar dessa forma de contratar.

3.2.2.2 Contrato de gestão firmado entre a Administração Pública e seus administradores

Dispõe o art. 37, § 8º Constituição Federal:

A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal.

⁴⁹ Marçal JUSTEN FILHO ressalva, conforme já mencionado, que “no caso concreto, a expressão ‘contrato de gestão’ pode comportar inúmeras figuras jurídicas, de mais diversa natureza. Caberá examinar a situação concreta para atingir a conclusão. O regime jurídico aplicável dependerá da identificação do substrato da relação jurídica pactuada”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. p. 134.

Em decorrência desse dispositivo passou a ser possível que os contratos de gestão sejam celebrados no âmbito da Administração direta, entre os dirigentes de órgãos que integram a mesma pessoa jurídica.

Não é pretensão da emenda constitucional permitir que um contrato amplie a autonomia gerencial, administrativa e financeira das entidades da Administração indireta, a qual é fixada por lei. Por isso, caso fosse esse o objetivo da norma, essa seria inválida.⁵⁰

Conseqüentemente outra há de ser a interpretação dada ao art. 37, § 8º. Tal dispositivo ao mencionar que a lei irá dispor sobre o prazo de duração desses contratos, controles, avaliação, responsabilidades e remuneração de pessoal, pretende que a referida lei mencione quais os controles que podem ser suspensos no caso de serem travados os contratos.

Disso resulta uma ampliação da autonomia das entidades que firmarem tais contratos, pois ao invés de vigorar o regime normalmente aplicável a tais entidades, este será substituído por outro que deverá ser explicitado pela lei.

3.2.2.2.1 Contratos de gestão entre órgãos da Administração

Além disso, pretende o art. 37, § 8º, introduzir a possibilidade de realização de contratos entre órgãos da Administração direta para ampliar-lhes a autonomia. Devem ser feitas algumas ressalvas sobre a existência da possibilidade de tais contratos serem firmados:

⁵⁰ “É que, obviamente, a autonomia gerencial, administrativa e financeira das entidades da Administração indireta jamais poderia ser ampliada por 'contrato', como diz o perceptivo em questão. Com efeito, se este fosse o sentido a ser extraído da regra introduzida pela emenda constitucional, seu comando seria inválido. Deveras, a autonomia das sobreditas pessoas advém de lei. Se o contrato pudesse alterá-la, o contrato efetuado entre agentes do Executivo estaria legislando, isto é, regulando matéria disciplinada em lei, de maneira diversa do nela estatuído. Haveria, pois invasão de poderes do Legislativo pelo Executivo; portanto, ofensa à cláusula pétrea da 'separação de Poderes’”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. p. 224.

a) órgãos não têm autonomia⁵¹, de modo que não se pode ampliar;

b) contratos entre órgãos são juridicamente inexecutíveis, pois estes são apenas repartições internas das competências do próprio Estado. Os órgãos não possuem personalidade jurídica para tornar possível a contratação. Órgãos não tem vontade e ação, visto que são realidades abstratas.

Por isso, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO destaca que:

*tal dispositivo constitucional – no que concerne a contrato entre órgãos – haverá de ser considerado como não escrito e tido como um momento de supina infelicidade em nossa história jurídica, pela vergonha que atrai sobre nossa cultura, pois não há acrobacia exegética que permita salvá-lo e lhe atribuir um sentido compatível com o que está na própria essência do Direito e das relações jurídicas.*⁵²

Por isto, certamente não será possível, por meio de contrato de gestão ampliar a autonomia dos órgãos.

De outra forma, é inconcebível que o ente público estabeleça contrato de gestão entre seus órgãos para ampliar-lhes sua autonomia gerencial, que é decorrente de Lei.

3.2.2.2.2 Contratos de gestão entre o Estado e as organizações sociais

⁵¹ De acordo com a teoria do órgão toda pessoa jurídica é criada pela vontade humana juntamente com seus órgãos (instrumentos necessários para atuar no mundo fático e jurídico). O ato constitutivo da pessoa jurídica trará designados os órgãos e a forma pela qual seus titulares irão manifestar a vontade do ente. Os órgãos possuem parcelas de atribuições (funções) da atividade total prestada pela pessoa jurídica.

Nesse sentido, Hely Lopes MEIRELLES diz que “Os órgãos integram a estrutura do Estado e das demais pessoas jurídicas como partes desses corpos vivos, dotados de vontade e capazes de exercer direitos e contrair obrigações para a consecução de seus fins institucionais. Por isso mesmo, os órgãos não têm personalidade jurídica nem vontade própria, que são atributos do corpo e não das partes, mas na área de suas atribuições e nos limites de sua competência funcional expressam a vontade da entidade a que pertencem e a vinculam por seus atos, manifestados através de seus agentes (pessoas físicas). Como partes das entidades que integram, os órgãos são meros instrumentos de ação dessa pessoa jurídica, preordenados ao desempenho de suas funções que lhes forem atribuídas pelas normas de sua constituição e funcionamento” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p. 59.

⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. p. 226.

Nos contratos de gestão entre o Estado e as organizações sociais não se discute a ampliação de competências de entidades estatais, pois são vínculos jurídicos travados com pessoa de direito privado e alheia ao aparelho estatal.

Por meio dessa modalidade de contrato de gestão o legislador objetivou transferir para uma organização social atividades anteriormente prestadas como serviço público e que passam a ser qualificadas como atividades privadas de interesse público.

Exatamente aí está a função do contrato de gestão firmado entre o Estado e as OS, pois aquele fomenta de diferentes formas os serviços por meio da celebração de um contrato e em troca fixa metas para cumprimento pela OS.

As formas de auxílio podem ser a transferência de recursos orçamentários e de servidores públicos ou até mesmo a cessão de bens públicos.

Neste caso o contrato de gestão tem objetivo de reduzir, restringir a autonomia. Isto porque, embora privadas, as organizações deverão se submeter as exigências estabelecidas contratualmente em troca de diferentes benefícios.

4 RELATO ACERCA DAS ORIGENS DAS PPP'S

Diogo Rosenthal COUTINHO lembra que apesar da denominação parecida – em geral, a denominação desse novo modelo de colaboração entre a Administração e o investidor privado é parceria público-privada – as parcerias público-privadas adquiriram particularidades, feições muito distintas, em cada um dos lugares nos quais foram implantadas. Disto decorre a necessidade de realizar um estudo casuístico de cada experiência, pois não parece fazer sentido buscar qualquer espécie de teoria geral.

Apesar de não existir essa teoria geral para o estudo das ppp's, é de grande importância a realização do estudo das experiências desenvolvidas a fim de extrair os ensinamentos daquelas que são bem sucedidas.

De modo geral as parcerias público-privadas têm sido utilizadas principalmente para a construção de ferrovias, metrô, aeroportos, rodovias, portos, hospitais, escolas, presídios, e para a geração de energia elétrica, telecomunicações, saneamento básico e tratamento de água.

Atualmente um grande número de países têm desenvolvido programas de ppp's, dentre eles vale ressaltar a experiência realizada na Inglaterra – por ser a pioneira – e a de Portugal – pela semelhança do ordenamento jurídico e pelos erros cometidos, para que os mesmos não se repitam aqui no Brasil.

4.1 A EXPERIÊNCIA INGLESA

O modelo de contratos de parceria público-privada originou-se no Reino Unido, no início na década de 90, através dos chamados *Project Finance Initiative (PFI)*.⁵³

⁵³ Como bem ressaltam Ademir Montes FERREIRA e Jonábio BARBOSA DOS SANTOS, o termo *PFI* utilizado na Inglaterra possui significado muito mais amplo do que a tradução (ppp) utilizada no Brasil. Isto porque ppp possui um conceito similar que denominamos “parcerias da Administração”. Este não é um conceito definido legalmente, de modo que esta expressão abrange muitos institutos, como por exemplo as concessões,

Três razões principais⁵⁴ motivaram o crescimento das ppp's: a) a busca de eficiência. Tempo e custos normalmente superam as previsões iniciais quando o setor público faz investimentos diretos; b) as melhoras proporcionadas na gestão de recursos, cujas decisões são sempre de longo prazo; e, c) a gestão do risco. Se o projeto atrasa ou não atende às metas pré-estabelecidas, os custos são do parceiro privado.

Em outras palavras, o que motivou o avanço dos contratos de *PFI* foi a crescente demanda pela prestação de serviços públicos de melhor qualidade e o fim da crença de que o Estado possui recursos inesgotáveis.

Houve avanço na legislação do país, resultante da alteração das regras concernentes à contratação com poder público abriu novas opções.⁵⁵ A flexibilidade tornou-se marca das *PFI*.

O contrato que transfere a obra ou serviço público para a iniciativa privada pode ser alterado de acordo com os interesses em jogo. Assim, ao longo da prática, os contratos foram padronizados e classificados quanto ao grau de risco e responsabilidade alocados com os parceiros. Quatro modalidades básicas são adotadas:

a) *DBFT* (*design, build, finance and transfer*), por meio do qual o ente privado fica encarregado de projetar, construir, financiar e, por fim, transferir ao ente público a planta construída.⁵⁶

permissões, privatizações, franquias, terceirizações, contratos de gestão, termos de parceria, entre outros. Ao contrário a sigla *PFI* – programa Britânico de parceria público-privada – significa a iniciativa de financiamento pelo setor privado, a qual atualmente representa 14% aproximadamente dos investimentos feitos pelo Estado.

⁵⁴ “*Esse programa tem um triplo objetivo: aumentar a capacidade de financiamento do setor público, por meio de pagamentos vinculados ao investimento ao longo da duração da vigência do contrato; elevar a qualidade dos serviços públicos, impondo ao setor privado critérios de qualidade cujo respeito condicionará o montante dos pagamentos; diminuir a despesa pública, beneficiando-se da competência e da capacidade de inovação do setor privado e das economias realizadas pela adequação das infra-estruturas ao serviço prestado*”. COSSALTER, Phillipe. A “*Private Finance Initiative*”. p. 128.

⁵⁵ “*Certos obstáculos, de ordem constitucional, podiam entrar o desenvolvimento da PFI. Três leis vieram estabilizar a situação, permitindo a contratualização de todas as atividades públicas, excetuadas certas funções de soberania estatal, como o poder legislativo derivado e a justiça. Disso resulta uma excepcional estabilidade dos contratos. Essas leis têm uma dupla função: permitir, sobre o plano constitucional, a delegação de todas as funções públicas; respaldar os investidores quanto à legalidade dos contratos de PFI e os colocar ao abrigo de uma anulação jurisdicional*”. COSSALTER, Phillipe. A “*Private Finance Initiative*”. p. 150.

⁵⁶ Essa é a modalidade utilizada na construção do Channel Tunnel em 1996, ao custo de 4 bilhões de libras esterlinas.

b) *BOT (build, operate and transfer)*, o ente privado constrói a planta e a transfere para o ente público, que, por sua vez, arrenda ao parceiro privado, através de um contrato de longo prazo apto à recuperação do investimento e obtenção de razoável lucro, que ficará encarregado de explorá-la;

c) *BOO (build, operate and own)*, o ente privado constrói, opera e, ao final, fica definitivamente com a planta, o que implica em redução de custos para o parceiro público;

d) *DBFO (design, build, finance and operate)* o ente privado projeta, constrói, financia e opera a planta, sendo esta a modalidade mais comum de PFI na Inglaterra.

Até junho de 2002, já tinham sido realizados mais de 530 contratos de ppp, representando cerca de 24 bilhões de libras esterlinas. Mais de um terço destes contratos foi realizado pelo Ministério dos Transportes, seguido pelos Ministérios da Saúde, Defesa e Educação. O governo gastou cerca de 17% menos em relação aos custos que teria caso utilizasse os métodos convencionais de investimento.

Porém, uma série de problemas em relação aos projetos das *PFI* são apontados.

De um lado dizem que à necessidade de longo prazo para o retorno do investimento privado nessas modalidades de contrato (normalmente 30 anos), cria soluções para os problemas do presente, mas sérios ônus para os próximos governos e gerações. A resposta a esta crítica é a seguinte: a decisão tomada nos grandes investimentos nacionais também são soluções de hoje para problemas que superam, em muito, o tempo de um mandato. Além do mais, o bônus também será aproveitado pelos governos futuros.

Outro problema é o excesso de lucro almejado pelas companhias privadas. Tome-se como exemplo o caso da prisão de Fazackerly, em que os custos de sua construção serão recuperados em dois anos, e os outros vinte e três anos de vigência do contrato serão para exclusiva obtenção de lucro.

Outro ponto que gera controvérsias é em relação à situação dos funcionários públicos, nos contratos em que se transfere para administração do parceiro privado uma estrutura já pronta. Na Inglaterra, a despeito da acusação de privatização dos cargos públicos, a experiência tem demonstrado que as pessoas estão mais

satisfeitas com os contratos realizados com o novo administrador privado. Há uma lei que regula a transferência desses funcionários para o novo administrador, e essa é uma providência deveras oportuna, que escapou, por enquanto, ao modelo brasileiro de ppp. Outrossim, sempre há a possibilidade de convidar os representantes de sindicatos a participar das negociações do contrato de ppp.⁵⁷

A avaliação e auditoria dos contratos de PFI é realizada pelo National Audit Office, instituição independente do Governo ligada ao Parlamento (o equivalente ao TCU no Brasil).⁵⁸

4.2 A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

Para discorrer brevemente sobre a experiência portuguesa sobre o regime das parcerias público-privadas, devemos analisar o dispositivo legal que instaurou o regime de ppp's em Portugal.

Esse novo modo de contratar foi inaugurado pelo decreto-lei 86/2003, o qual trás, em seu art. 2º, o conceito das ppp's:

⁵⁷ Exemplo prático desses problemas mencionados: a cidade inglesa de Carlyle possuía três hospitais descentralizados: o municipal geral, a maternidade e a enfermaria. Há anos os políticos locais prometiam a construção de um novo hospital, centralizado e moderno. As promessas, contudo, não se tornaram realidade pela constante falta de recursos. Na década de 90, estes mesmos políticos decidiram que a cidade seria pioneira na nova onda das PPP/PFI, e fizeram um projeto para a construção do novo hospital. Foi o primeiro hospital construído sobre o regime das PPPs. O custo anual do projeto é de 12,3 milhões de libras esterlinas. Ele foi realizado na modalidade DBFO, ou seja, o parceiro privado financiou, projetou, construiu a planta e agora gerencia os serviços prestados pelo hospital. Em 2000, o novo hospital foi finalmente inaugurado, com nova estrutura e equipamentos modernos. A inauguração do hospital revelou uma série de problemas de projeto, que serviram de combustível para os críticos, que desde o início já reclamavam da redução de número de leitos na cidade. Entre os problemas da construção, vale citar: superaquecimento do átrio, vários canos de esgoto quebrados, entrada para deficientes físicos excessivamente distante do estacionamento e falhas no sistema elétrico. Os críticos categoricamente afirmam que essas falhas resultam da redução de custos empreendida pelo parceiro privado, objetivando a maximização dos seus lucros. Em contrapartida, os políticos locais afirmam que todo novo hospital tem problemas. Porém, as maiores reclamações vêm dos funcionários públicos que passaram à iniciativa privada. O sindicato local diz que eles estão desmoralizados. Inclusive, os funcionários já concordaram em realizar uma greve.

⁵⁸ Uma sondagem do National Audit Office realizada em 2001 com autoridades responsáveis pelos serviços públicos constatou que 6% consideravam excelente a relação preço-qualidade dos serviços obtidos através das parcerias, 46% consideravam-na boa e 29%, satisfatória. Ou seja, 81% estavam satisfeitos com a relação preço-qualidade obtida.

Art.2º, do decreto-lei 86/2003 de Portugal: o contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.⁵⁹

Tal lei permitiu a expansão das parcerias público-privadas em Portugal, pois transformou algumas das relações entre o Estado e o particular principalmente no domínio da atuação econômica.

O referido decreto lei 86/2003 engloba diversas formas de associação/colaboração entre a Administração Pública e o investidor privado, de modo que assegure de um lado a qualidade do bem ou serviço prestado ao administrado e, por outro lado a rentabilidade do investidor privado.

Por meio dessa evolução legislativa Portugal procurou encontrar formas de atuação que diminuam a atuação unilateral do Estado nos investimentos necessários para o progresso do país. Isso representa uma tentativa de se estabelecer consensos entre a Administração Pública e o particular no momento de realizar os investimentos.

Com isso foram obtidos efeitos muito esperados como o controle das despesas públicas e uma nova dimensão para o equilíbrio entre os setores público e privado.

Como se verá adiante as modalidades instituídas no modelo português são distintas do brasileiro. Naquele país utilizam-se dois modelos: o *project finance* e o *corporate finance*.

O *project finance* é uma estrutura de financiamento baseada na atratividade de determinado projeto. Com isso, o que é levado em consideração é se o projeto irá ter a capacidade de garantir o pagamento e a remuneração do capital aplicado pelo investidor particular.⁶⁰

⁵⁹ Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril de 2006, artigo 2.º, n.º 1. <http://www.tribunaiscplp.gov.br/IV%20AG%20-%20jul2006/Apresentacao%20dos%20Temas%20Tecnicos/Tema%20II/Portugal/TemaII-TCPortugal%5B1%5D.doc>. Acesso em 21 de julho de 2008.

⁶⁰ Para realizar a construção da ponte Vasco da Gama, pela empresa Lusoponte foi utilizada essa modalidade. “Assim, o financiamento da concessão é de responsabilidade integral da Lusoponte, que, 'com vista à obtenção

Já o *corporate finance* realiza uma análise de crédito da entidade privada que pretende assinar o contrato de PPP's.

Em Portugal os riscos serão do particular, que irá operar com a garantia da existência da cláusula de equilíbrio econômico-financeiro, no caso de ocorrer algum imprevisto.⁶¹

Não há como no modelo brasileiro uma divisão do risco entre os parceiros público-privado. A garantia para o particular é somente o equilíbrio econômico-financeiro no caso de ocorrência de um fato extraordinário aplicar-se-á a teoria da imprevisão ou a teoria do fato do príncipe.

Por outro lado, a experiência de Portugal constitui um exemplo interessante dos erros em que se pode incorrer. O país lançou mão amplamente das PPP para superar as deficiências de sua malha rodoviária.

Contudo, a falta de coordenação pelo setor público e a subestimativa dos custos futuros resultaram em impactos fiscais imprevistos e revisão das condições em que os serviços serão oferecidos à população (como cobrança de pedágio não prevista):

Em Portugal, houve a pior modelagem possível para as rodovias construídas no âmbito das PPP. O país adotou o conceito de shadow tolls (pedágios-sombra), um sistema de pedágio livre, no qual o Estado se comprometeu a remunerar integralmente seu parceiro privado pelo tráfego. O resultado foi desastroso. O custo anual

dos fundos necessários ao desenvolvimento das actividades objecto da concessão, celebrará os contratos de financiamento'. As obrigações do concedente-Estado em matéria de financiamento limitam-se à entrega de um subsídio atribuído pela União Europeia, nos termos da Base XXV da concessão, sem prejuízo do direito de reequilíbrio financeiro". FERREIRA, Eduardo Paz; REBELO, Marta. O novo regime jurídico da parcerias público-privadas em Portugal. p. 72.

⁶¹ *"a entidade privada ou concessionária assume o risco inerente às actividades subjacentes ao objecto da concessão. Esta assunção de risco é mitigada pela expressa previsão, nos termos do contrato de concessão, de cláusulas de excepção que atribuem ao concessionário um direito à reposição do equilíbrio financeiro. O acesso a este direito origina a construção de uma equação financeira complexa, corporizada num modelo financeiro a que se convencionou chamar de Caso Base". FERREIRA, Eduardo Paz. REBELO, Marta. O novo regime jurídico da parcerias público-privadas em Portugal. p. 68.*

"os riscos do Estado assumidos com os contratos de PPP decorrem das cláusulas contratuais de reposição do equilíbrio financeiro. Estas cláusulas mencionam as situações passíveis de compensações pelo Estado (por ex., défices de tráfego numa infraestrutura de transportes relativamente ao previsto), sendo com base neste clausulado que as concessionárias apresentam as suas reservas de direito quanto à necessidade de reposição do equilíbrio financeiro dos respectivos contratos" Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, artigo 2.º, n.º 1. <http://www.tribunaiscplp.gov.br/IV%20AG%20-%20jul2006/Apresentacao%20dos%20Temas%20Tecnicos/Tema%20II/Portugal/TemaII-TCPortugal%5B1%5D.doc>. Acesso em 21 de julho de 2008.

desses contratos chega a um montante de aproximadamente 500 milhões de euros, com previsão de crescimento em 2007 para 800 milhões de euros, representando 40% mais do que o atual orçamento total do Instituto de Estradas de Portugal (IEP). Naturalmente, está em curso um complicado processo de renegociação com os parceiros privados e a sociedade, para que haja a cobrança de pedágio, naturalmente com evidentes reflexos políticos, principalmente porque essas rodovias atravessam regiões densamente povoadas, e a população local tem esboçado grande reação.⁶²

Ao Brasil resta analisar os erros que foram cometidos no sistema português para não os repetir.

⁶² FERREIRA, Ademir Montes; BARBOSA DOS SANTOS, Jonábio. *As parcerias público-privadas e o sistema normativo brasileiro*. p. 112 e 113.

5 A PARCERIA PÚBLICO PRIVADA COMO ALTERNATIVA PARA O DESENVOLVIMENTO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Como se pode verificar com as experiências internacionais acima relatadas, as ppp's "surgem como instrumentos para, sem recorrer à privatização pura e simples, enfrentar os sérios 'gargalos' da congestionada infra-estrutura e as graves deficiências na prestação dos serviços universais delegáveis".⁶³

As ppp's possuem como grande função atrair investimentos privados para estas áreas de infra-estrutura – que por muitas vezes possuem um baixo retorno econômico para o investidor, mas que, por outro lado são essenciais para a sociedade – de modo a proporcionar ao Estado uma forma de dividir os custos intrínsecos a prestação dos serviços públicos.

São instrumentos que podem ser utilizados com uma eficácia muito grande pela Administração Pública, para a retomada do crescimento do país, pois inaugura um novo modelo de parceria entre a Administração Pública e a iniciativa privada, de modo a incentivar e viabilizar os investimentos privados em setores de criação de infra-estrutura e serviços públicos que atualmente não são economicamente sustentáveis.

Apesar disso, alguns críticos da lei 11.079/2004 dizem que os vínculos de parceria oferecidos pela nova lei poderiam ter sido concretizados por meio da lei geral de concessões (lei nº. 8.987/1995) e das diversas leis setoriais (como as leis que versam sobre serviços públicos específicos).⁶⁴

⁶³ FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPP's) e desafios regulatórios. p. 145.

⁶⁴ Carlos Ari SUNDFELD salienta que *“Esse amplo espectro de parcerias inclui contratos muito conhecidos, como a concessão de serviço público, regida pela Lei nº 8.987/1995 (lei de Concessões) – que encarrega o particular de gerir lucrativamente um empreendimento público, sob a regulação estatal-, e os mais recentes contratos de gestão com organizações sociais (Oss) e termos de parceria com organizações da sociedade civil de interesses público (OSCIPs). Pode-se mencionar também diversos mecanismos, contratuais ou não, que viabilizam o uso privado de bem público, de forma onerosa ou gratuita, em atividade com alguma relevância social (instalação de nova indústria ou de escola comunitária; uso de marca de universidade pública por entidade de professores para venda de serviços de consultoria; etc.). Há o caso dos particulares que, por altruísmo ou por questão de imagem, assumem graciosamente encargos públicos. Há ainda os empresários que trocam benefícios tributários por compromissos de investimentos. As variantes são quase infinitas”*. SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*. p. 18.

Em decorrência disso é que se pode afirmar que o fundamento legal das ppp's não se encontra na lei 11.079/2004, mas em diferentes instrumentos normativos que as foram organizando, sobretudo, após a Reforma do Estado.⁶⁵

Apesar dessa consideração, de que as ppp's não são um fenômeno totalmente inovador, foi inaugurado um novo regime jurídico que deve ser devidamente compreendido.

Em outras palavras a instauração do regime de parcerias, nos moldes propostos na lei nº 11.079/2004, requer a utilização da “lógica da cooperação” - a qual está fundada na coabitação de setores público e privado, com fronteiras difusas, relações de coordenação e mistura de propósitos⁶⁶ - em detrimento da “lógica de substituição”, na qual se observam fronteiras rígidas entre os setores público e privado, bem como relações de subordinação e antagonismo.

Deste modo, a mínima compreensão das ppp's exige do intérprete a visualização da relação do parceiro público com o parceiro privado como uma relação de cooperação (e não de subordinação), que está moldada a facilitar o atingimento do interesse público.

Em consequência disso tais parcerias têm como pressuposto o compartilhamento de interesses e riscos entre o público e privado, que se colocam numa relação de horizontalidade⁶⁷, mas que é capaz de aumentar a credibilidade e confiabilidade institucional do parceiro público.

Na parceria com o empreendedor privado o que se pretende atingir na prestação dos serviços públicos eficiência, eficácia e qualidade, na medida que estes valores são alvos constantes da iniciativa privada cada vez mais competitiva.

Por tudo isto, vê-se que a promulgação da lei 11.079/2004 é responsável por um marco legislativo que introduziu profundas alterações no nosso Direito

⁶⁵ A lei das PPPs previu um regime jurídico próprio a um tipo de parceria entre o poder pública e a iniciativa privada. É dizer, a Lei nº 11.079/2004

⁶⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das Licitações para Obras de Infra-Estrutura e a Nova Lei de Parcerias Público-Privadas. p. 126.

⁶⁷ Marçal JUSTEN FILHO vislumbra o princípio da associação, como forma de o Estado, o concessionário e a sociedade civil organizarem harmonicamente seus esforços para a prestação adequada dos serviços públicos. Pautado neste princípio, o referido autor revisa os principais aspectos do instituto da concessão de serviços públicos em sua obra *Teoria geral das concessões de serviço público*.

Administrativo Regulador, isso enseja uma análise detalhada das parcerias público-privadas no Brasil, conforme será feito abaixo.

5.1 DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

5.1.1 Concessão patrocinada

As semelhanças entre as modalidades comum⁶⁸ e patrocinada de concessão são tão grandes que se pode afirmar que esta se rege pela lei nº. 8.987 em tudo o que não for derogado pela lei nº. 11.079.⁶⁹

Costuma-se conceituar a concessão patrocinada como sendo a própria concessão de serviço ou de obra da lei 8.987, nos casos em que além da tarifa cobrada dos usuários envolver contraprestação pecuniária do contratante público.⁷⁰

Deste modo pode-se perceber que o regime jurídico ao qual está submetida a concessão patrocinada é parcialmente diverso daquele ao qual se submete a concessão comum (tradicional).

Neste sentido dispõe o art. 2º, § 3º da lei das ppp's que:

*Art. 2º, § 3º: não constitui parceria público-privada, a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que se trata a Lei nº. 8.987, de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.*⁷¹

⁶⁸ Conforme o texto do art. 2º, § 3º, a concessão comum é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a lei nº. 8.987/1995.

⁶⁹ Art. 3º, § 1º. As concessões patrocinadas regem-se por esta lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e nas leis que lhe são correlatas.

⁷⁰ Nas palavras do professor Romeu BACELLAR concessão patrocinada é “*alusiva a serviços públicos e obras públicas de que trata a lei n. 8.987/95, refere-se a contratos de concessão nos quais, além da tarifa cobrada dos usuários, seja imposta uma contraprestação pecuniária ao parceiro privado*”. BACELLAR, Romeu Felipe. *Direito administrativo*, p. 147.

⁷¹ Importante destacar o disposto no art. 2º, § 1º lei 11.079/04, pois determina que “*as concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº. 8.987, de 1995, e nas leis que lhes são correlatas*”. Assim percebe-se claramente que o regime jurídico ao qual estão submetidas a concessão

Outras diferenças entre a concessão comum e a patrocinada residem nos seguintes casos: a) os riscos que, nas parcerias público-privadas, são repartidos com o parceiro público; b) às garantias que o poder público presta ao parceiro privado e ao financiador do projeto; e, c) ao compartilhamento entre os parceiros de ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado.

Ao contrário, a remuneração do concessionário se dará de forma muito semelhante ao feito na concessão comum: parte obrigatoriamente pela tarifa cobrada dos usuários (e também através das receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, para favorecer a modicidade das tarifas) e parte pelo parceiro público.⁷²

Cabe destacar que de acordo com o disposto no art. 10, § 3º a contribuição do parceiro público não poderá ser superior a 70% da remuneração total a ser recebida pelo parceiro privado, exceto se houver autorização legislativa específica.⁷³

Um dos principais motivos para se criar a concessão patrocinada é que em muitas vezes, devido a circunstâncias naturais do próprio negócio, apenas os ingressos previsíveis (tarifas e receitas adicionais, segundo o art. 11, *caput* da lei 8.987/1995) não são capazes de sustentar e manter a empresa.

Por outro lado, como se verá adiante, não é por este fato que foi criada a repartição objetiva de riscos nas parcerias público-privadas, pois, segundo Vanice Lírio DO VALLE:

comum e a patrocinada são parcialmente diversos, como ressalta Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, em seu livro *Direito administrativo*.

⁷² A contraprestação paga pelo poder concedente pode ser pecuniária, por ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens dominicais e outros meios admitidos em lei.

⁷³ A existência da concessão patrocinada gera críticas na doutrina, pois “*Curiosamente, embora a concessão de serviços públicos clássica seja adotada para poupar investimentos públicos ou para acudir à carência deles, e esta última razão sempre foi habitualmente apontada, entre nós, como justificativa para a introdução das PPPs, a Lei pressupõe que na modalidade patrocinada a contraprestação pecuniária a ser desembolsado pelo Poder Público poderá corresponder a até 70% da remuneração do contratado ou mais que isto, se houver autorização legislativa (art. 10, § 3º). Logo, é possível, de direito, que alcance qualquer percentual, desde que inferior a 100%. Seguramente, este não é um modo de acudir à carência de recursos públicos; antes, pressupõe que existiam disponíveis e implica permissão legal para que sejam despendidos: exatamente a antítese das justificativas apontadas para exaltar este novo instituto*”. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. p. 745.

*garantido o ingresso adicional financiador da iniciativa e a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, seria possível o interesse comercial, de parte do mercado, em contratar a execução daquele serviço.*⁷⁴

5.1.2 Concessão administrativa

A concessão administrativa é uma nova fórmula contratual para a Administração obter a parceria do particular.

O art. 2º, § 2º, da lei 11.079, conceitua concessão administrativa como

Art. 2º, § 2º: o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta⁷⁵, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Esse artigo é muito criticado pela doutrina, pois a forma como o legislador conceituou esse modelo de concessão não é claro. Por isso devem ser afastadas as impressões errôneas que decorrem da interpretação literal do contido no art. 2, § 2º da referida lei.

À primeira vista o objeto da concessão administrativa é a prestação de serviço (“*atividade material prestada à Administração e que não tem as características de serviço público*”⁷⁶).

Ocorre que se assim fosse haveria uma aproximação conceitual entre esse modelo de contrato e o contrato de prestação de serviços tratado pela lei 8.666/1993, na forma de empreitada⁷⁷, relação esta que não é verdadeira.

⁷⁴ VALLE, Vanice Lírio do. *Repartição objetiva de riscos: desafio de modelagem nas PPP's*. p. 13.e 14

⁷⁵ A lei ao denominar a Administração como usuária indireta dos serviços prestados “*se propôs a costear o fato evidente de que os verdadeiros usuários, obviamente, são os administrados, e que ela é simplesmente quem remunera o prestador de serviço*”. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. p. 746.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. p. 290.

⁷⁷ O contrato de serviços na forma de empreitada está disposto no art. 6º, VIII (“*Para os fins desta Lei, considera-se: (...) VIII - Execução indireta – a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total; b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas; c) vetado; d) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos*

Primeiramente porque a legislação aplicável a concessão administrativa e a empreitada são diversos. Naquela se aplicam às normas das leis 8.987 (especificamente os arts. 21, 23, 25 e 27 a 39) e 9.074 (art. 31), enquanto que nesta se aplica o contido na lei 8.666.

Em segundo lugar, o objeto da concessão administrativa não pode se limitar, em decorrência do art. 2º, § 4º, ao fornecimento de mão-de-obra, de bens e instalação de equipamentos ou execução de obra pública.

Assim, ao se referir o art. 2º, § 2º, ao “contrato de prestação de serviços”, não quer com isso o legislador dizer que exclusivamente será o contrato de concessão administrativa exclusivamente um contrato de prestação de serviço.

Caso o objeto do contrato fosse tão somente esse, seria exatamente o contrato de empreitada e não seria possível a aplicação do que está disposto nas leis 8.987 e 11.079.

Na realidade a interpretação sistemática da lei 11.079/2004 demonstra claramente que o contrato firmado, para atender aos moldes da concessão administrativa, não pode se limitar simplesmente ao contrato de prestação de serviços.

Ao contrário, conforme observação feita por DI PIETRO, pode ser objeto de concessão administrativa:

*a execução material de atividade (aproximando-se da empreitada), como a gestão de serviço público (como na concessão de serviço público comum e na concessão patrocinada), que é o real objetivo do legislador.*⁷⁸

trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais; e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada”) e art. 10 (As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas: I – execução direta; II – execução indireta, nos seguintes regimes: a) empreitada por preço global; b) empreitada por preço unitário; c) vetado; d) tarefa; e) empreitada integral”).

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. p. 291. Disso tudo a mesma autora conclui que: “a concessão administrativa constitui-se em um misto de empreitada (porque o serviço, mesmo que prestado a terceiros, é remunerado pela própria Administração, como se deduz do artigo 2º, § 3º) e de concessão de serviço público (porque o serviço prestado ou não a terceiros – os usuários – está sujeito a algumas normas da lei nº. 8.987, sejam relativas aos encargos e prerrogativas do poder concedente, sejam as relativas aos encargos do concessionário)”.

Remunera-se o concessionário por subvenção do concedente (em conjunto com outras receitas não-tarifárias), não cobra tarifa dos usuários.

Porém, no mesmo art. que gerou toda essa polêmica, percebe-se a presença de dois tipos de concessão administrativa: a de serviços públicos e a de serviços ao Estado.

A concessão administrativa de serviços públicos é aquela que tem por objeto os serviços públicos referidos no art. 175 da Constituição Federal. São prestados diretamente aos administrados sem a cobrança de tarifa, remunerando-se o concessionário por contraprestação versada em pecúnia pelo concedente (pode o pagamento ser feito através de receitas alternativas).⁷⁹ Nesse caso a Administração é usuária indireta.

A outra modalidade – concessão administrativa de serviços ao Estado – tem por objeto os serviços estabelecidos no art. 6º da lei de licitações, quais sejam, oferecer utilidades à própria Administração, que será usuária direta dos serviços e realizará o pagamento do concessionário.

O contrato de concessão administrativa sempre incluirá a realização de investimentos pelo concessionário para criação, ampliação ou recuperação de infraestrutura, a serem amortizados no prazo do contrato (art. 5º, I), em montante de ao menos R\$ 20 milhões.

Além disso, não se pode restringir a execução de obra pública, que é característica da licitação; deve ter investimentos de no mínimo 20 milhões, e deve ser usada para prestação de serviços por um período de ao menos cinco e no máximo trinta e cinco anos.

Carlos Ari SUNDFELD chega a seguinte conclusão:

Portanto, a criação dessa nova fórmula contratual – a concessão administrativa – viabilizou um arranjo para a obtenção de serviços para o Estado antes impossível: aquele em que o particular investe financeiramente na criação de infra-estrutura pública necessária à existência do serviço e ajuda a concebê-la.⁸⁰

⁷⁹ Interessante a observação que é feita a respeito do art. 6 da lei das ppp's. Pois caso um contrato seja totalmente suportado pela Administração Pública e os serviços forem prestados aos administrados isto implicará em uma concessão comum, enquanto que se a contraprestação for não-pecuniária (receitas alternativas) e o os outros requisitos estiverem presentes estaremos diante de uma concessão administrativa.

⁸⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias público-privadas*. Ari.

6 AS TRADICIONAIS TEORIAS DO RISCO

Conforme anteriormente mencionado, é muito importante distinguir os riscos suportados pela Administração daqueles suportados pelo particular. Isto porque, nas palavras de Carlos Ari SUNDFELD:

uma vez que o concessionário exerce um serviço estatal, mas por sua conta, risco e perigos, é natural que à moda de qualquer empreendimento comercial ou industrial, se sujeite a certa álea, a certo risco. Pode, portanto, ser, como outro empreendedor, integralmente bem-sucedido, parcialmente bem-sucedido ou mal sucedido em suas expectativas legítimas de sucesso econômico.

Além disso, nos contratos de concessão e de parceria público-privada, que normalmente envolvem grande complexidade e longevidade é natural que as partes envolvidas atentem para a correta previsão e divisão dos riscos inerentes ao seu negócio jurídico. Em decorrência disso, e para garantir uma estabilidade contratual, segundo Marcos Augusto PEREZ, “*verifica-se, conseqüentemente, que o planejamento prévio da concessão assume um papel fundamental na prática dessas concessões*”.⁸¹ Tal planejamento servirá para identificar os riscos e tratá-los expressamente no contrato, para que na eventualidade da ocorrência de problemas as soluções aos impasses criados já estejam previstas.

Nesse sentido a lei 8.987/95 possui dispositivos que podem visam estatuir a obrigação dos estudos prévios à contratação, são eles: arts. 5º, 16, 18 e 21. A lei das ppp's é mais clara e em seu art. 10, I, estabelece que os estudos prévios à contratação devem demonstrar:

⁸¹ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. p.138. No mesmo sentido, importa destacar o que Fernando VERNALHA GUIMARÃES diz: “*Logo, um dos desafios a uma adequada e bem formatada parceria público-privada reside numa eficiente alocação dos riscos envolvidos no projeto, atribuindo a cada uma das partes – parceiro público e parceiro privado – os riscos que têm melhor condição de suportar, alcançando-se associativamente a sua mitigação. Busca-se atribuir os riscos, de acordo com a sua natureza, à parte que apta a, a custos mais baixos, reduzir as chances de que os prejuízos subjacentes venham a se materializar, ou, não sendo isso possível, mitigar os prejuízos resultantes. Trata-se de associar certos riscos à parte que detém maior controle sobre sua gestão ou sobre as conseqüências de sua materialização*” VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *Parceria público-privada: caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico*. p. 447.

- a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;
- b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e
- c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato.

Neste contexto, Marçal JUSTEN FILHO considera que é o dever de providência do poder concedente, pois a Administração possui o “*dever de diligência tem de traduzir-se numa atuação minuciosa, detalhada, responsável e capacitada, para a Administração modelar adequadamente tanto o certame como a outorga que dele derivará*”.⁸²

Todos os estudos técnicos e econômicos, além do planejamento que forem realizados na fase preliminar à contratação devem necessariamente serem revertidos em cláusulas contratuais, para tornar absolutamente claros os riscos da contratação, a maneira que se encontram divididos e quais os mecanismos para a solução de eventuais controvérsias. Na lei das ppp's, o art. 10, I a VII, resta bem mais claro o que querem as regras relativas ao planejamento técnico da concessão.

Como destaca Marcos Augusto PEREZ:

*Se o contrato de concessão estabelece uma clara e precisa divisão dos riscos entre as partes, a eventualidade da efetivação desses riscos tende a deixar de ser um fator que inviabilize a continuidade do empreendimento.*⁸³

A distinção entre ordinary e extraordinary está diretamente relacionada com a probabilidade da ocorrência de eventos. Para realizar a diferenciação entre essas duas áreas não se deve tomar como critério a mera possibilidade do de ocorrência do evento, pois isso tornaria inútil a distinção: deste

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. p. 203.

⁸³ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. p. 171.

modo todo evento possível seria previsível e, assim, integraria a álea ordinária. Logo, a álea extraordinária seria composta apenas com os eventos impossíveis, os quais nunca ocorreriam por sua própria definição.

Em relação a dificuldade de se estabelecer um parâmetro seguro para diferenciar os eventos ocorridos em uma ou em outra álea, Marçal JUSTEN FILHO diz:

A diferença entre álea extraordinária e ordinária somente é simples quando se examinam situações extremas. À medida que o grau de ordinarietade se reduz, aumenta o grau de extraordinarietade – e vice-versa. Mas é impossível estabelecer um limite exato, em que certa situação deixaria de integrar uma categoria e passaria a compor a outra.⁸⁴

6.1 ÁLEA ORDINÁRIA – RISCOS SUPOSTOS PELO CONCESSIONÁRIO

A álea ordinária está composta pelos riscos que serão suportados pelo concessionário e, conforme o ensinamento de Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO:

abrange, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como de fontes alternativas de receita, os que advêm de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios.⁸⁵

É costumeiro que a doutrina realize a distinção desses conceitos para determinar que a teoria da imprevisão⁸⁶ e a do fato do príncipe somente se aplicam em face dos riscos contidos na álea extraordinária.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. p. 297.

⁸⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. p. 718.

⁸⁶ “A álea econômica é por natureza, extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos da instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da

Os riscos que são aqui tratados derivam de fatos supervenientes à contratação e são absolutamente imprevisíveis ou de conseqüências incalculáveis, de modo a afetar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

6.2 ÁLEA EXTRAORDINÁRIA – RISCOS SUBDIVIDIDOS EM ÁLEA ECONÔMICA E ÁLEA ADMINISTRATIVA

6.2.1 Álea econômica

Durante a execução do contrato podem ocorrer alterações econômicas anômalas, excepcionais e imprevisíveis que afetam violentamente o equilíbrio da equação e podem levar à ruína do concessionário.

A álea econômica corresponde exatamente aos riscos derivados dessas situações e os prejuízos provenientes dessa álea são partilhados entre o concedente e concessionário. É a eles que se invoca a teoria da imprevisão.

Teoria da imprevisão

A teoria da imprevisão serve de garantia contra o fato superveniente ocorrido na álea econômica que venha a perturbar, de modo intolerável, inesperado e estranho à vontade das partes, as obrigações contratuais, resultando em um

moeda) são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas conseqüências. A sua gênese poderá, no entanto, vincular-se a acontecimentos naturais (terremotos, inundações, incêndios, desmoronamentos), ou a intervenções administrativas ou legais (controle econômico, bloqueio de preços) que induzem a grave e inesperada rotura do equilíbrio financeiro do contrato". TÁCITO, Caio. Direito administrativo. p. 210.

desequilíbrio muito grande ao onerar excessivamente a execução do contrato para o concessionário.⁸⁷

Os fatos imprevistos são aqueles que no momento da realização do pacto entre as partes eram por elas ignorados, “*por absoluta impossibilidade de prevêê-los ou conhecê-los*”⁸⁸ e modificam profundamente o modo de execução do contrato, trazendo déficit ao contratado, situação que permite a Administração ajudar o contratado.

Esse grande desequilíbrio da equação econômico-financeira poderá tornar a execução do contrato ruínoza, embora não impossível para o concessionário.

Nada mais é do que a aplicação da teoria da cláusula *rebus sic stantibus* no direito público, isso significa que “*as coisas não permanecem em vigor se as coisas não permanecerem como eram no momento da celebração*”.⁸⁹

Os requisitos exigidos para a aplicação da teoria da imprevisão: i) imprevisibilidade do evento (impossibilidade de previsão dos fatos, dentro de um panorama de razoabilidade, o que caracteriza o evento como excepcional); ii) inimputabilidade do evento às partes (o fato não é decorrente da vontade das partes); iii) grave modificação das condições do contrato; iv) ausência de impedimento absoluto (o evento imprevisto não pode ser definitivo, pois levaria o contrato à extinção por força maior⁹⁰); e, v) o particular não interrompe a execução do contrato, mesmo que sob regime deficitário.

⁸⁷ Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO considera que o Poder Público deverá arcar totalmente com os prejuízos que resultam para o concessionário de acontecimento imprevisível e traz como exemplo concreto da situação o concessionário que se depara com o encontro de um lençol freático ou a existência de canalizações que não estavam registradas no mapa da cidade.

⁸⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. p. 525. Ressalva feita pela autora é que “*a imprevisibilidade das partes com relação a fatos facilmente passíveis, somente imprevistos por sua incúria ou inépcia, não autorizam a invocação desta teoria*”.

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. p. 263.

⁹⁰ “*A imprevisão deve ser uma situação temporária. Se o equilíbrio do contrato estiver definitivamente comprometido, a solução será a resolução do contrato. Não desaparece, ainda que nessa hipótese, a obrigação de indenizar o concessionário que permaneceu em serviço, malgrado as circunstâncias adversas*”. TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. p. 209. No mesmo sentido Marçal JUSTEN FILHO observa que “*quando os eventos supervenientes tornarem impossível a execução da avença, o contrato será desfeito, sem sancionamento de qualquer das partes*”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. p. 387.

Essa teoria busca “evitar a ruína financeira do particular contratante e, conseqüentemente, a morte do contrato”.⁹¹ Justamente por serem circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis, é que tais situações se encaixam perfeitamente na álea extraordinária.

6.2.2 Álea administrativa

6.2.2.1 Teoria do fato do príncipe

Conforme conceitua Odete MEDAUAR:

*fato do príncipe (...) é a decisão da Administração, de caráter geral, alheia ao contrato em si, mas que tem reflexos fortes na sua execução; não se confunde, portanto, o fato do príncipe, como o poder conferido à Administração contratante de alterar unilateralmente o contrato, pois este se refere ao contrato em si, é específico, previsível e, no Direito brasileiro, legalmente circunscrito.*⁹²

É um fato do Estado, decorrente do exercício do seu poder, que não deve ser assimilado às suas prerrogativas, e que afeta aos contratos em geral.

Há divergência entre os autores na conceituação do fato do príncipe.⁹³ Alguns dizem que a teoria abrange o poder de alteração unilateral e também as

⁹¹ OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Direito administrativo: origens, perspectivas e outros temas*. p. 162.

⁹² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. p.221.

⁹³ Neste sentido destaca Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO que “não há acordo, contudo, com relação aos atos suscetíveis de propiciar a invocação dessa teoria. Assim, registrando que no passado a teoria do fato do príncipe possuía maior amplitude, por abanger também os atos provenientes de outra pessoa de Direito Público que não o próprio concedente, os autores acordam apenas em que, para ser alegada, é forçoso que o ato gravoso proceda do concedente. Neste sentido Laubadère, Waline, Vedel, Rivero e Bénéît. Contudo, Laubadère, Waline e Rivero entendem que a teoria em causa cobre tanto os prejuízos que resultem da modificação unilateral das cláusulas da concessão quanto os que provenham de medida tomada com base em competência diversa daquela que o concedente exercitou ao praticar ato concessivo. Já Vedel e Bénéît consideram que só nesta última hipótese tem cabimento a remissão à teoria do fato príncipe. Julgam que a indenização devida no caso de utilização pelo concedente dos poderes de alteração unilateral de cláusulas funda-se na própria relação específica da concessão e não no exercício de um poder genérico (que os italianos

medidas de ordem geral (atos administrativos *lato sensu*), não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico- financeiro em detrimento do contratado.

A primeira hipótese⁹⁴ – alteração unilateral de cláusulas do contrato – a responsabilidade do Estado decorre do próprio contrato, ou seja, da própria cláusula exorbitante que confere essa prerrogativa à Administração.

O entendimento majoritário, por sua vez, diz que o fato do príncipe corresponde apenas a segunda hipótese (medidas de ordem geral). De acordo com esse entendimento o fato príncipe ocorre quando a execução do contrato é onerada por medida proveniente da Administração Pública contratante⁹⁵, e que exercita esse poder em um campo de competência estranho ao contrato.⁹⁶

Assim, a autoridade contratante no exercício de outra competência, não aquela diretamente referida ao contrato, repercute a sua atuação na equação financeira.

*se a medida geral é da própria contratante, a teoria do fato do príncipe pode funcionar, com a indenização integral dos prejuízos sofridos pela outra parte, se houver 'repercussão directa num dos elementos essenciais do contrato' (...).*⁹⁷

qualificaram 'de supremacia geral') ao qual se deve ligar o fato do príncipe. Além disto, segundo Laubadère, nem todos os casos de exercício do poder estatal pelo concedente – manifestado em nome da supremacia geral – atraem a teoria do fato príncipe. Disto faz extrair a consequência de que a distinção entre álea administrativa e álea econômica (cabível a primeira nos casos de fato do príncipe e a segunda nos casos de imprevisão) não é absoluta, posto que também poderá existir álea econômica em razão do comportamento do próprio concedente". BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo. p. 716.

⁹⁴ Essa primeira corrente considera que “é irrelevante se a administração concedente lesou a equação financeira em virtude de modificação direta de uma estipulação contratual ou do caderno de encargos, ou se apenas indiretamente atingiu as condições de execução do contrato, desde que sobre ele ocorreu a incidência especial do ato administrativo. Em ambos os casos, a teoria do fato príncipe resguarda a estabilidade financeira do contratante”. TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. p. 208.

⁹⁵ Importante destacar que para aplicação da teoria do fato do príncipe é necessário que a autoridade pública contratante responsável pela medida geral seja a mesma que celebrou contrato (União, estados e municípios); caso seja de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão. Neste sentido ler OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Direito administrativo: origens, perspectivas e outros temas*. p. 158.

⁹⁶ Exemplo disso é um tributo que incida sobre matérias-primas necessárias ao cumprimento do contrato; ou medida de ordem geral que dificulte a importação dessas matérias-primas. Se a medida geral atingir o contrato apenas reflexamente a responsabilidade do Estado é extracontratual. Assim, o dever de recompor o equilíbrio econômico-financeiro se fundamenta na teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

⁹⁷ OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Direito administrativo: origens, perspectivas e outros temas*. p.158.

Também, pode ocorrer, o fato do príncipe negativo, ou seja, momento em que a Administração deixa de cumprir obrigações que necessariamente precisam da utilização do poder público.

E, por isso, nessas situações o poder concedente deverá ressarcir integralmente o particular de modo a obter novamente o equilíbrio econômico-financeiro que foi ajustado entre as partes.

7 PPP'S: A DIVISÃO OBJETIVA DOS RISCOS ENTRE OS PARCEIROS PÚBLICO-PRIVADO

A repartição objetiva de riscos foi eleita como uma das diretrizes da lei das parcerias público-privadas (art. 4º, IV da lei 11.079/2004), fato que torna essa característica um aspecto finalístico e que deve, portanto, ser perseguido pela Administração.

Esta característica constitui traço capaz de distinguir as ppp's das outras formas de colaboração entre o Estado e os particulares. Isto porque introduz, nas relações do particular com o Poder Público, como se verá, uma variável que normalmente não era utilizada.

Além desse dispositivo, a lei das ppp's estabeleceu, em seu art. 5º, III, a obrigatoriedade de cláusula contratual que disponha sobre *“a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”*.

Como visto acima, o risco pode ser de duas formas: i) risco empresarial; e, ii) decorrente de evento extraordinário, imposto a Administração, de acordo com a teoria da imprevisão.

A repartição de riscos é novo elemento trazido para a relação contratual travada entre a Administração Pública e o parceiro privado. É interessante notar que divisão objetiva dos riscos não significa que serão distribuídos equitativamente a cargas dos riscos que foram catalogados entre os parceiros público-privados. Significa, na verdade que cada parte que celebra o contrato de parceria possui capacidade de absorver melhor determinados riscos, ou seja, uma das partes é capaz de absorver os custos inerentes a determinada operação de um modo mais baixo.

Porém, justamente essa repartição que é apontada, por alguns, como inconciliável com o interesse público. Segundo Vanice Lírio do VALLE, o argumento para sustentar essa inconciliabilidade:

é de que tal repartição de riscos culminará, no mundo dos fatos, por deixar com a Administração Pública, sempre, os azares da

*contratação, reservando-se, ao contrário, seus efeitos benéficos, ao parceiro privado.*⁹⁸

O texto legislativo consagrou a repartição como objetiva, ou seja, é um risco que encontra claramente um critério de apropriação em favor do parceiro público ou privado, segundo variáveis igualmente objetivas.

A idéia de se repartir os riscos entre os parceiros serve principalmente para atrair o capital privado e sua *expertise* para os setores que necessitam de investimentos da Administração Pública, mas que esta não consegue os realizar pela falta de recursos.

Com esse novo estímulo oferecido pela Administração Pública, procura-se obter da parceria um maior benefício de qualidade na prestação do serviço público, pois ao repartir os riscos o contratado irá ter um aumento exponencial de benefícios, caso obtenha um desempenho acima do esperado.

Nos modelos tradicionais de contratações, caso o particular obtivesse um desempenho extraordinário do negócio, conseqüentemente alcançaria um aumento da lucratividade, o que poderia determinar a invocação pela Administração Pública e em favor da modicidade das tarifas, o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Exatamente o contrário é o que ocorre a partir da promulgação da lei 11.079/2004. Caso o particular consiga obter resultados mais expressivos com um desempenho melhor de suas atividades, o lucro majorado não poderia fundamentar um pedido, por parte do Poder Público, de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Partilhar objetivamente os riscos significa saber quem suportará e em qual medida cada um dos riscos assumidos no momento de assinatura do contrato de parceria, por isso é imprescindível que no momento anterior a assinatura do contrato seja realizado um estudo preciso que seja capaz de delimitar exatamente quais são os riscos que cada uma das partes irá assumir e, prever no contrato qual as soluções para dirimir as controvérsias que podem vir a surgir.

Como destaca Vanice Lírio do VALLE: *“Funciona, portanto a indicação precisa da divisão dos riscos, como uma medida de proporcionalidade na decisão*

⁹⁸ VALLE, Vanice Lírio do. *Repartição objetiva de riscos: desafio de modelagem nas PPP's*. p. 12.

pela celebração daquela particular modalidade negocial, e por via de consequência, de legitimidade de opção".⁹⁹

Por isso, atualmente os autores que tratam das questões relativas aos riscos inerentes a celebração dos contratos de concessão ou parceria inovaram e ampliaram a precisão terminológica e conceitual, de modo que passaram a tratar, por exemplo, conforme destaca Marcos Augusto PEREZ:

*Os riscos a serem repartidos, para os referidos autores, seriam genericamente identificados como: riscos técnicos ou ligados à evolução técnica; riscos financeiros ligados à modificação de comportamento dos consumidores ou ligados à evolução dos preços; riscos ligados à evolução legislativa, regulatória e à intervenção de novas normas; riscos penais, ligados a acidentes; riscos ligados à situação social; riscos ligados à aparição de produtos concorrentes suscetíveis de desestabilizar o empreendimento.*¹⁰⁰

Este autor realiza uma avaliação profunda de cada um desses riscos, demonstrando as peculiaridades:

*riscos políticos (inerentes às prerrogativas que a administração pública exerce nas contratações administrativas e que a permitem "fazer prevalecer o interesse público em qualquer circunstância"); riscos técnicos ("consequência de fatores tecnológicos ou geológicos na fase de construção da obra como na fase de exploração") e riscos econômicos (riscos comerciais relacionados à evolução da demanda pelos serviços, riscos de financiamento ou riscos inerentes aos custos de execução do contrato).*¹⁰¹

Posteriormente o autor destaca que os mais importantes riscos a serem identificados em um contrato de concessão de serviço público (ou contrato de parceria público-privada) são os riscos econômico-financeiros, os riscos técnicos, riscos jurídicos e riscos políticos. Discorreremos brevemente sobre cada uma

⁹⁹ VALLE, Vanice Lírio do. *Repartição objetiva de riscos: desafio de modelagem nas PPP's*. p. 14.

¹⁰⁰ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. p.149. Os autores que são mencionados neste trecho do texto de Marcos Augusto PEREZ são os autores do trabalho organizado na França pelo Instituto de Gestão Delegada, sob a direção de Marceau Long, no livro "*Négociier, gérer et contrôler une délégation de servic public*".

¹⁰¹ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. p. 151.

dessas espécies, sendo que inicialmente trataremos dos riscos econômico-financeiros.

Riscos econômico-financeiros: i) estão ligados à teoria da imprevisibilidade e ocorrem devido às circunstâncias supervenientes à contratação e que resultam na necessidade do reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Na prática há o risco de competição, nos serviços competitivos, e que do mesmo modo, poderá afetar o equilíbrio do contrato; ii) risco da evolução da demanda dos usuários do serviço que caso aumento exigirá maiores investimentos por parte do concessionário e caso diminua o retorno dos investimentos inicialmente previstos irá comprometer o pactuado. Nesse caso não se aplica a teoria da imprevisão, pois tal risco não é um fator superveniente e imprevisível, pois já deveria haver previsão contratual; iii) risco referente a escolha do modelo tarifário adotado pelo concessionário; iv) riscos comerciais inerentes à cobrança de tarifas altas ou de serviços de pouca qualidade são elementos que desestabilizam a concessão, pois esses elementos desestimulam os usuários de utilizar o serviço oferecido.

Por sua vez, os riscos técnicos estão relacionados a possível ocorrência de falhas técnicas do projeto da obra (por isso é também denominado risco de projeto). Este risco decorre da grande complexidade dos projetos elaborados por concessão e que decorrem de falha “plenamente justificável à luz da parcialidade das projeções e estimativas que foram feitas (seguindo-se um critério de razoabilidade) no momento em que se desenhou a obra”. Também esses riscos estão ligados ao avanço tecnológico decorrentes do surgimento de novas tecnologias que afetam as contratações e as tornam inviáveis carecendo de subsídios do Estado quebrando antigos monopólios existentes nas concessões ou poderá implicar na necessidade de se reestabelecer o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Para Marcos Augusto PEREZ os riscos jurídicos são de grande complexidade, nos quais se enquadram o fato do príncipe, o fato da administração, o risco regulatório, o risco ambiental e o risco judicial. Os primeiros dois já foram acima analisados, de modo que nos resta explicitar o que se entende por: i) riscos regulatório: *“poderia ser identificado com a álea subjacente à teoria do fato do príncipe, não marcasse a regulação uma presença muito mais ativa e previsível ou, na verdade, não tivesse a regulação uma função específica na execução dos*

*contratos de concessão*¹⁰²; Porém, os riscos regulatórios possuem faceta mais ampla que a teoria do fato do príncipe; ii) risco ambiental não deixa de ser uma modalidade do risco regulatório, pois o direito ambiental é uma faceta muito importante da regulação econômica. Está relacionado com a responsabilidade por danos ao meio ambiente e será sempre compartilhado por todos que celebrarem o contrato; e, iii) o risco judicial abriga duas áleas, “*uma relacionada ao exercício regular do controle judicial sobre o contrato de concessão*”¹⁰³ e outra relacionada com a deficiência da prestação jurisdicional do Estado.

Os riscos políticos “*são relacionados, predominantemente às disputas ínsitas ao sistema político institucional. As disputas eleitorais, a pressão dos movimentos sociais, a eventual prevalência de interesses políticos paroquiais no Legislativo ou no Executivo são exemplos de fatores que representam risco político para a estabilidade dos contratos de concessão*”¹⁰⁴

A consequência natural da avaliação precisa dos riscos é que no momento da contratação haverá delimitação e a parte mais capacitada assumirá os riscos que está mais capacitada para controlá-los de modo a atingir um maior aproveitamento do negócio, aproveitar as maiores competências de cada um dos parceiros. Conforme diz Vanice Lírio do VALLE:

*por isso tem-se por reforçada a importância do adequado mapeamento dos riscos – observadas as condições de conhecimento do negócio existentes por ocasião da modelagem – exercício que permitirá, em ocorrendo no futuro, o imprevisto ou imprevisível; reconhecê-los já como tal, por exclusão, tendo em conta todo aquilo que foi avaliado no cenário de prováveis contingências.*¹⁰⁵

Neste sentido, por haver a determinação precisa dos riscos assumidos por cada um dos parceiros e quais os riscos que serão compartilhados e em que proporção, permitirá a assinatura do contrato de parceria. Pois, deste modo, há

¹⁰² PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. P.162.

¹⁰³ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. P.166.

¹⁰⁴ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. p.168.

¹⁰⁵ VALLE, Vanice Lírio do. *Repartição objetiva de riscos: desafio de modelagem nas PPP's*. p. 16.

como fazer verificação se realmente existe uma parceria minimamente equilibrada de interesses e virtuais vantagens para cada qual dos parceiros.¹⁰⁶

Por isso é que a indicação precisa da divisão dos riscos no contrato de celebração da ppp funciona como uma alternativa para verificação de qual o modelo de contratação interessa mais ao particular, se a concessão simples ou a ppp, e que assim, o particular verifique se tem ou não interesse de participar de uma licitação decorrente do que será futuramente um contrato de ppp.

Deve-se destacar que a divisão dos riscos deverá se dar caso a caso, de acordo com o perfil e as especificidades de cada concessão ou contrato de parceria.

Em virtude desses motivos um edital de licitação não poderá dispor simplesmente que haverá repartição de todos os riscos inerentes ao negócio; do mesmo modo, a simples referência a uma classe de riscos – por exemplo, riscos de construção, riscos financeiros, riscos de performance. Disposições como estas não estão em consonância com o que está disposto na lei 11.079/2004.

É necessário que ao elaborar o edital o Poder Público venha a “*aprofundar e explicitar, do conjunto de variáveis ameaçadoras ao regular desenvolvimento do negócio, quais são partilhadas entre Poder Público e parceiro privado, e em que proporção*”.

Exatamente a repartição dos riscos entre os parceiros público e privado que é apontado, por alguns, como de impossível conciliação com o interesse público nas palavras de Vaníce Lírio do VALLE:

*Esse novo elemento (repartição de riscos) que se traz para o coração da relação contratual entre a Administração Pública e parceiro privado; em ajustes que envolvem investimentos direcionados, num primeiro momento, para a área de infra-estrutura; vem sendo apresentado pelos detratores da idéia das PPP's como uma evidenciação de sua inconciliação com o atendimento ao interesse público. O argumento é de que tal repartição de riscos culminará, no mundo dos fatos, por deixar com a Administração Pública, sempre, os azares da contratação, reservando-se, ao contrário, seus efeitos benéficos, ao parceiro privado.*¹⁰⁷

¹⁰⁶ Por exemplo, caso seja celebrado um contrato de parceria público-privada relativo ao mercado de irrigação, a tecnologia empregada – de acordo com o conhecimento (*expertise*) do investidor privado – é de total risco do parceiro privado.

¹⁰⁷ VALLE, Vanice Lírio do. *Repartição objetiva de riscos: desafio de modelagem nas PPP's*. p. 12.

Porém, na prática o que se observará é precisão no estudo dos riscos em um momento anterior a contratação. Com isso, os riscos da demanda, por exemplo, serão atribuídos na íntegra ao parceiro privado. Isso implica que caso exista uma súbita queda dos usuários de um serviço, que foi realizado um contrato de parceria, não haverá possibilidade de requerer novos aportes financeiros por parte do Poder Público, visto que este se eximiu de qualquer responsabilidade em virtude da repartição objetiva dos riscos.

Da mesma forma, caso o Poder Concedente entenda que poderá suportar sozinho os riscos inerentes a construção de obra pública, por exemplo, e deste modo fique previsto expressamente no contrato que tais riscos serão suportados pela Administração, esta não poderá requerer a ajuda do capital privado.

Há possibilidade também de compartilhamento dos riscos, de modo objetivo, para cada um dos parceiros, nos casos, por exemplo, de variação cambial. Neste caso, a previsão contratual deverá constar da seguinte maneira: “X%” estará sob responsabilidade do Poder Público e “Y%” sob a responsabilidade do parceiro privado.

Ou seja, a repartição objetiva dos riscos é um meio que possibilita uma transparência muito maior dos riscos que estará sujeito o Poder Público. Em momento anterior à contratação já será possível verificar qual a dimensão dos riscos possibilitando ao cidadão verificar se de fato o negócio jurídico que está sendo travado pela Administração atende ao princípio do interesse público.

Há, portanto, uma pré-fixação das regras a que estarão sujeitos os parceiros, de modo muito mais claro e preciso do que anteriormente era feito nos contratos de concessão. Isso resultará na esperada estabilização contratual de modo a estimular a associação de esforços entre os parceiros público e privados, pois, haverá meios muito mais precisos de manter o equilíbrio econômico-financeiro que originalmente foi estabelecido no contrato de concessão.

Todas essas formalidades contratuais – descrição dos riscos, de sua divisão entre as partes, as garantias oferecidas e as fórmulas para solucionar as situações controvertidas, são meios de atingir a referida estabilidade contratual.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Nas palavras de Marcos Augusto PEREZ “*Melhor dizendo, o planejamento e demais estudos técnicos e econômicos efetuados na fase interna da licitação de uma concessão devem necessariamente reverter-se em cláusulas contratuais ou regulamentares, de modo a tornar absolutamente claro quais os riscos da contratação,*

Atualmente percebe-se que, em verdade, ocorre uma releitura da doutrina tradicional que trata das questões dos riscos a que estão submetidas às partes contratantes na concessão e em uma ppp.

Assim, vê-se o quão inovador e importante é a lei das ppp's em relação à questão dos riscos, pois: i) especificou o que já estava disposto na lei de concessões, e facilitou o entendimento do que deve ser feito no momento anterior a contratação, ou seja, tornou claro a importância da realização do estudo e do planejamento prévio ao momento de celebração do contrato; e, ii) permite que a repartição dos riscos seja objetiva nas relações de parceria público-privada, nova característica inserida no ordenamento jurídico brasileiro.

Conseqüentemente, há uma pré-definição estabelecida das soluções possíveis aos (in)evitáveis conflitos entre a Administração e o parceiro privado.

como se encontram divididos entre as partes do contrato e quais são os mecanismos desde logo ocorrentes em razão dos riscos assumidos". PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. p.143.

8 CONCLUSÕES

O modelo intervencionista de Estado se demonstrou ineficiente pois, ao intervir de modo muito forte na economia, fez com que a Administração Pública brasileira acumulasse mais funções do que podia sustentar com a arrecadação que possuía e proporcionou um crescimento desmesurado do aparelho estatal.

Com isso iniciou-se a crise que atingiu o Estado brasileiro nas décadas de 80 e 90 reduziu radicalmente a capacidade de investir do Estado. A alternativa que restou, em um primeiro momento, para Administração Pública foi o endividamento para possibilitar a continuidade do desenvolvimento (de qualquer modo limitado) dos serviços públicos essenciais tanto para os administrados quanto para o crescimento do país.

Como alternativa para essa crise, a Administração recorreu a ajuda do setor privado, para captar recursos que a permitam realizar investimentos. O resultado disso, como visto acima, são as privatizações e concessões de serviços públicos.

A experiência brasileira demonstrou que a privatização de certos serviços essenciais para o crescimento do país, pode ser interessante, pois se substituem os escassos investimentos públicos por vultosos investimentos de particulares. E isso, ao menos em tese, implica em uma eficiência muito maior na prestação dos serviços.

Por outro lado, a privatização, entendida como a desnacionalização, portanto como a venda de bens e empresas públicas, é muitas vezes ofensiva a própria soberania do Estado, por se tratarem de serviços essenciais a dignidade do cidadão brasileiro. Deve-se ressaltar que há setores que são estratégicos para a economia do país, e, que por isso não devem ser privatizados sob pena de perda soberania.

Além disso, não é em qualquer setor que a privatização é atrativa, tanto para o Estado quanto para o particular. Para este muitas vezes o retorno do capital empregado não é interessante devido ao seu baixo índice, entretanto para aquele é imprescindível que o serviço seja prestado, como por exemplo, a coleta do lixo¹⁰⁹, ou

¹⁰⁹ A prestação desse serviço é essencial para a saúde da população, entretanto é muito difícil a cobrança dos beneficiários, pois não há como impedir os inadimplentes de aproveitarem das benesses.

estradas em que o tráfego é muito pequeno e apenas a instalação de pedágio não é suficiente.

Era necessário, que além das formas tradicionais de colaboração entre o Poder Público e o particular, surgissem novos meios de fomento dos serviços públicos, para seu desenvolvimento.

Espelhando-se na experiência internacional, o legislador brasileiro criou a lei 11.079/2004, a qual inseriu no ordenamento nosso jurídico a possibilidade de celebração de contratos de parceria em sentido estrito.

Com isso, nos casos em que não é possível que o ente público arque sozinho com os custos da prestação do serviço e, não interessa ao particular ter esta prestação somente para si (caso da privatização) e não é interessante se fazer uma concessão simples, é essencial que seja firmado um contrato de parceria público-privada.

Dentre as muitas vantagens oferecidas pelas ppp's, talvez a maior delas seja o fato de que ao mesmo tempo a ppp é capaz de proporcionar ao Estado realizar investimentos em muitos projetos diferentes sem ter que se endividar para isto.

Para o particular, por sua vez, há também diversos atrativos para celebrar o contrato de ppp. Por exemplo, ao contrário dos modelos tradicionais de colaboração entre o ente público e o privado, nas ppp's, as empresas e investidores que estão interessados em prestar serviços com considerável risco e elevado custo operacional são atraídos pelo Poder Público por meio de incentivos, como a repartição dos custos por exemplo.

O foco do presente estudo das ppp's é uma das inovações trazidas pela referida lei. Mais especificamente, o que norteou a pesquisa foi a divisão objetiva dos riscos entre os parceiros público e privado.

Nos restou evidente que a divisão dos riscos é, além de um forte atrativo para o particular, um grande avanço quando comparado com os modelos de ppp's de outros países.

Isto porque, como destacam Ademir Montes FERREIRA e Jonábio BARBOSA DOS SANTOS:

no exterior, o parceiro privado assume os riscos associados ao projeto, construção do empreendimento, manutenção, operação e

*prestação dos serviços, riscos financeiros e demais riscos inerentes à atividade comercial. O parceiro público, por sua vez, fica com os riscos de planejamento, desapropriação, licenciamento ambiental prévio, e pode compartilhar os riscos oriundos de caso fortuito e força maior.*¹¹⁰

A alegação de que existe uma impossibilidade na conciliação do interesse público com a divisão objetiva dos riscos entre os parceiros público e privado mostra-se inconsistente. Isto porque a base da argumentação que versa nesse sentido reside no fato de que com a divisão objetiva dos riscos a Administração ficaria sempre com as perdas, enquanto que o particular iria sempre se beneficiar, por poder repassar ao Poder Público suas perdas.

Tão fraco é esse modelo argumentativo que, ao olhar a questão de outro modo, Juarez FREITAS ressalta que:

*inadequado asseverar que a repartição de riscos (art. 5º, III), implique qualquer alteração no regime de responsabilidade. Mantém-se, intacta, a responsabilidade objetiva do parceiro privado, se prestador de serviços públicos, bem como a responsabilidade subsidiária do parceiro público, não solidária (salvo nos casos de danos ambientais), sendo nulo pactuar em contrário. Tudo leva a crer, portanto, que o reiterado apelo legislativo à objetividade na repartição dos riscos pretende tão-só contribuir à mais célere recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.*¹¹¹

Ou seja, pode-se entender a repartição objetiva dos riscos até mesmo como uma forma de realizar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro mais rapidamente do que era antes realizado.

Enfim, como se pode verificar ao longo do estudo realizado, o instituto das parcerias público-privadas deve ser compreendido como indispensável para a modernização dos países que dele fazem uso. Isto porque é um meio de aumentar a qualidade da prestação dos serviços públicos de modo a atingir os objetivos essenciais para criação de um ambiente propício para o crescimento dos países. Além disso, não podemos esquecer que seus dispositivos esclareceram que os riscos devem ser identificados em momento anterior a contratação, de modo a

¹¹⁰ FERREIRA, Ademir Montes; BARBOSA DOS SANTOS, Jonábio. *As parcerias público-privadas e o sistema normativo brasileiro*. p. 120.

¹¹¹ FREITAS, Juarez. *Parcerias público-privadas (ppp's) e desafios regulatórios*. p. 157.

propiciar um planejamento efetivo o qual em última instância, proporcionará que o contrato possua dispositivos específicos que no caso da ocorrência de uma controvérsia, não deixem dúvidas à respeito da imputação dos riscos.

Deve-se lembrar que atualmente toda a teoria do risco deve ser revista pela doutrina, pois como destaca Marcos Augusto PEREZ, há uma excessiva imprecisão dos conceitos relativos à álea ordinária. Com isso, as teorias não conseguem resolver os problemas supervenientes e que desestabilizam o contrato de concessão (de um modo geral). Ou seja, como destaca o autor, as teorias do fato do príncipe e da imprevisão não são por si só suficientes para solucionar todos os problemas inerentes à eclosão, no decorrer do curso do contrato, das situações de risco, de modo que há necessidade de especificar contratualmente as condições para se aplicar tais teorias.

A maior precisão introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, em relação ao estudo prévio da questão e da repartição dos riscos entre os parceiros, permite que exista, de fato, uma previsibilidade muito grande do que ocorrerá em cada uma das situações em que vier a ocorrer um fato inesperado ou qualquer outro tipo de situação em que surja uma controvérsia entre os contratantes, pois o contrato estará com as condições adaptadas para as situações que ocorrerem.

Por isso, merece destaque o fato de que a conciliabilidade entre a repartição objetiva dos riscos e o princípio do interesse público é muito maior do que se pode cogitar.

De modo que o anteriormente dito sobre a lei de concessões e permissões, conforme diz o professor Romeu BACELLAR:

*A lei das concessões e permissões, ansiosamente aguardada, cujos preceitos ainda estão sendo dissecados pela doutrina nacional, haverá de propiciar – e, por certo, tem propiciado – uma união de esforços entre o Poder Público e a iniciativa privada. Espera-se, sinceramente, que, mercê de um relacionamento honesto, transparente e objetivando preponderantemente o bem comum, a lei editada sempre venha a merecer aplicação à altura das justas expectativas da comunidade.*¹¹²

¹¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *As concessões, permissões e autorizações de serviço público*. p. 424.

Exatamente essa é a expectativa que a lei 11.079/2004 renovou ao ser inserida no ordenamento jurídico brasileiro, resta-nos agora aguardar que essas expectativas sejam efetivamente atendidas, fato que irá auxiliar o Poder Público a propiciar a prestação dos serviços públicos de modo muito mais efetivo.

9 REFERÊNCIAS

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *Princípios constitucionais dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, nº. 4, p. 105-143, abr./jun., 2005.

ARINO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Interesse Público*, Porto Alegre, nº. 16, p. 13-22, out./dez. 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. (Coord). *Direito Administrativo Contemporâneo. Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 307-320.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo – estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O controle da Administração Pública. *Control de la administración pública. Segundo congreso iberoamericano de derecho administrativo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, nº. 366, p. 33-49. 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviço público e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Actualidad em el derecho público*, Buenos Aires, nº. 18/20, p. 61-73, jan./dez. 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. *Interesse Público*, Porto Alegre, nº. 6, p. 11-47, abr./jun. 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A nova lei de concessões – Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Genesis revista de direito administrativo aplicado*, Curitiba, nº. 05, p. 339-344, jun. 1995.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. As concessões, permissões e autorizações de serviço público. In: MARTINS CARDOZO, José Eduardo, LOPES QUEIROZ, João Eduardo e BATISTA DOS SANTOS, Márcia Walquíria (Coordenadores). *Curso de direito administrativo econômico*, São Paulo: Malheiros, 2006. p. 408-437.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público – serviços públicos. Na Constituição Federal de 1988. In: RUIZ, Jorge Fernández (Coord.). *Derecho administrativo*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 3-27.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. e BLANCHET, Luiz Alberto (Coordenadores). *Serviços públicos: estudos dirigidos*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 11-46.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O serviço público. In: DALPIAZZO, Carlos E. (Coord.). *Estudios jurídicos em homenagem al prof. Mariano R. Brito*, Montevideo: Fundacion de cultura universitaria, 2008. p. 603-607.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Crise econômica e reforma do Estado no Brasil.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Editora 34, 2002.

CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência Brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*, São Paulo, Malheiros, 2004.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1994.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias público-privadas: relatos de algumas experiências internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*, São Paulo: Malheiros, 2004.

COSSALTER, Philippe. A *Private Finance Initiative*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, nº. 6, p. 127-180, abr./jun.2004, p. 127/179.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20 ed., São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). *O Direito regulatório, temas polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERREIRA, Eduardo Paz; REBELO, Marta. O novo Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas em Portugal. *Revista de Direito público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n.º 4, p. 63-79, out./dez., 2003.

FERREIRA, Ademir Montes; BARBOSA DOS SANTOS, Jonábio. As parcerias público-privadas e o sistema normativo brasileiro. *Revista IOB de direito administrativo*, São Paulo, ano 1, n.º 8, p. 110-165, agosto, 2006.

FIGUEIREDO, LÚCIA VALLE. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPP's): Características, Regulação e Princípios, *Revista de Interesse Público*, Porto Alegre, ano VI, n. 29, p. 13-62, jan./fev. 2005.

FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPP's) e desafios regulatórios, A&C *Revista de Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 2006, n.º. 23, p. 145-175, jan./mar. 2006.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)*. Coimbra: Almedina, 1999.

GONÇALVES, Pedro. *O Contrato Administrativo – uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*. Coimbra: Almedina, 2003.

GONÇALVES, Pedro. Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado regulador. In: MOREIRA, Vital (Coord.). *Estudos de regulação pública – I*, Coimbra, Coimbra, 2004.

GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. (tradução de Marco Aurélio Greco). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOUVEIA, Rodrigo. *Direito Público e regulação 2 – Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Contribuição e crítica da ordem econômica na Constituição de 1988*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca da concessão de serviço público. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (Org.). *Estudos em homenagem*

a Geraldo Ataliba: *Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de Rodovias – A Experiência Brasileira. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas, São Paulo, Malheiros, 2004*.

JUSTEN, Monica Spezia. *A Noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 11 ed. São Paulo: RT, 2007.

MEDAUAR, Odete. (Coord.) *Concessão de serviço público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MILESKI, Helio Saul. Parcerias público-privadas: fundamentos, aplicação e alcance da Lei, elementos definidores, princípios, regras específicas para licitações e contratos, aspectos controvertidos, controle e perspectivas de aplicação da Lei 11.079, de 30.12.2004. *Interesse público: Revista bimestral de Direito Público*, Rio Grande do Sul, 2005, p. 63-92.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 136, p. 315-325, out./dez. 1997.

MONTEIRO, Vera. Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil – Aspectos Fiscais desse novo modelo de contratação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*, São Paulo, Malheiros, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das Licitações para Obras de Infra-Estrutura e a Nova Lei de Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*, São Paulo, Malheiros, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. As agências executivas brasileiras e os “contratos de gestão”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 229, p. 135-151, jul./set. 2002.

MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Européia. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, nº. 1, p. 227/248, jan./mar. 2003.

MOREIRA, Vital. *Direito Público e Regulação 5 – Estudos de Regulação Pública – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agência Reguladora de serviços públicos*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, Curso de pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, maio/2000.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Direito administrativo: origens, perspectivas e outros temas*. Curitiba: Juruá, 2003.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 3 ed. ampl. e atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviços públicos*. Belo Horizonte: Forum, 2006.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

SALOMONI, Jorge Luis. *Teoria general de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Econômico*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos de concessão de serviços públicos – equilíbrio econômico-financeiro*. Curitiba: Juruá, 2002.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: O direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*, São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ary (Coord). *Parcerias Público-Privadas*, São Paulo: Malheiros, 2005.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*, São Paulo: Saraiva, 1975.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº. 202, p. 1-10, out./dez. 1995.

TÁCITO, Caio. A reforma do Estado e a modernidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 1-7, jan./mar. 1999.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: (estudos e pareceres)*. vol. 2 Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VALLE, Vanice Lírio do. Repartição objetiva de riscos: desafio de modelagem nas PPP's. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, nº. 22, p. 11/23, out./dez. 2005.

VALLE, Vanice Lírio do. Responsabilidade fiscal e parcerias público-privadas: o significado das diretrizes contidas no art. 4º da Lei 11.079/04. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, 2005.

VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *Parceria público-privada: caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico*, Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito do Estado, Curso de pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, junho/2008.

ZYMLER, Benjamin. A licitações no âmbito das parcerias público-privadas. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 5, nº. 47, jan. 2005, p. 4940-4961.