

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS - PPGCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITO ECONÔMICO

MARIA MARCONIETE FERNANDES PEREIRA

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: O RISCO NO CONTRATO ADMINISTRATIVO
QUANDO DA REPARTIÇÃO E DA RESPONSABILIDADE FISCAL

JOÃO PESSOA
2009

MARIA MARCONIETE FERNANDES PEREIRA

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: O RISCO NO CONTRATO ADMINISTRATIVO
QUANDO DA REPARTIÇÃO E DA RESPONSABILIDADE FISCAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas – PPGCJ, área de concentração em Direito Econômico, da Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. André Regis de Carvalho

Co-Orientadora: Prof^a. Dr^a Hertha Urquiza Baracho

JOÃO PESSOA
2009

P436p Pereira, Maria Marconiete Fernandes.

Parceria público-privada: o risco no contrato administrativo quando da repartição e da responsabilidade fiscal / Maria Marconiete Fernandes Pereira. -- João Pessoa: [s.n.], 2009.

167f.

Orientador: André Regis de Carvalho.

Co-Orientadora: Hertha Urquiza Baracho

Dissertação (Mestrado) – UFPB/CCJ.

1. Direito Econômico. 2. Contratos Administrativos. 3. Lei de Responsabilidade Fiscal.

MARIA MARCONIETE FERNANDES PEREIRA

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: O RISCO NO CONTRATO ADMINISTRATIVO
QUANDO DA REPARTIÇÃO E DA RESPONSABILIDADE FISCAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas – PPGCJ, área de concentração em Direito Econômico, da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Prof. Dr. André Regis de Carvalho
Orientador
Universidade Federal da Paraíba

Profª Drª Hertha Urquiza Baracho
Co-Orientadora
Universidade Federal da Paraíba

Avaliador externo

À Antonio, pela parceria;
Aislan, Rafael e Valéria, meus filhos;
Ao pequeno Gabriel.

Minha gratidão:

Ao Senhor Jesus Cristo que me deu uma nova vida!
Glória a Deus! Pelo seu terno amor e graça!

AGRADECIMENTOS

Ao meu Orientador, Prof. Dr. André Regis, pela inteligência, compreensão e gentileza no trato da orientação no decorrer deste trabalho.

A Prof^a Dr^a Hertha Urquiza, co-orientadora, que sempre esteve disposta a contribuir com sua experiência jurídica para aprimorar os textos que lhe enviei.

A Prof^a. Dr^a. Maria Luiza Pereira de Alencar Maia Feitosa pelas contribuições valiosas para conclusão deste trabalho.

Ao Prof. Dr. Alexandre Belo pela presteza e o prazer de nova convivência após ter sido meu orientador na graduação em Direito.

Ao corpo docente do mestrado em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba, Prof. Dr. Fernando Vasconcelos, Prof. Dr. Rodrigo Toscano de Brito, Prof^a. Dr^a. Ana Luiza Coutinho e Prof^a Dr^a Marcela Varejão.

Agradeço aos meus professores de graduação Prof. Dr. Flamarion e Prof. Dr. Geilson Salomão, pela confiança depositada.

Agradeço aos meus amigos queridos – Renata, Marília, Solange, Nilson, Dilma, Eliane, Josilda, Letácio, Rossana, Betânia, Eduardo -, em especial a Maria José, por tudo o que fizeram por mim, pela amizade e palavras de incentivo.

Ao Governo do Estado da Paraíba, Secretaria da Administração e Controladoria Geral do Estado, pela liberação laboral para conclusão desta dissertação.

Aos colegas mestrandos de Direito Econômico e Direitos Humanos pela harmoniosa convivência.

Ao corpo de funcionários que fazem o Programa de Pós-Graduação, não medindo esforços no atendimento, quando solicitado.

Obrigada a todos!

RESUMO

As transformações econômicas e políticas conduziram a Administração Pública a buscar na seara privada recursos financeiros para investimentos na prestação de serviços públicos. A dissertação pretende analisar a relação contratual da concessão de parcerias público-privadas no que concerne ao risco – tanto a repartição de riscos entre os parceiros, quanto a manutenção do equilíbrio fiscal –, na efetivação da superação da dicotomia público-privado como instrumento de interesse público. Por força constitucional, a delegação desses serviços será pela forma de concessão, por meio do sistema contratual. Com isso, redireciona-se o Direito Administrativo com a perspectiva flexível, sob a contemplação da Constituição, para se moldar a esses novos contornos estatais. Nesse ambiente, o instrumento jurídico administrativo encaminha-se nessa projeção evolutiva, visando atender os objetivos do Estado e do administrado, permitindo, por sua vez, o inter-relacionamento com os institutos do direito civil. Institui-se a concessão de parcerias público-privadas com inovações nas suas cláusulas, reformulando a relação contratual entre o público e o privado. Para materialização dessas inserções, faz-se mister a repartição dos riscos entre os contratantes para que fique assegurada a boa-fé, a segurança jurídica com o sistema de garantias por parte do ente público, culminando com a prossecução do interesse público. Contudo, verificou-se que as normas regradoras do equilíbrio fiscal devem ser confrontadas para fins de impacto nos orçamentos, em que fique assegurada a gestão responsável. Destarte, o presente estudo será desenvolvido num contexto em que a prestação de serviços públicos visa assegurar o desenvolvimento econômico com a cooperação do público e do privado, sem escusar da relevância social desses empreendimentos.

Palavras-chave: Parcerias Público-Privadas. Concessão. Contrato Administrativo. Risco. Lei de Responsabilidade Fiscal.

ABSTRACT

The economic and political transformations have driven Public Administration to search in the private field financial support for investments in public service. This dissertation intends to analyse the contractual relation of the concession of public-private partnerships in what regards the risk – the sharing of risks between partners and maintenance of fiscal balance – in the affirmation of the overcoming of the public-private dichotomy as an instrument of public interest. By constitutional force, the delegation of these services will be in the form of concession, by means of the contractual system. Thus, Administrative Law is redirected with the flexible perspective, contemplated by Constitution, to shape itself to these new state outlines. In this environment, the administrative juridical instrument is taken to an evolutionary projection, aiming to achieve the goals of the State and of the managed, thus permitting the inter-relationship with the institutes of civil rights. The concession of public-private partnerships is established with innovations in its clauses, remaking the contractual relation between public and private. In order to materialise these insertions, the risks must be shared between the contractors to ensure good faith, juridical security with the system of guarantees by the public entity, culminating with the pursuit of public interest. Nevertheless, this study shall be developed in a context in which the rendering of public services aims to ensure economical development with cooperation of public and private, without forgetting their social relevance.

Keywords: Public-Private Partnerships. Concession. Administrative Contract. Risk. Law of Fiscal Responsibility.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- PPP – **Parceria Público-Privada**
- PFI – **Private Finance Initiative**
- SPE - **Sociedade de Propósito Específico**
- PND - **Programa Nacional de Desestatização**
- PPA - **Plano Plurianual**
- LDO – **Lei de Diretrizes Orçamentárias**
- LOA – **Lei Orçamentária Anual**
- UAI - **Unidades de Atendimento Integrado**
- SEPLAG - **Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão**
- LRF – **Lei de Responsabilidade Fiscal**
- CGP – **Comitê Gestor de Parceria**
- CTP - **Comissão Técnica de Parceria Público-Privada**

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	Erro! Indicador não definido.
2 PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SISTEMA DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS BRASILEIRO.....	Erro! Indicador não definido.
2.1 A REFORMA DO ESTADO NO BRASIL: RELEVÂNCIA	Erro! Indicador não definido.
2.2 O SISTEMA DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	26
2.3 CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICO-ECONÔMICA DA CONCESSÃO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004	32
2.4 MODALIDADES DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: CONCESSÃO PATROCINADA E CONCESSÃO ADMINISTRATIVA	36
2.4.1 Concessão patrocinada.....	38
2.4.2 Concessão administrativa.....	42
2.5 SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO (SPE): CONJUGAÇÃO EMPRESARIAL DOS SETORES PÚBLICO E PRIVADO.....	45
2.6 A LEI DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL	48
2.6.1 A concessão administrativa em face dos comandos constitucionais	48
2.6.2 O reforço da garantia contratual por meio de vinculação de receitas	52
3 INSTRUMENTO CONTRATUAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO PÁTRIO	58
3.1 REDIRECIONAMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO EM FACE DE UMA NOVA REALIDADE CONSTITUCIONAL	58
3.2 DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO: ÊNFASE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	62
3.2.1 Tendência à contratualização	71
3.3 INSTRUMENTO CONTRATUAL SOB A ÉGIDE DA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	72
3.4 INSTRUMENTO CONTRATUAL SOB A ÉGIDE DA LEI DE CONCESSÃO E PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	77
3.5 CONTRATO ADMINISTRATIVO POR MEIO DA LEI DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA	86

3.5.1 As garantias contratuais	87
3.5.2 O modo amigável de solução das divergências contratuais: arbitragem.	89
3.6 A APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EM UM CONTEXTO CONTEMPORÂNEO DE CONTRATO DE CONCESSÃO	93
3.7 INCIDÊNCIA DAS NORMAS PRIVATISTAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	95
3.7.1 Princípio da boa-fé	97
3.7.2 Princípio da prossecução do interesse público	98
4 REPARTIÇÃO DE RISCO NO CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA	101
4.1 RISCOS E INCERTEZAS: ENTENDENDO AS CONCEPÇÕES	103
4.2 OS TIPOS DE RISCOS E SUAS IMPLICAÇÕES	108
4.2.1 Risco político.....	111
4.2.2 Risco legal e regulamentar.....	113
4.2.3 Risco de caso fortuito e de força maior	117
4.2.4 Risco extraordinário	119
4.3 EXEMPLOS CONCRETOS.....	120
4.3.1 Parceria público-privada patrocinada: perímetro pontal.....	121
4.3.2 Parceria público-privada administrativa: unidades de atendimento integrado.....	123
5 RISCO DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL FRENTE À LEI DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA	127
5.1 PAPEL FUNDAMENTAL DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS NO REGIME DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL	129
5.2 PLANEJAMENTO À EXECUÇÃO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA	136
5.2.1 Fase interna do procedimento licitatório	139
5.3 GESTÃO RESPONSÁVEL: RESPONSABILIDADE SOCIAL Erro! Indicador não definido.	8
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	150
REFERÊNCIAS	155

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, seguindo o processo da reforma do Estado, reformulou-se com o intuito de diminuir a intervenção do Estado na economia e aumentar a participação de capitais privados nos empreendimentos públicos, seguindo a tendência mundial das privatizações, guardando conformidade aos princípios norteadores da globalização, com o propósito de adquirir capacidade financeira para investimentos capazes de criar condições institucionais de desenvolvimento econômico.

O Estado começou a transferir para a iniciativa privada a responsabilidade pela prestação de serviços públicos, instituindo-se o regime de concessão e permissão disciplinada pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, previsto no artigo 170 da Constituição de 1988, que, paralelamente, impulsiona a livre iniciativa com a participação estatal de intervenção. E é justamente neste contexto, notadamente, influenciado pela visão político-econômica global, na qual a concessão de serviço público começa a ser redesenhada, ganhando impulso no cenário do Estado as parcerias.

No Brasil, no âmbito do governo federal, surgem as concessões especiais – administrativa e patrocinada – como alternativas para a realização de prestação de serviços públicos, disciplinadas da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada (PPP), no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A remodelagem da concessão com a parceria público-privada segue a tendência estrangeira que justifica a necessidade de implementar esse modelo, em razão da escassez de recursos públicos. Modelo este que assenta a possibilidade de cooperação com o setor privado, visando atrair meios financeiros para investimentos em atividade de serviços públicos.

A delineação estrutural da concessão de serviços públicos será materializada em sistema contratual. Notadamente, esculpido na Constituição

Federal de 1988, o artigo 175, parágrafo único, especificamente inciso I, em que a lei infraconstitucional disporá sobre o regime jurídico das empresas concessionárias e o caráter especial do contrato.

Com a consagração do contrato administrativo como instrumento de delegação de serviços públicos e sua permissibilidade no texto constitucional, a concepção da relação contratual assume importante perspectiva de negócio entre o público e o privado. Evidenciando-se a superação da dicotomia entre o ente estatal e o particular, visando o desenvolvimento nacional.

Justifica-se, portanto, a importância da presente pesquisa em razão do contrato administrativo constituir-se em ajuste jurídico de operacionalização das atividades da Administração Pública, com a instituição da concessão de parcerias público-privadas em que resplandece nitidamente a evolução contratual no âmbito do direito público, como instrumento de uniformização de integração econômica. Por conseguinte, o contrato de parcerias público-privadas desempenha o papel fundamental no contexto jurídico, econômico e social, podendo ser visto como ferramenta de colaboração entre os parceiros na efetivação do interesse público, com visão, também, de responsabilidade social.

Nessa perspectiva, formulou-se a problemática, notadamente com o intuito de elucidar os questionamentos que interpõem na relação contratual da concessão de parcerias público-privadas, inseridas no contexto do redirecionamento do Direito Administrativo, as novas relações entre a Administração Pública e o administrado, as inovações das cláusulas contratuais com a previsão da repartição de risco do empreendimento público e a previsão de atender as regras previstas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Nesses termos, o objetivo principal da pesquisa foi analisar a relação contratual da concessão de parcerias público-privadas no que concerne ao risco – tanto a repartição de riscos entre os parceiros, quanto à manutenção do equilíbrio fiscal – na efetivação da superação da dicotomia público-privado, como instrumento de interesse público; para tanto, as inserções do direito comparado proporcionarão uma contribuição para dirimir questões que suscitaram divergências no âmbito da aplicabilidade da doutrina brasileira.

Por sua vez, os objetivos específicos da pesquisa têm como enfático a viabilidade em demonstrar a conjuntura jurídica e econômica das parcerias público-

privadas no cenário da Administração Pública nacional, especificando as modalidades dessas concessões. De tal maneira, faz-se mister apresentar a evolução da relação contratual entre o poder público e o privado, para que se possa distinguir os tipos de riscos e suas repercussões no contrato, examinando o risco quanto ao cumprimento das normas da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Para construção do presente trabalho, o embasamento teórico atinente aos objetivos da pesquisa far-se-á de forma explicativa, já que procura reconhecer os fatores que contribuem para o compartilhamento dos riscos na relação contratual – seja os indicativos para o desenvolvimento e a manutenção do equilíbrio fiscal, seja os preponderantes para a gestão responsável, em confronto com as leis orçamentárias.

Como procedimentos metodológicos serão utilizados o método de abordagem dedutivo para que se possa efetuar um exame da relação contratual da concessão de parcerias público-privadas nas suas inter-relações de negócios, culminando com a especificidade da repartição dos riscos e conformação com o equilíbrio fiscal. Outrossim, empregou-se o método histórico-evolutivo em que serão identificadas as relações decorrentes do contrato administrativo brasileiro. Ademais, a pesquisa bibliográfica documental constituiu o arcabouço fundamental para a formação do referencial teórico para a estrutura de toda a pesquisa e levada a produzir sistemática interpretação do contrato de parcerias público-privadas, levando a efeito por publicações doutrinárias e documentos oficiais.

Para discorrer sobre a temática proposta, este trabalho foi estruturado em quatro capítulos. Assim, o primeiro capítulo versa sobre a importância da reforma do estado, repercutindo na concessão de prestação de serviços públicos, na qual a instituição de parcerias público-privadas encontra-se inserida, demonstrando sua contextualização jurídico-econômica. Evidenciar-se-á a conjugação empresarial dos setores público e privado, estranha à estrutura do poder estatal, para implantar e gerir o objeto proposto, na forma de PPP; ademais, será suscitada a temática da interpretação da Lei das PPPs, tendo como ótica a Constituição Federal.

O segundo capítulo consiste em demonstrar o redirecionamento do Direito Administrativo na visão da Constituição, encaminhando a evolução do contrato administrativo na importância do momento histórico de cada forma estrutural, desde a Lei de licitações e contratos administrativos, avançando o da concessão comum

de serviços públicos, culminando com o fenômeno do contrato de parceria público-privada em suas transformações e superação da dicotomia público-privado. Nesse ponto serão examinadas as legislações pertinentes com ênfase nas normas referentes às cláusulas contratuais de cada representatividade.

Em seguida, o terceiro capítulo, demonstra a inovação da relação contratual de parcerias público-privadas no que se refere à repartição do risco entre os parceiros, público e privado, nas áleas ordinárias e extraordinárias, em termos paradigmáticos, visando identificar o contrato como instrumento de convergência dos negócios de prestação de serviços públicos, em consonância com o interesse público. Por sua vez, as inovações contratuais deverão ser examinadas dentro da evolução nos lindes do Direito Administrativo em conjunto com o Direito Econômico.

Por fim, o último capítulo procura mostrar a importância do cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal nesse processo contratual de longa duração, evidenciando as leis orçamentárias no planejamento estatal, culminando com a gestão responsável, não somente fiscal, mas, imprescindível, a social.

2 PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SISTEMA DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS BRASILEIRO

A parceria entre o setor público e privado, presente no direito positivo brasileiro, tem na concessão um instituto representativo de prestação de serviços públicos por delegação como alternativa de atividade de gestão pública de forma instrumental, haja vista a sua função de atender às necessidades coletivas com qualidade e eficiência.

As mutações sobrevindas nos planos legislativos de cunho constitucional, ideológicos, financeiros, fiscal, orçamentário e social provocaram uma abordagem de atuação da gestão de serviços públicos, culminando com a parceria público-privada, provocando alterações no ordenamento jurídico, conforme o modelo concessionário adotado e sua forma de representação.

Assim, o presente capítulo discorre acerca da parceria público-privada em uma visão contextualizada da concessão de serviços públicos, visto que a concessão já tem sua previsão constitucional, em que, basicamente, a cobrança tarifária, ou sua ausência, torna-se relevante para direcionar a modalidade prevista pela legislação.

Ressalte-se que a parceria público-privada trouxe uma legislação renovada em matéria de conjugação de esforços em termos empresariais, culminando com uma discussão da modalidade de tal parceria administrativa e a maneira de garantias, agora, pela Administração Pública ao privado.

Para compreender essa conjuntura, é preciso considerar os fatores internos que concorrem para mutações da estrutura da gestão do Estado decorridos desde os anos setenta e, com o transcorrer dos tempos, remodelou o perfil estatal. A redefinição da gestão estatal não descarta a relevância dos processos externos que impactaram a discussão da reforma do Estado, em face da crise que assolou o Brasil¹.

¹ A crise do Estado amplia-se na América Latina; não se trata de caso isolado brasileiro: abrange México, Argentina, Peru e Bolívia, com suas peculiaridades, notadamente na crise fiscal, com exceção da Colômbia, que não demonstrou ter passado por uma crise acentuada, em comparação

2.1 A REFORMA DO ESTADO NO BRASIL: RELEVÂNCIA

A crise do Estado é decorrente de uma situação paradigmática que presenciava o *milagre brasileiro*, e, por sua vez, suscitava a interferência de fatores políticos e sociais que passa necessariamente pelo impacto da dívida pública, principalmente na década de setenta, caracterizado pelos empréstimos externos, desencadeando o aumento da dívida interna. Com o objetivo de justificar o desenvolvimento do país, adotou-se o modelo de substituição das importações como forma estratégica de política econômica de governo. Concomitantemente, agrega-se o descontrole fiscal governamental com repercussão nas finanças públicas, e conseqüentemente, há um crescente descrédito das instituições políticas.

As ideias exógenas para a crise da dívida se baseavam em programas de financiamentos externos por meio de instituições, requerendo a prioridade do equilíbrio do orçamento público. As decisões pleiteadas ao Estado eram no sentido de reduzir as despesas orçamentárias de investimentos e de custeio. Nesse diapasão, a estabilização planejada se justificava na impossibilidade de o Estado aplicar em investimentos. O modelo governamental de políticas econômicas começa a se deteriorar; inicia-se o processo de abertura política². Não se pode desassociar política econômica de democracia.

Nos anos oitenta, a tônica foi à crise fiscal com dívidas exorbitantes e patente desequilíbrio dos orçamentos por parte dos governos, direcionando a um desmoronamento das finanças públicas. O Estado brasileiro ficou impossibilitado de promover o desenvolvimento econômico, visto que a capacidade de financiamento em serviços públicos e infraestrutura estavam exauridas em decorrência do pagamento dos serviços da dívida. Vale acrescentar uma nova particularidade trazida pela via internacional, qual seja a globalização. Em contrapartida, a mudança

aos outros países, aliada ao impacto de fatores da recessão americana, ao aumento das taxas de juros e à crise do petróleo.

² A ideia central então concebida era a de que a redemocratização tornara-se inevitável, mas que este fato não se devia a uma mera estratégia do regime militar para recuperar legitimidade, [...], porém havia um projeto de hegemonia política com a sociedade civil, sem, contudo, desconsiderar as lutas populares realizadas pelos trabalhadores, intelectuais, comunidades eclesiais e setores da burguesia. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e crise no Brasil: história, economia e política de Getúlio Vargas a Lula*. 5. ed. São Paulo: 34, 2003, p. 210-211.

dos governos da Inglaterra e dos Estados Unidos, com prognósticos de um estado excessivamente grande e dispendioso, propiciaram uma reengenharia de gestão baseada nas ideias neoliberais, no percalço para diminuir o Estado e, ao mesmo tempo, promover programas destinados ao desenvolvimento. No entanto, para Luiz Carlos Bresser-Pereira³, “uma crise fiscal significa que o Estado não dispõe de recursos para financiar novas políticas econômicas; irá repercutir no plano social, conseqüentemente provocará uma crise de legitimidade”.

No campo mundial, a política de estabilização e equilíbrio fiscal ganha fôlego, decorrência, principalmente, dos organismos internacionais não-estatais, requerendo uma nova agenda mundial. A reforma do Estado começa a ser modelada, com direcionamento para o mercado, porém inicia-se pela reforma administrativa. Na concepção de Eli Diniz⁴, “o objetivo de reformar o Estado é parte intrínseca de um processo mais amplo de fortalecimento das condições de governabilidade democrática”.

No final da década de oitenta, apesar da crise política transcorrida emblematicamente pelo governo de Fernando Collor, implementou-se medidas de reformas econômicas dirigidas ao mercado, como a privatização e a liberalização comercial com a diminuição das tarifas em relação às importações e ao ajustamento fiscal. O foco na privatização gera a presunção de levantamento de recursos financeiros para o Estado, paralelamente à diminuição de despesas, na medida em que há um enxugamento da máquina estatal, portanto, capacitado, financeiramente, em investir em atividades suscetíveis à promoção de desenvolvimento ou para diminuição da dívida pública.

Com as reformas vieram a participação efetiva das agências de financiamento e a interferência internacional, acompanhadas de propostas de equilíbrio orçamentário e fiscal, além de políticas direcionadas ao mercado. Ações reformistas baseadas na ideologia que se tornaram conhecidas como *neoliberalismo*, fundadas em políticas elaboradas para dar plena autonomia às forças de mercado. “Estratégias que provocaram críticas demonizando o Estado, ao

³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*. São Paulo: 34, 1996, p.122.

⁴ DINIZ, Eli. *Em busca de um novo paradigma: a reforma do Estado no Brasil dos anos 90*. 1996. Disponível em: <http://www.seade.gov.br/produtos/spp/v10n04/v10n04_02.pdf>. Acesso em: 08 jul.2009.

invés de concentrarem nas mudanças institucionais que iriam melhorar seu desempenho”⁵. Por outra face, de acordo com os acontecimentos de decisões governamentais, em nome de um enfoque racional e não populista acerca da pauta de prioridades, a exigência de maior inflexibilidade na gestão dos recursos públicos viria a desaconselhar qualquer postura favorável ao aumento dos gastos sociais. O discurso para êxito das políticas adotadas fora interpretado, do ponto de vista estatal, em termos da necessidade de manter a efetividade dos mecanismos de controle e disciplina, de forma a reduzir os fatores de instabilidade⁶.

Seguindo, notadamente, a redefinição das estratégias de mudanças em seguimentos de políticas econômicas, levou-se a efeito a reforma administrativa no aparato estatal. O desenho institucional teria que se ajustar aos novos tempos. Por um lado, o mercado mundial globalizado competitivo e, por outro, a própria sociedade requisitava serviços públicos eficientes.

A exposição de motivos para implementar a reforma do aparelho do Estado, passa inexoravelmente pela alteração constitucional. Foram apontadas três áreas necessárias a ajustes, decorrentes, evidentemente, da crise do Estado: a crise fiscal, crise do modo de intervenção do Estado na economia e crise do próprio aparelho estatal. Com a emenda constitucional proposta o fator determinante a alcançar seria o desenvolvimento econômico, investida com foco em nova gestão voltada a resultados traduzidos em serviços públicos eficientes e respeito aos direitos e demandas da sociedade, no intuito, por fim, de superar a crise fiscal.

A Administração Pública delineava-se nos seguintes fatores:

- (1) descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais;
- (2) descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos;
- (3) organizações com poucos níveis hierárquicos ao invés de piramidal;
- (4) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total;

⁵ EVANS, Peter B. Análise do Estado no mundo neoliberal: uma abordagem institucional comparativa. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, n. 4, jul./dez. 1998, p. 53-54.

⁶ DINIZ, Eli. *Em busca de um novo paradigma: a reforma do Estado no Brasil dos anos 90*. 1996. Disponível em: <http://www.seade.gov.br/produtos/spp/v10n04/v10n04_02.pdf>. Acesso em: 08 jul.2009.

- (5) controle por resultados, *a posteriori*, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e
- (6) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés e auto-referida⁷.

Nessa perspectiva de redefinição do papel do Estado, constata-se um campo fundamental, o público não-estatal, que poderá ensejar formas de relação entre Estado e privado. Segundo Peter B. Evans⁸, “pensar em como os Estados podem ir mais longe que simplesmente prover um ambiente estável para o capital privado significa olhar mais de perto as relações Estado-sociedade. Relação intrínseca advinda do capitalismo e o Estado, proporcionada pelo crescente regime democrático”.

Na conjuntura da reforma do Estado há uma reestruturação institucional administrativa, em que a Administração Pública burocrática baseada no formalismo e no controle rígido dos processos, molda-se a administração gerencial, focada na eficiência e nos resultados, capaz de atender as exigências da flexibilização, tendo como fim o cidadão.

Paulo Modesto⁹, comentando acerca da eficiência como princípio da Administração Pública, esclarece:

Compreendê-lo como princípio pluridimensional (*sic*), que não deve ser reduzido à mera economicidade no uso dos recursos públicos, [...], a imposição de atuação eficiente, do ponto de vista jurídico, refere a duas dimensões da atividade administrativa indissociáveis:

- a) a dimensão da racionalidade e otimização no uso dos meios;
- b) a dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública.

Neste contexto, a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, pacificou as mudanças nos contornos do Estado, introduzindo padrões institucionais

⁷BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. *Revista de Serviço Público*, Brasília: ENAP, a. 49, n.1, jan./mar. 1998, p. 9.

⁸EVANS, Peter B. Análise do Estado no mundo neoliberal: uma abordagem institucional comparativa. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, n. 4, jul./dez. 1998, p. 64.

⁹MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.10, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 20 jul.2009.

na Administração Pública para traduzir em atendimento as demandas sociais perquiridas pela sociedade, especialmente em serviços públicos. Notadamente, as reformas foram influenciadas pela concepção trazida por Osborne e Gaebler, que cunharam a expressão “reinventar o governo”, no sentido de uma administração descentralizada, com primazia na eficiência e no cidadão.

Para construção da descentralização, definem-se os setores do Estado que devem figurar como focos fundamentais da reforma, quais sejam: o núcleo estratégico, o setor de atividades exclusivas, os serviços não-exclusivos e a produção de bens e serviços para o mercado. Sendo que no núcleo estratégico figuram os órgãos do governo em que se definem as leis e as políticas públicas. No setor de atividades exclusivas concentram-se aquilo que somente o Estado pode prestar, como os poderes de regulamentar, fiscalizar e fomentar. Em relação aos serviços não-exclusivos, correspondem ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações privadas ou públicas não estatais; são os serviços sociais do Estado. O setor de produção de bens e serviços para o mercado refere-se às empresas estatais.

Nessa perspectiva, o projeto de privatização enfatizado pelo setor de atividades não-exclusivas do Estado, fomentando a participação do setor privado no âmbito dessas atividades, estabelecendo a forma regulatória para fins de correção de “falhas de mercado”, proporcionou a criação de novos mecanismos jurídico-institucionais de participação de diferentes setores da sociedade civil no controle democrático do processo de formulação de conteúdo da regulação de setores da economia brasileira¹⁰.

Justifica-se essa conjuntura, à medida que o Estado brasileiro adotou o sistema capitalista, com limitações de intervenção no domínio econômico¹¹, dentro de uma perspectiva consagrada pela Constituição Econômica, que fixa o dever-ser

¹⁰MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do Estado regulador. *Novos Estudos*. CEBRAP, São Paulo, n.76, nov. 2006, p. 151.

¹¹“Na verdade, a intervenção é um fenômeno historicamente permanente. Sempre existiram formas de intervenção na economia por parte do Estado, embora qualitativa e quantitativamente diferentes das que são características do Estado de Direito Social dos nossos dias”. MONCADA, Luís S. Cabral. *Direito Económico*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p.18.

para a vida econômica, ou seja, estabelecendo os parâmetros constitucionais para as políticas econômicas do Estado e dos particulares¹².

A necessidade de intervenção por parte do poder público, que, do ponto de vista pragmático, cumpre, portanto, reconhecer o problema urgente que se coloca perante a sociedade brasileira, no sentido de modernizar a estrutura do Estado Brasileiro a fim de dar resposta adequada aos desafios que lhe são postos. Por isso a conveniência do Estado em procurar desempenhar atividade econômica diretamente ou prestar serviços públicos por meio de concessão ou permissão. Essa prestação consiste em toda a atividade de pôr à disposição utilidade ou comodidade material com o fim de satisfazer a coletividade, mas frutífero singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob regime de Direito Público¹³.

A assunção de serviços públicos por particulares remete a necessidade estatal de recursos, aliada à capacidade de prestá-los eficientemente, visto que quase toda prestação de serviços públicos era oferecida por meio das chamadas “administração indireta”.

Com efeito, o Estado com deficiência de recursos para reformar e ampliar, principalmente o setor de infraestrutura, o aumento da máquina administrativa, descontrole orçamentário das contas públicas e, depois, pela ineficiência das estatais prestadoras de serviços públicos, começa a repensar o seu papel, seguindo, notadamente, a tendência mundial de modernização administrativa, somente possível por meio das privatizações.

A privatização, no caso brasileiro, constituiu uma das estratégias de maior relevância a fim de avançar com a reforma do Estado. Uma das principais metas da privatização era propiciar uma melhoria na qualidade dos serviços prestados à população brasileira, por meio de investimentos a serem realizados pelos novos controladores¹⁴.

¹²CLARK, Giovani. Política Econômica e Estado. *Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico*, Belo Horizonte, v. 2, 2008/2009, p. 38.

¹³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 612.

¹⁴BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. *Privatização no Brasil 1990-1994/1995-2002*. 2002. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/publicacoes/catalogo/Priv_Gov.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2009.

Para compreender o sistema de privatização, faz-se mister analisar a decorrência histórica, inicialmente com a presença das estatais na economia brasileira, que assim sintetiza Odete Medauar¹⁵:

As estatais tiveram grande expansão nas décadas de 60 e 70. Sua situação, no geral, suscitou vários problemas. Os objetivos de eficiência e agilidade não foram atingidos. Tornaram-se “cabides” de empregos e feudos de grupos políticos. Acarretaram grandes dívidas e “déficits” que o Tesouro Público tinha que cobrir; este, por sua vez, ante a escassez de recursos, não poderia arcar com tais rombos. Os muitos mecanismos criados para controlar as estatais revelaram-se ineficazes. No Brasil há mais de uma década a imprensa vem noticiando, com frequência, os problemas relativos aos “déficits”, ineficiências, abusos e incontrolabilidade das estatais.

Surgiu, então, a partir da década de 80, um movimento inverso, tanto nos países desenvolvidos, como nos países menos desenvolvidos, no sentido de transferir para o setor privado entes estatais ou áreas absorvidas pelo Estado. Ante o quadro acima, esse movimento teve motivos pragmáticos, para liberar o Estado dos custos das estatais e arrecadar recursos, e por motivos políticos, para criar nova dinâmica econômica, inspirada no exemplo inglês (privatizações da era Thatcher) e americano. Esse movimento recebe nomes diversos: reforma do Estado, redução do setor público, desestatização, desregulamentação, privatização.

Por conseguinte, o Estado tinha uma participação excessiva na economia, com controle expressivo no sistema de capitais privados. A necessidade de mudança no papel do Estado frente à economia, inicialmente, não está baseada em perspectiva ideológica, mas sim em decorrência das transformações de mercado, tendo em vista o processo inflacionário e a crise cambial. Esse quadro afetava diretamente as estatais, provocando impactos na dívida, haja vista os empréstimos externos contraídos. Ademais, acrescentem-se as empresas que foram utilizadas como instrumento de políticas do governo. Inicia-se a agenda da política econômica com a inclusão da privatização, primeiramente com a reprivatização de empresas que foram absorvidas pelo Estado em função das dificuldades financeiras. Nesta fase, década de oitenta, o objetivo principal era o desfazimento das empresas e não, necessariamente, gerar receitas, mas evitar a ampliação da presença do Estado na economia.

¹⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p.102.

O ponto relevante da mudança de modelo desenvolvimentista do Estado tinha foco na eficiência; era, portanto, necessário reorientar a política econômica, na medida em que as próprias crises fiscal e externa limitavam a capacidade do Estado de continuar utilizando a empresa estatal como instrumento de política econômica, uma vez que ela servia à acumulação de capital, e o fazia à custa de elevado ônus sobre a eficiência¹⁶.

Notadamente, a privatização interligou-se a reformas econômicas com o advento do Programa Nacional de Desestatização (PND)¹⁷, no início da década de noventa, abrangendo, inicialmente, os setores de siderurgia, fertilizantes e petroquímica. Nesse horizonte, tinha um elevado otimismo de receitas geradas pelas vendas das estatais para reduzir a dívida pública (assim se pensava), o que tornaria a colocar o Estado na rota de crescimento.

Faz-se mister registrar a expansão da privatização por meio do PND, concomitantemente a sustentabilidade do plano real, permitindo uma simbiose de estabilização fiscal. A ampliação do Programa Nacional de Desestatização permite que os serviços públicos sejam transferidos ao setor privado. Em contraponto, as reformas constitucionais foram sendo realizadas para ajustar as reformas estruturais do Estado, visando uma melhor adequação ao mercado. Agrega-se também a reforma administrativa que estipula a descentralização dos serviços públicos, a criação das agências reguladoras e o uso mais amplo dos contratos de gestão para fornecimento de serviços públicos por terceiro do setor privado¹⁸.

¹⁶ PINHEIRO, Armando Castelar. *As Reformas Estruturais. Privatização no Brasil: Por quê? Até onde? Até quando?* 1999. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/li vro/eco90_05.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2009.

¹⁷ O Programa Nacional de Desestatização tornou realidade às reformas econômicas com a promoção da privatização, no Brasil, instituindo, portanto, a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, com objetivos, dentre outros, de: reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público e permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada (artigo 1º incisos I e III). A privatização, também, alcançou as empresas que prestam serviços públicos, efetivamente mediante a delegação, pelo Poder Público, da concessão ou permissão do serviço objeto da exploração, observada a legislação específica (artigo 7º). A Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997 revoga a Lei nº 8.031/90, em relação aos procedimentos relativos ao PND, em que as desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais: concessão, permissão ou autorização de serviços públicos (artigo 4º inciso V).

¹⁸ CARNEIRO, Francisco Galvão; ROCHA, Carlos Henrique. *Reforma do setor público na América Latina: uma perspectiva comparada.* 2000. Disponível em:

Para avançar na propositura do redesenho do papel do Estado, de forma a concretizar, mesmo a longo prazo, um equilíbrio das finanças públicas, inspirada em experiências de Nova Zelândia, através do *Fiscal Responsibility Act* e dos Estados Unidos com o *Budget Enforcement Act*, além do plano *Fiscal Transparency*, do Fundo Monetário Internacional, o governo brasileiro sanciona a Lei Complementar nº 101, de 5 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal.

O objetivo em se buscar a equalização fiscal se traduz nas normas do Programa de Estabilidade Fiscal, em que:

O equilíbrio das contas públicas representa um passo decisivo na redefinição do modelo econômico brasileiro. Trata-se, em essência, da introdução de mudanças fundamentais no regime fiscal do país, com o objetivo de promover o equilíbrio definitivo das contas públicas na velocidade necessária para permitir a consolidação dos três objetivos básicos do Plano Real: estabilidade da moeda, crescimento sustentado com mudança estrutural e ganhos de produtividade, e a melhoria progressiva das condições de vida da população brasileira¹⁹.

O instrumento da disciplina fiscal tem a premissa de vir a reforçar as condições para a retomada sustentada do crescimento do país, segundo prognóstico quando da sanção da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), porém, assim se pronunciou Marcos Antônio Rios Nóbrega e Carlos Maurício Cabral Figueiredo²⁰:

Malgrado as opiniões contrárias – e o argumento daqueles que pensam diferente é o de que um país ajustado, do ponto de vista fiscal, poderá empreender, numa etapa posterior, programas de cunho social ou, em outras palavras, o desajuste fiscal é socialmente injusto –, a LRF apresenta um princípio e uma preocupação básica: o equilíbrio entre receitas ou despesas. Não há nenhuma diretriz de cunho social ou mesmo a possibilidade da adoção de políticas compensatórias, mesmo que momentaneamente, pois estas

<http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/o_cde/ocde02.pdf>. Acesso em: 21 jul.2009.

¹⁹BRASIL. Ministério da Fazenda. *Programa de Estabilidade Fiscal*. 1998. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/ajuste/respef.asp>>. Acesso em: 22 jul.2009.

²⁰NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da; FIGUEIREDO, Carlos Maurício Cabral. *Lei de Responsabilidade Fiscal: aspectos gerais*. 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/bf_bancos/e00_01340.pdf>. Acesso em: 22 jul.2009.

poderiam comprometer o equilíbrio das contas públicas. Dessa forma, vislumbramos uma certa “miopia social” no novo padrão fiscal que se pretende implantar.

A proposta de mudança do regime fiscal se fundamenta na prudência e na transparência, contemplando normas e limites para uma nova postura de conduta dos gestores públicos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nas esferas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, impondo limites nos gastos de recursos públicos.

À guisa de conclusão, o ajuste estabilizador e as reformas estruturais são uma tendência geral na realidade, verificada nas sociedades e economias diversas. O componente de originalidade está fincado pelos modos de implementação dessas políticas, que alcançaram bons níveis de eficácia técnica e viabilidade política por sua adequação às singulares condições de cada país²¹.

2.2O SISTEMA DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O afastamento do Estado para dar lugar ao privado é uma realidade inevitável, tendo em vista a situação orçamentária e financeira do Estado dentro desse contexto de mudanças econômicas e demandas sociais. Daí, a necessidade de a Administração Pública brasileira começar a delinear uma nova roupagem ou um renovo de prestação de serviços com a concessão.

Porém, o instituto de concessão não é novidade no sistema brasileiro, visto que, na época de trinta, serviços públicos foram possibilitados por meio de concessões, dentro da ideia de serviços com direito à exclusividade, no intuito de não consentir uma possível concorrência de mercado, diferentemente do sentido abarcado atualmente.

²¹ PUCEIRO, Zuleta. O processo de globalização e a reforma do Estado. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 117.

A Constituição Federal de 1934 já fazia menção à exploração de serviços públicos por concessão, conforme previsão no artigo 137:

Artigo 137. A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços²².

A outorga da concessão se configura como uma opção acerca do desempenho dos serviços públicos, que abrange regras concernentes à relação entre a iniciativa privada e o Estado no âmbito econômico e a comunidade a quem os serviços são prestados²³.

Lucio Caceres²⁴ assim definiu a concessão como: “La explotación por un privado de un bien o servicio de propiedad pública, por un determinado plazo, assumiendo como contraprestación un precio que permita recuperar los costos incurridos y obtener un beneficio”.

A prestação dos serviços públicos, embora exercida pelo privado, permeia-se sob a contemplação do direito público, ademais, os poderes conferidos ao Estado-Administração são instrumentais, isto é, estão vinculados à satisfação de uma finalidade cogente²⁵. Esse efeito revalorizador da concessão de serviço público se firma pela edição da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, complementadas pelas disposições da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, em que o poder concedente remunera o concessionário por meio de tarifas, e, quando envolver

²²BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 24 nov.2008.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 01, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 11 nov.2008.

²⁴CACERES, Lucio. Perspectiva Sul-Americana – visão estratégica do setor público. In: *Seminário Internacional Parceria Público-Privada na Prestação de Serviços de Infraestrutura MRE-BID-BNDES*, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/publicacoes/catalogo/s_ppp.asp>. Acesso em: 28 nov.2008.

²⁵ NASSER, Imad. As Privatizações à luz do ditado constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2449>>. Acesso em: 28 nov.2008.

obras, estas serão retribuídas mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; todavia, é o artigo 2º, inciso II que melhor esclarece o papel de concessão nesse contexto:

Artigo 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I – *omissis*

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;²⁶

Nessa conjuntura, Romeu Felipe Bacellar Filho²⁷ pronuncia que a Lei de concessão ingressa para possibilitar a implementação – nos termos de uma política socioliberal – da tão sonhada e decantada parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, propiciando a realização de empreendimentos que, sem dúvida, quanto aos seus objetivos finalísticos, podem atender às exigências do bem comum.

A concessão prevista na referida Lei envolve a exploração de serviços e obras, mas o risco do empreendimento cabe ao concessionário e a delegação, em contrapartida, possibilita a exploração econômica por meio de cobrança de tarifas aos usuários e outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.

Envolto nessa transferência ao particular, o Estado não se exime de interferir quando impõe regras para a atividade a ser explorada, tendo a vantagem, nesse tipo de empreendimento, de manter seu poder de controle sobre o concessionário, inclusive a de fixação de preços. A relação contratual entre o poder concedente e o

²⁶ BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de dezembro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 12 nov. 2008.

²⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Natureza contratual das concessões e permissões de serviço público. Anais do Seminário Jurídico “Concessões de Serviços Públicos”, Foz do Iguaçu-PR, 8 e 9 de junho de 2001 apud BOURGES, Fernanda Schuhli. *Serviços Públicos Concedidos: acesso e remuneração*. 2007. 230p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007, p.73.

concessionário é de natureza bilateral, mas sem deixar de ser verticalizada; a remuneração estipulada advém de tarifas previamente estipuladas, ou melhor, propostas por meio de oferta em procedimento licitatório.

Portanto, a legislação da concessão deixa transparente o papel da concessionária, o de execução de serviço adequado, cujas condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas estejam presentes.

Por outro lado, o Estado não deixa de ter sua parcela de responsabilidade no empreendimento. Isto é plausível, pois o investimento a ser feito pelo particular recai sobre soluções determinadas pelo Estado, e que, nesse contexto, passa a ter retorno assegurado por quem fixou um dado modelo de exploração econômica²⁸. Mas a interatividade de mudanças econômicas e demandas sociais coletivas impulsionaram uma ampliação nas relações entre a sociedade e o Estado, instigando um envolvimento do Estado com o particular nos setores em que se demonstra uma efetiva interferência para fins de desenvolvimento, não somente econômico, mas também de responsabilidade social.

O Estado para alcançar tal desiderato se associa a parceiros privados se sobrepujando de suas próprias limitações financeiras, técnicas e empresariais para se posicionar como parceiro econômico, despojando de prerrogativas anacrônicas²⁹ contratuais. Exige-se um alto volume de investimento financeiro para se perquirir o desenvolvimento, sobretudo no que se refere em envolver a área de infraestrutura, da qual o Estado, orçamentário e financeiramente, viu-se impossibilitado.

O Estado precisa ser eficaz. Para tanto, necessita impulsionar a prestação de serviços públicos de qualidade na busca de assimilar o que há de positivo na gestão dos negócios privados, objetivando a satisfação da coletividade. Com isso, deverá procurar desenvolver sua capacidade estratégica de atuar em conjunto com o setor privado, aumentando o grau de *accountability*³⁰.

²⁸CÂMARA, Jacinto 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, 2005, p. 162.

²⁹MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do Estado na economia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, a. 3, n.11, jul./set. 2005, p. 108.

³⁰Considera-se *accountability* a legítima capacidade de agir e a transparência de seus processos, conjugados com a responsabilização do agente. MOREIRA, Egon Bockmann. Riscos, incertezas e concessões de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, a. 5, n.20, out./dez. 2007, p. 37.

Iniciou-se na década de oitenta, no Reino Unido, com o financiamento privado para desenvolvimento de serviços públicos a *Private Finance Initiative* (PFI), renovando a ideia de contratação do setor público com o privado, em que os recursos financeiros aliados à eficiência privada fossem primordiais nesta empreitada. Essa iniciativa surge numa fase pós-privatização, com enfoque sobre serviços públicos, na melhoria de infraestrutura e qualidade na prestação dos mesmos, já que não dispunham de recursos financeiros suficientes para tais investimentos.

O programa de *Private Finance Initiative* tem a sua normatização em instruções editadas pelo governo britânico, que tem como objetivo obter financiamento do setor privado para custear os empreendimentos em serviços públicos. A principal característica da PFI é o propósito de um recurso sistemático à delegação das atividades públicas, por meio de contratos com estrutura financeira padronizada³¹.

As parcerias público-privadas numa perspectiva da evolução dinâmica dos novos tempos evidenciam-se tendo como fundamento cooperação a qual se insere o risco entre os setores público e privado, construídos na especialização de cada parceiro, que melhor encontra claramente definidas as necessidades através da alocação de recursos, risco e recompensas³².

Observa-se que uma parceria entre o público e o privado poderá produzir um construtivo relacionamento entre esses setores, apesar de reconhecer-se que são distintas suas posições no mercado, porém, potencialmente complementares³³, pois há uma necessidade de modernização dos serviços públicos para melhorar a *value for money*³⁴. Essa é uma das condições da pactuação de contratos com o setor privado, em termos de custo e de qualidade³⁵.

³¹COSSALTER, Philippe. A "Private Finance Initiative". In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.437.

³²THE CANADIAN COUNCIL FOR PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS. *Definitions*. [200-]. Disponível em: < http://www.pppcouncil.ca/aboutPPP_definition.asp>. Acesso em: 22 fev. 2009.

³³LONDRES: The Stationery Office. *Public-Private Partnerships – The Government's Approach*. 2000. Disponível em: < http://www.ibl.uni-stuttgartigode/05forschung/ppp/pdf/HM_Treasury/PPP_The_Governments_Approach_pdf_2000.pdf >. Acesso em: 16 nov.2008.

³⁴ Termo em que se refere às vantagens socioeconômicas para a sociedade (benefícios tangíveis e intangíveis) obtidas por meio do fornecimento de determinado serviço por parceiro privado, em determinada qualidade, vis-à-vis os custos (tangíveis e intangíveis) para tornar tal serviço disponível

Países como Portugal, Espanha, Canadá e Inglaterra adotaram as parcerias público-privadas nos seus ordenamentos jurídicos e apresentaram como justificativa dois fatores, sobretudo em relação aos países ainda em desenvolvimento: a falta de disponibilidade de recursos financeiros e a eficiência da gestão do setor privado³⁶.

O Livro Verde, fruto da ausência de normatização no direito comunitário europeu, tem como objetivo debater a aplicação do direito comunitário no que diz respeito aos contratos públicos e concessões de parceria público-privada, em que as apresenta como forma de cooperação entre os dois setores, na qual a evolução dessa parceria decorre, necessariamente, do papel do Estado, no âmbito econômico, que vai desde o papel de operador direto para o de organizador, de regulador e de fiscalizador³⁷.

Entende-se, ainda, que o parceiro público deve voltar-se na definição dos objetivos a alcançar em termos de interesse público, de qualidade dos serviços propostos, de política dos preços e garantir o controle do cumprimento destes objetivos. Por outro lado, o agente econômico tem sua importância, dentro dessa sistemática, visto que participa em todas as suas fases, desde sua concepção à gestão dos serviços.

O fenômeno de PPP, dentro da Comunidade Europeia, explica-se por variados fatores, como os de restrições orçamentárias com que se deparam os Estados-Membros e a necessidade de financiamentos privados para investimentos em infraestrutura, principalmente em transportes, saúde pública, educação e segurança pública. Por sua vez, o Brasil, na pretensão de obter esses investimentos privados, adotou também as parcerias público-privadas na forma de contratação por meio de concessão, em que o parceiro privado é responsável pelo financiamento,

através do método tradicional de contratação, ou através da prestação direta do Estado. MINAS GERAIS (ESTADO). Unidade PPP. *O que é PPP? Glossário PPP*. 2007. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/autor/quelotti>>. Acesso em: 26 abr. 2009.

³⁵Precedente conferido para implantação do Private Finance Initiative na política adotada pelo governo britânico. COSSALTER, Philippe. A "Private Finance Initiative". In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 437.

³⁶CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.339.

³⁷COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro verde sobre as parcerias público-privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*. Bruxelas, 2004. Disponível em: <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/122o12.htm>>. Acesso em: 22 set.2008.

construção e operação da infraestrutura ou pela expansão e atualização de uma infraestrutura já existente.

2.3 CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICO-ECONÔMICA DA CONCESSÃO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004

O processo de avanço das concessões dos serviços públicos na seara da Administração Pública brasileira é ainda suscetível de ponderação quando se vislumbra a sociedade, em tese, a destinatária final dos novos instrumentos instituídos. Acerca dessa conjuntura, Gustavo Henrique Justino de Oliveira³⁸ elucida que:

A desmonopolização de atividades econômicas então desenvolvidas pelo Estado, a utilização em larga escala das formas de delegação de serviços públicos, ao lado da utilização de outras formas de parceria entre o setor público e o privado, a redução do intervencionismo estatal nas atividades econômicas privadas, a criação de agências reguladoras de serviços públicos e atividades econômicas privadas são fatos geradores de grandes inovações no campo do direito administrativo brasileiro, suscitando, de um lado, a reformulação de conceitos e categorias tradicionais e, de outro lado, a instituição de novos modelos de gestão e práticas administrativas.

A concessão de parcerias público-privadas também se encontra no contexto do plano constitucional da ordem econômica brasileira, no artigo 175, “em que 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.”³⁹

Vale frisar que, no propósito de ampliar o relacionamento entre o setor público e o privado, a Lei nº 11.079/2004 torna-se o liame desse sistema em termos de prestação de serviços públicos, instituindo uma moderna contratualização pela

³⁸OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Parcerias público-privadas nos serviços de loterias estaduais*. 2001. Disponível em: <<http://www.utp.br/tuiuticienciaecultura/FCJ/FCJ%2030/PDF/art%204.pdf>> . Acesso em: 20 nov. 2008.

³⁹BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf170a181.htm>. Acesso em: 10 nov.2008.

Administração Pública brasileira, acompanhada pela tendência dos governos mundiais em ultrapassar as fronteiras, anteriormente tão firmadas, do público e do particular, obtendo sucesso com esse modelo. Trata-se de uma medida governamental que tem o objetivo de subsidiar o regime de concessão comum, Lei nº 8.987/95 e 9.074/95, e da Lei de licitações e contratos administrativos, Lei nº 8.666/93, com o intuito de alternativas de contratação, financiamento, de execução e gerenciamento de obras públicas e de serviços.

As normas da Lei de PPPs se aplicam aos órgãos da Administração direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em que sua implementação seja idealizada para abarcar diretrizes com vistas à melhoria da operacionalização da Administração Pública, em razão dos serviços públicos prestados à população, para o desenvolvimento regional que venha proporcionar o bem-estar da sociedade.

Carlos Henrique de Magalhães Marques⁴⁰ esclarece que, no caso brasileiro, as PPPs representam uma evolução e aprimoramento da relação jurídica de colaboração com os administrados, assistidos em matéria de contratos administrativos, em uma ligação na qual sempre foi rígida, superando-a para estreitar uma relação jurídica nova, de associação entre o Estado e a iniciativa privada para que o Estado passe a compartilhar, sob determinadas condições e regramento especial, os riscos do serviço ou atividade, cuja gestão é confiada ao particular.

Uma das razões seria a busca de investimentos, já que o instituto de PPP somente abrangerá obras de grande porte e melhoria de gestão, no sentido da eficiência, captando o melhor do setor privado, proporcionando um empreendedorismo em oferecer serviços de qualidade. Todavia, conforme pontuado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴¹, o retorno do instituto da concessão se dá na mesma inspiração quando das privatizações, razão pela qual a considera como uma de suas modalidades de privatização, em sentido amplo. Em posição discordante,

⁴⁰ MARQUES, Carlos Henrique de Magalhães. As parcerias público-privadas (PPPs) no âmbito da Alca e do Mercosul. *Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico*, Belo Horizonte, n. 01. out./mar. 2008, p. 51. Disponível em: < <http://www.fbde.org.br>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

⁴¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2006, p. 76.

Benjamin Zymler⁴² afirma que “não poderia ser compreendida como privatização, pois os bens construídos ou produzidos pelos parceiros serão, ao término do prazo contratual, revertidos ao Estado, em sentido estrito.” O critério, portanto, para esse enquadramento seria apenas a transferência de ativos à iniciativa privada e posteriormente seu retorno.

Nessa seara, enquadrar-se-á a ideia defendida por Alice Gonzalez Borges⁴³ de que a redução da intervenção estatal na economia, com a onda privatizante, tem o sentido de ceder espaço às formas de parceria com a iniciativa privada. Avançando dessa concepção, a privatização, para Caio Tácito⁴⁴, não significa que somente abrange transferência de atividades à iniciativa privada; caracteriza-se por uma evolução nas relações entre serviço público e iniciativa privada, que se associam para prestar serviços à sociedade.

Ressalte-se que a privatização tem como objetivo central a redução da intervenção do Estado na economia, permitindo uma maior participação de particulares, com o propósito de atrair investimentos em setores economicamente deficientes. Por outra questão, o Estado, para planejar uma possível instalação de parcerias, tipo a PPP, deve ter como norte estratégia de desenvolvimento, no sentido de políticas públicas voltadas tanto para o mercado como para o bem comum da comunidade, e não somente o de atrair recursos financeiros.

Merece destaque o pensamento de Mirjam Bult-Spiering & Geert Dewulf⁴⁵ sobre as significativas diferenças entre a forma de PPPs e a de privatizações:

Nas PPPs, as partes públicas e privada (atores) dividem custos, receitas e responsabilidades. Privatização representa a transferência de atividades e responsabilidades ao setor privado, com ambos os custos e as receitas nas mãos desse setor. [...] A diferença entre PPPs e privatização pode ser visualizada em um aspecto público-

⁴²ZYMLER, Benjamin. As licitações no âmbito das parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 263.

⁴³BORGES, Alice Gonzalez. O ressurgimento das concessões de serviços públicos e a eclosão de novas formas de contratos administrativos. In: QUADROS, Cerdônio. *Nova Dimensão – Direito Administrativo – Repertório de Estudos doutrinários e jurisprudenciais*. São Paulo: NDJ, v.1, 1997, p.8.

⁴⁴TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, out./dez. 1995, p.5.

⁴⁵BULT-SPIERING, Mirjam; DEWULF, Geert. *Strategic issues in Public-Private Partnerships – an international perspective*. Oxford, Blackwell, 2006, p.3

privado: PPP é uma estrutura organizacional, de alguma forma, inserida entre o público e o privado.⁴⁶ (Tradução nossa).

Tem-se que compreender as PPPs do ponto de vista evolucionista, isto é, como um processo das interrelações públicas com os segmentos privados, que gradativamente o capital privado será fundamental para atender os serviços públicos, conseqüentemente, implicará numa diminuição da participação direta do poder público nesses serviços à sociedade. Com esse instituto, o papel do setor público diminui, mas não desaparece, pela simples razão de tratar-se de parceiros, em termos de colaboradores, com um diferencial: alcançar e atender o interesse desenvolvimentista. Ao lado do dinamismo dessas relações, público e sociedade civil, rompe-se a fronteira entre o Estado e o particular, graças à necessidade natural existente devido à expansão populacional e à sobrecarga de demandas sociais.

Vale salientar que a introdução das PPPs em serviços considerados essenciais, somente se justifica a partir do momento em que vierem incrementar a eficiência, contrapondo-se à rigidez da Administração Pública. Enquadra-se no modelo de concessão, deveras, com ênfase a participação do setor privado no mercado monopolístico público, justamente para buscar esta alavancagem de gestão. Não se trata de transferência de serviços públicos para o setor privado, e sim de uma mudança de relacionamentos empresariais, justamente, com regras discutíveis de operação, fiscalização, qualidade, desempenho, garantias e segurança jurídica.

Ainda nessa temática, destaque-se que a modelagem de PPP constitui o ponto de partida para a transformação de posicionamento de governança da atividade contratual pública na relação entre o poder público e as empresas, constituindo um desafio e, ao mesmo tempo, um ajuste às novas tendências da pós-modernidade, em face das dimensões das questões envolvidas de cunho econômico, fiscal, gerencial, nessas relações enfrentadas pelos governos. Governança esta, no sentido abrangente dos seus aspectos gerenciais e

⁴⁶ No original: "In PPPs, public and private parties (actors) share costs, revenues and responsibilities. Privatization represents the transfer of tasks and responsibilities to the private sector, with both costs and revenues being private hands. [...] The difference between PPPs and privatization can be visualized in a public-private spectrum: PPP is an organizational structure somewhere in the middle between public and private."

administrativos, para funcionar eficientemente o aparelho estatal, cooperação entre os agentes que influem no sistema econômico, empresas e governo, visando, assim, a um interesse maior: atender à sociedade em seus direitos fundamentais elementares de serviços de infraestrutura, saúde, prisional, educação.

Destaque-se o comentário de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no prefácio do livro de Vanice Lírio do Valle⁴⁷, sobre a adoção de parcerias público-privadas:

[...], as PPPs, como resumidamente chamadas, são filhas da pós-modernidade e, até por isso, se ressentem das contradições e das perplexidades que acompanham um amadurecimento institucional acelerado, como que atualmente se impôs a nosso tempo, premido sob as forças imperiosas das difíceis circunstâncias que as sociedades experimentam para conciliar seus tradicionais contextos juspolíticos com o contínuo surgimento de novos centros de poder, tanto os desejáveis como os indesejáveis, nessa explosão policrática que vem assinalando a transição desse século e desse milênio. (Grifos do autor.)

À eficiência almejada por meio das PPPs, agrega a visão de impulso ao desenvolvimento, na medida em que, a cada dia, as demandas se avolumam permanentemente, provocando, inevitavelmente, impossibilidades de atendê-las na sua totalidade, seja pelo poder público, seja pelo particular.

2.4 MODALIDADES DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: CONCESSÃO PATROCINADA E CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

A legislação federal de parceria público-privada contempla duas espécies de concessões: as patrocinadas e as administrativas por meio do sistema contratual⁴⁸.

⁴⁷ VALLE. Vanice Lírio do. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. xvi.

⁴⁸ A Comunidade Europeia propõe o estabelecimento de PPP do tipo puramente contratual, em que a parceria entre os setores público e privado assenta em relações exclusivamente convencionais, e as PPP de tipo institucionalizado, implicando a cooperação entre os setores público e privado numa entidade distinta. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro verde sobre as parcerias público-privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*. Bruxelas, 2004. Disponível em: <

Vale salientar que, inicialmente, a intenção era de serem desenvolvidas com foco principal nos projetos de infraestrutura em paralelo ao até então existente de concessão comum.

Segundo a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, as modalidades são assim definidas:

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

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens⁴⁹.

É de ver-se que na contratação de PPPs, seja na modalidade patrocinada, seja na administrativa, a Administração Pública deverá observar as diretrizes, tais como: eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos de sua execução; indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; responsabilidade fiscal na celebração de execução das parcerias; transparência dos procedimentos e das decisões; repartição objetiva de riscos entre as partes; e sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria⁵⁰.

http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/ref_bibliografias/index.htm>. Acesso em: 22 set. 2008.

⁴⁹ BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 11 nov.2008.

⁵⁰ BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 11 nov.2008. Cf.

Advirta-se, por oportuno, que em relação ao objeto da contratação por meio de parcerias público-privadas, o legislador ordinário não delimitou quais os casos específicos pertencentes, isto é, a área para se adotar cada modalidade, seja de concessão patrocinada ou administrativa, deixando ao alvitre do gestor público, em que pese à conveniência e a oportunidade da contratação, desde que as razões sejam devidamente justificadas⁵¹.

Por isso, justifica-se a necessária ponderação na escolha da modalidade, em atendimento às normas da gestão fiscal responsável, com vistas a atender o desenvolvimento de um determinado ramo de atividade econômica ou não, em matéria de serviços públicos.

Outro aspecto fundamental, e que deve ser destacado quando se avalia a opção de parcerias público-privadas, mesmo na discricionariedade do gestor, baseado em estudos técnicos, deve-se manifestar sob o aspecto do contexto ao qual pretende se inserir; quando concessão patrocinada ou administrativa, sendo serviços públicos ou obras, exploração ou gestão das atividades consequentes, tem-se que não poderão ter período de prestação do serviço inferior a cinco anos, valor do contrato abaixo de 20 milhões de reais e que não possuam objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

2.4.1 Concessão patrocinada

Artigo 4º. Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

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

⁵¹A conveniência e a oportunidade em consonância com a obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos, demonstrando quais as razões da escolha do administrador público.

A concessão patrocinada é uma modalidade de concessão especial de serviço que envolve tanto a execução de obras como de serviços ou ambas, com a permissibilidade de executar com contraprestação de tarifa paga pelo usuário e do parceiro público, de forma integral ou parcial. Há um diferencial em relação à concessão comum, regida pela Lei nº 8.987/95, em que a prestação pecuniária se faz pela cobrança de tarifas e outras receitas. A complementaridade tarifária, por parte do parceiro público, tem como meta finalística assegurar o valor fundamental para o cumprimento das destinações do serviço público, ou a realização das funções inerentes à persecução do interesse coletivo⁵², mesmo de objeto em serviços econômicos. A Constituição Federal brasileira não explicita a forma de contraprestação tarifária da concessão, apenas remete a uma “política tarifária” disciplinada por lei, conforme dispõe o artigo 175 da Constituição Federal de 1988⁵³:

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:

[...] *Omissis*;

I- política tarifária;

Gustavo Binenbojm⁵⁴ enfatiza que as justificativas econômicas para a institucionalização das PPPs, em sua modalidade de concessão patrocinada, são:

I- o esgotamento da capacidade de endividamento do Estado, em um ambiente político que valoriza a responsabilidade fiscal e o régio cumprimento das obrigações assumidas pelo governo

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 93.

⁵³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf170a181.htm>. Acesso em: 10 nov.2008.

⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14 nov.2008.

brasileiro com seus credores nacionais e internacionais. Tal circunstância reduz significativamente a capacidade de investimento do Poder Público em infraestrutura e serviços públicos, gerando os conhecidos “gargalos” estruturais e aumentando o chamado custo Brasil. Daí a enorme demanda por investimentos privados para o financiamento desses setores, o que, todavia, pressupõe a criação de condições favoráveis por parte do Poder Público;

- II- exaurimento progressivo dos serviços públicos econômicos auto-sustentáveis, o que inviabiliza a opção pelo formato da concessão comum. Rodovias cuja receita com pedágio não cubra os custos de operação e manutenção (ou investimento inicial na construção, recuperação ou ampliação da infraestrutura), embora não sejam rentáveis para a iniciativa privada, podem vir a proporcionar um retorno econômico e social extremamente positivo. Daí ser justificável a previsão de uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado, como forma de criar o ambiente de atratividade necessário para seduzir os investidores particulares.

Destarte, para configurar o tipo jurídico da concessão patrocinada, o instrumento contratual deverá prever: (I) gerenciamento do serviço público pelo parceiro privado; (II) tarifa cobrada dos usuários; (III) contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Percebe-se, assim, que a concessão patrocinada não se efetiva segundo a lei comum de concessão. Sua aplicabilidade, mesmo subsidiariamente, exige um campo específico de sua normatização. Sobre tal aspecto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁵ sugere uma inversão dos institutos, em que a concessão patrocinada regeria pela Lei nº 8.987/95 em tudo o que não for derogado pela Lei nº 11.079/2004.

Ademais, a esse panorama da concessão patrocinada, em se tratando de execução da obra que pode vir dissociada da delegação da exploração do serviço público, porém, a lei veda a celebração de contrato quando envolver objeto único. Não obstante, poderá realizar a concessão pelo modelo comum.

No que tange ao autor do projeto, constata-se a peculiaridade de poder participar da execução da obra ou do serviço, diferentemente da Lei nº 8.666/93, que

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2006, p. 162.

regula licitações e contratos administrativos⁵⁶. Consequentemente, evidencia-se a transparência na medida em que o autor apresenta seus estudos em matéria de projeto executivo, mesmo que não venha participar como parceiro-concessionário dessa nova modelagem.

Mencione-se, outrossim, que a contraprestação da Administração Pública, segundo o artigo 7º da Lei de PPPs, será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço, objeto do contrato, de parceria público-privada. Refere-se o artigo em comento ao adimplemento da obrigação, esta considerada a prestação de serviço, a execução da obra, a entrega do bem ou de parcela deste. Sendo, ainda, facultado à Administração Pública, de acordo com o estipulado em cláusulas contratuais, efetuar o pagamento da contraprestação relativa à parcela frutiva de serviço do objeto do contrato.

Vale salientar que o panorama representativo da Lei de PPP não prevê adiantamento de pagamentos, por conseguinte atua em conformidade com as regras disciplinadas pela Lei nº 4.320/64, que estatui normas de direito financeiro, nos artigos 62⁵⁷ e 63⁵⁸, em que somente ocorrerá o pagamento de despesa após a sua regular liquidação. Enfatize-se que o pagamento poderá ser com remuneração variável, desde que prevista em contrato, vinculada, evidentemente, ao seu desempenho de metas e padrões de qualidade.

Outro ponto importante se faz presente no caso específico de concessão patrocinada que a Lei das PPPs estabelece uma limitação quando mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado forem pagos pela

⁵⁶ BRASIL. *Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, com alterações posteriores*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. 13. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Zenite, 2007, p.19. Cf.

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

⁵⁷ BRASIL. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm>. Acesso em: 07 jan. 2009. Cf.

Artigo 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

⁵⁸ BRASIL. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm>. Acesso em: 07 jan. 2009. Cf.

Artigo 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

Administração Pública, dependerão de autorização legislativa específica, assim se extrai do artigo 10, § 3º, da Lei nº 11.079/04⁵⁹. Na interpretação restritiva do preceito, visualiza-se um controle responsável permanente que leva ao equilíbrio das contas públicas. O fim almejado pelo preceito tem o ânimo de se evitar a concessão subsidiada, na medida em que a tônica do modelo concessório em questão seja a cobrança tarifária dos usuários.

Tem-se dessa forma que o modelo de concessão de parceria público-privada poderá se tornar favorável à complementação de dispêndios públicos, quando se verifica a necessidade de atender às deficiências de projetos autossustentáveis, com o intuito de desenvolvimento econômico e social. Portanto, a finalidade precípua da PPP patrocinada é o retorno social em serviço público aos contribuintes, que esperam em forma de qualidade e melhoria de prestação.

2.4.2 Concessão administrativa

No âmbito das parcerias público-privadas, a concessão administrativa delimitou-se como contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, abrangendo ou não a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, sendo aplicada adicionalmente à Lei nº 8.987/95 e à Lei nº 9.074/95.

Segundo Gustavo Binembojm⁶⁰, a lógica econômica para a institucionalização das PPPs, em sua modalidade administrativa, vincula-se não somente ao esgotamento da capacidade de endividamento e investimento do Estado, mas também à busca por um aumento do grau de eficiência na gestão de obras e serviços públicos e no dispêndio de recursos públicos.

⁵⁹BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 11 nov.2008.

⁶⁰ BINEMBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14 nov.2008.

Aspecto fundamental e que deve ser destacado quanto ao usuário dessa concessão. O parceiro privado terá como usuário direto o próprio Poder Público. Desse modo, o serviço prestado dentro desse molde poderá vir a ser ampliado, considerando as possibilidades trazidas por essa modalidade, que constitui, na verdade, uma inovação no sistema brasileiro de contratos administrativos, podendo também ocorrer que a própria Administração venha custear o serviço, excluindo a cobrança tarifária, visto que os usuários poderão usufruir desses serviços sem que haja uma contraprestação pessoal do contribuinte.

Na verdade, os serviços prestados à coletividade em geral serão tidos de forma direta, mas a Administração Pública figurará como indireta, em vista da previsão remuneratória ocorrer pelo Poder Público.

Na ótica de Floriano de Azevedo Marques Neto⁶¹ há três possibilidades de se colocar em ordem a fruição das utilidades, objeto de concessões administrativas:

- (I) o administrado é individualmente usuário direto da utilidade, porém, com o fim de pagamento, a Administração comparece como usuária;
- (II) a Administração é usuária direta para fins de utilização e pagamento; e
- (III) a Administração é considerada usuária direta para fins de pagamento e usuária indireta para fins de uso propriamente da utilidade, objeto da parceria.

Outrossim, a possibilidade trazida pela legislação em comento, em relação à Administração Pública, configura-se tanto no polo de usuária direta como de indireta e formata a ideia de duas submodalidades de concessões administrativas, segundo Carlos Ari Sundfeld⁶²:

(I) a concessão administrativa de serviços públicos é a concessão em que a prestação se dá de forma direta ao administrado, sem a cobrança de tarifa, remunerando-se o concessionário por meio de contraprestação pecuniária pelo poder concedente. Explicitando, os administrados são os beneficiários imediatos da

⁶¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. *Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 19 nov.2008.

⁶² SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: _____ *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29-30.

prestação do serviço. Em contrapartida, a Administração Pública será a beneficiária indireta, com a incumbência econômica no tocante a responsabilidades;

(II) a concessão administrativa de serviços do Estado é a mesma prestação de serviços prevista na Lei de Licitações, em que a Administração Pública é usuária dos serviços.

Demonstra-se, portanto, que há essa permissibilidade de usuária direta do Poder Público. As atividades envolvidas poderão ser suscitadas tanto no campo de serviços públicos de natureza econômica ou não, como de atividades que não envolvam as funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado⁶³, diferentemente da patrocinada que se restringe aos serviços públicos econômicos.

É importante mencionar que os instrumentos contratuais de PPPs autorizam empreendimentos que não sejam autossustentáveis, do ponto de vista econômico. Em virtude disso, o Poder Público toma para si a responsabilidade de assegurar o pagamento ao particular-parceiro.

Em sendo assim, mesmo podendo receber a prestação de serviços diretamente, a Administração somente poderá implementá-la, em obediência a um prazo contratual de cinco a trinta e cinco anos (caso contrário, seria prestação de serviços da lei de licitações), com um aporte financeiro inicial de R\$ 20 milhões de reais para fins de infraestrutura dos serviços a serem oferecidos.

Paulo Modesto⁶⁴ enfatiza que a participação de entidades privadas na prestação de serviços sociais está autorizada expressamente na Constituição brasileira (v.g., artigos 199; 202; 204, I; 209; 216, § 1º; 218, § 4º; e 225), “não é apenas pragmática [...], podendo os serviços de assistência social de interesse público serem geridos ou executados por outros sujeitos, públicos ou privados,

⁶³BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 11 nov.2008. Cf.

Artigo 4º. Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:
[...] *Omissis*;

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

⁶⁴ MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “serviço público”, “serviços de relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 459.

preferencialmente instituições públicas não-estatais (pessoas privadas de fim público, sem fins lucrativos)”.

Isso demonstra o papel do Estado contemporâneo, em sua forma mínima de intervenção estatal, sem que venha configurar-se distanciamento em atender às necessidades coletivas, à medida que o Estado deve ser focado como tutor dos interesses da coletividade, assim, a ação do poder político se legitime, e em cada momento histórico, se apresentem com maior densidade ou relevância⁶⁵.

2.5 SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO (SPE): CONJUGAÇÃO EMPRESARIAL DOS SETORES PÚBLICO E PRIVADO

Para implantar e gerir o objeto da parceria público-privada deverá ser instituída a Sociedade de Propósito Específico, antes da celebração do contrato. A sociedade poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos à negociação no mercado. O modelo brasileiro seria a PPP do tipo institucionalizada, de acordo com a concepção do Livro Verde da Comissão das Comunidades Europeias, em que se cria uma entidade entre o parceiro público e o privado, tendo a incumbência de garantir a entrega do objeto para a qual foi instituída em benefício da sociedade.

A Lei nº 11.079/04 assim disciplina a SPE:

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

§ 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

⁶⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 175.

§ 3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

§ 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

§ 5º A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento⁶⁶.

A respeito da governança corporativa, segundo o Código das melhores práticas⁶⁷, “é o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre Acionistas/Cotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal.” Acerca disso, destaca-se:

A cooperação direta entre o parceiro público e o parceiro privado no quadro de uma entidade dotada de personalidade jurídica permite ao parceiro público manter um nível de controlo relativamente elevado sobre o desenrolar das operações, que pode adaptar ao longo do tempo, em função das circunstâncias, através da sua presença entre os acionistas e nos órgãos de decisão da entidade comum. Permite igualmente ao parceiro público desenvolver a sua experiência própria da exploração do serviço em causa, com recurso ao apoio de um parceiro privado⁶⁸.

Na verdade, constitui uma novidade em termos de modelagem para se contratar com o Poder Público, como forma, também, de atrair investimentos e, ao mesmo tempo, de conquistar a confiança dos investidores em relação ao Estado,

⁶⁶BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 11 nov.2008.

⁶⁷INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – IBGC. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 3. ed. 2007. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br>>. Acesso em: 16 ago.2008.

⁶⁸COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro verde sobre as parcerias público-privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*. Bruxelas, 2004. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/ref_bibliografias/index.htm>. Acesso em: 22 set. 2008.

dentro de um panorama de mudanças empresariais, legislativo e regulatório. Essa espécie de modelagem com sociedade específica para um fim determinado faz com que os órgãos de fiscalização externo e interno do Estado façam um acompanhamento das metas, anteriormente compactuadas nos instrumentos contratuais.

E assim, elucida no que se refere à governança corporativa:

A preocupação da governança corporativa é criar um conjunto eficiente de mecanismos, tanto de incentivos quanto de monitoramento, a fim de assegurar que o comportamento dos executivos esteja sempre alinhado com o interesse dos acionistas⁶⁹.

Com isso, as PPPs estão adotando, ou melhor, explicitando, reforçando os princípios da transparência dos negócios, da prestação de contas (*accountability*), da equidade e da responsabilidade corporativa.

Aponte-se que a legislação também proíbe a Administração Pública de ser titular de maioria do capital votante das Sociedades de Propósito Específico (§ 4º do artigo 9º, Lei nº 11.079/04), demonstrando, assim, um menor poder controlador do Estado brasileiro de intervir no ser Poder Público, e, concomitantemente, de adentrar na seara econômica, dando lugar ao privado em gerir negócios públicos, com maior eficiência.

Contudo, a criação de uma empresa com objeto específico tem sua previsão consubstanciada na Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil, que assim dispõe:

Artigo 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados⁷⁰.

⁶⁹INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Origem da Boa Governança*. São Paulo. [2007?]. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br>>. Acesso em: 16 ago.2008

⁷⁰BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

Com o advento da Lei nº 11.079/2004, a empresa de objeto determinado foi, assim, nominada como Sociedade de Propósito Específico, que é uma *corporate joint venture* ou *incorporate joint venture* em que se cria uma pessoa distinta dos parceiros para a realização da finalidade comum, contemplada no sistema americano. A constituição dessa sociedade para os casos de concessão por meio de parceria público-privada se justifica para separar os capitais, os recursos e as aptidões, sendo seu objetivo voltado unicamente para a aptidão do contrato público celebrado⁷¹.

2.6 A LEI DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988, ao disciplinar a delegação de prestação de serviços públicos, com fulcro no artigo 175, especificamente “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.” Já ao legislador infraconstitucional compete o detalhamento do regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato, além da política tarifária⁷².

Por sua vez, a Lei nº 8.987/95 veio disciplinar o regime de concessão e permissão de serviços públicos comuns (terminologia atual); posteriormente, a Lei nº 9.074/95 arrola as obras e os serviços públicos, de competência da União, passíveis de delegação a terceiros e, por fim, a Lei nº 11.079/04, que também dispõe sobre concessão patrocinada e administrativa, serão viabilizadas por meio de parcerias público-privadas.

⁷¹CARVALHO, Alexandre Pimenta da Rocha. *Project Finance*. 2005. 79f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Milton Campos, Belo Horizonte, 2005. p. 46.

⁷²BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf170a181.htm>. Acesso em: 10 nov.2008.

Notadamente, com a introdução desses últimos regimes de concessão no ordenamento jurídico brasileiro se suscitaram debates, controvérsias em relação aos modelos de concessão de PPPs em contraposição à Constituição Federal brasileira.

2.6.1 A concessão administrativa em face dos comandos constitucionais

A primeira análise que deve ser feita em relação à concessão administrativa é o que qualifica a concessão de serviço público. Inicialmente, a Constituição Federal não conceitua a concessão. Somente com a Lei nº 8.987/95, a concessão veio a ser conceituada como delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. Frise-se que quando envolver concessão precedida da execução de obra pública, o investimento da concessionária será remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado⁷³.

Consoante Pedro Gonçalves, na concessão há algo que a Administração confere a outro sujeito, isto é, a concessão refere-se a um dado objeto que é conferido ao concessionário⁷⁴.

No entanto, em relação à concessão administrativa surgiram posicionamentos diferentes em relação à forma remuneratória, ou seja, a tarifa a cobrar não será diretamente dos usuários, e sim da própria Administração Pública. Destaca Celso Antonio Bandeira de Mello⁷⁵ que “é bastante nebulosa a caracterização da parceria nesta modalidade administrativa.” A indagação é em relação à concessão e à prestação de serviço, no fato da remuneração daquela ser efetuada mediante a exploração do serviço, com o adicional da cobrança de “tarifas”

⁷³BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 12 nov. 2008

⁷⁴GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Almedina, 1999, p.54

⁷⁵MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs)*. 2006. Disponível em:<http://www.irbcontas.org.br/irb/interna.asp?p_codmnu=3&p_codgrnnot=2&p_codnot=3>. Acesso em: 01 nov.2008.

diretamente dos usuários, por meio de captação de sua remuneração junto ao público.

Outro ponto ainda enfatizado é de que pelo fato da “Administração ser usuária indireta” tem-se a conclusão de que os administrados são os verdadeiros usuários, e que a própria Administração Pública é quem remunera o prestador de serviço. Ainda no entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello não se caracterizaria tarifa alguma, mas uma remuneração contratual como qualquer outra, o que, evidentemente, descaracteriza a parceria como uma concessão. Por meios transversos é realizar um simples contrato de prestação de serviços – e não uma concessão⁷⁶.

Em que pesem os questionamentos já postos com a previsão legislativa da concessão administrativa, é forçoso reconhecer que não é no todo um pensamento destituído de sentido, visto que poderá ensejar um grave risco pelas concessões administrativas de serviços ao Estado a utilização de seu uso com desvio de finalidade⁷⁷. Na medida em que se verifica uma linha tênue entre a prestação de serviços públicos caracterizados pela Lei nº 8.666/93, com tempo prestacional de no máximo cinco anos, e a concessão administrativa, neste caso sendo vedada a celebração de contrato com objeto único, diferentemente daquela legislação de licitações e contratos administrativos.

Ademais, a concessão administrativa não se configurará um contrato de prestação de serviços tradicional, pois a obtenção dos recursos necessários à própria prestação dos serviços será atribuída ao parceiro privado, além da remuneração possuir um caráter aleatório⁷⁸. A Lei nº 8.666/93 veda, expressamente, nos contratos para realização de obras e a prestação de serviços incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução,

⁷⁶MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs)*. 2006. Disponível em: <http://www.irbcontas.org.br/irb/interna.asp?p_codmnu=3&p_codgrpnot=2&p_codnot=33>. Acesso em: 01 nov.2008.

⁷⁷ BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14 nov.2008.

⁷⁸ MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 16 nov.2008.

excetuados nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão (§ 3º do artigo 7º)⁷⁹.

Ainda, esclarece Paulo Modesto⁸⁰, o contrato de concessão administrativa será qualificado como um contrato administrativo misto, híbrido, envolvendo um contrato de prestação de serviços e uma concessão de uso ou de obra pública. Portanto, há um invólucro de ponderação em relação ao tema suscitado. Porém, o cerne da questão da inconstitucionalidade da concessão administrativa não diz respeito somente ao tipo de serviço a prestar ou ao tempo da prestação do serviço, e também, ao ente que irá remunerar tal serviço.

Explana, com clareza, Gustavo Binenbojm⁸¹,

Nada – absolutamente nada – no texto e no espírito do artigo 175 da Carta da República pressupõe ou dá a entender que, nas concessões de serviços públicos, a atividade do concessionário (isto é, a prestação dos serviços à população) tenha de ser suportada exclusivamente pelo pagamento de tarifa pelos usuários.

O contrato de concessão administrativa, por ser uma novidade na seara jurídica brasileira, traz essas ponderações doutrinárias, analisando-se dentro de um contexto de posições neoconstitucionais. Com efeito, esse modelo importa em tarifa zero. Acontece que a norma constitucional não aduz sobre o tema, apenas refere-se à instituição de concessão pela via contratual. Remetendo a norma infraconstitucional às normas que envolvam uma política tarifária, não restringe, então, a Constituição a remuneração ao concessionário, exclusivamente, a tarifa.

Fernando Vernalha Guimarães⁸² afirma que:

⁷⁹ BRASIL. *Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, com alterações posteriores*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. 13. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Zenite, 2007, p.18.

⁸⁰MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 16 nov.2008.

⁸¹ BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14 nov.2008.

⁸²GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parcerias público-privadas: caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico*. 2008. 615p. Tese de Doutorado (Doutorado em Ciências Jurídicas). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p.90.

a “política” tarifária não conduz necessariamente a pressupor a presença do sistema tarifário em todos os casos. Definir uma *política* sobre a tarifa pode significar a eliminação da tarifação em muitos casos ou ajustá-la a zero. Fazer política tarifária é definir, inclusive, se existirá ou não tarifa em certos casos, avaliação que deverá nortear-se pelos princípios fundamentais do serviço público. (Itálico do autor).

Por outro lado, o objeto dessa concessão tem sua originalidade quando abrange serviços diversos, ou melhor, complexos, em que, ao mesmo tempo, tem-se prestação de serviços envolvendo execução de obra ou prestação de serviços com fornecimento e instalação de bens.

2.6.2 O reforço da garantia contratual por meio de vinculação de receitas

No âmbito estrutural da norma de PPPs, as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública poderão ser garantidas mediante a vinculação de receitas, desde que observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal. Assim é que o artigo 8º do texto legislativo vigente preleciona sobre o sistema de garantias, em decorrência do prazo extensivo de sua avença, aliada a pôr-se em sintonia com a segurança jurídica. No entanto, o exame dessa proposição se faz imprescindível, visto que a doutrina pátria tem-se se debruçado ao tema de forma veemente, à luz dos princípios da Constituição Federal de 1988.

Instrumento inovador e fortalecedor da estrutura contratual do preceito normativo, em que a Administração Pública proporciona um sistema de garantia ao parceiro privado, diferentemente do seu cunho histórico dos fluxos de pagamentos ou da falta deles aos contratados.

Dessa forma, o sistema de garantias visa assegurar ao parceiro privado possibilidades previsíveis quanto ao ressarcimento de prejuízos suportados em caso de inadimplemento do parceiro público, concorrendo para reforçar a segurança

jurídica⁸³. Na esteira desse pensamento, Flávio Amaral Garcia⁸⁴ enfatiza que esse sistema de garantia é o grande atrativo para o setor privado, pois haverá segurança no recebimento do pagamento que lhe é devido, criando-se uma espécie de proteção para as eventuais mudanças de governo que, por vezes, acarretam a suspensão do pagamento das empresas contratadas pelos entes públicos.

Vê-se, assim, que o reforço da garantia se justifica com o objetivo de proporcionar aos parceiros privados a possibilidade de obtenção de financiamentos no mercado em condições mais favoráveis, por conta da redução dos riscos que elas venham oferecer⁸⁵.

Assim dispõe a Constituição Federal:

Artigo 163. Lei complementar disporá sobre:

- I - finanças públicas;
- II - dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público;
- III - concessão de garantias pelas entidades públicas;
- IV - emissão e resgate de títulos da dívida pública;
- V - fiscalização financeira da administração pública direta e indireta; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)
- VI - operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- VII - compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional. (Grifo nosso).

Artigo 167. São vedados:

[...] *Omissis*;

- IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os artigos 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da

⁸³GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parcerias público-privadas: caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico*. 2008. 615p. Tese de Doutorado (Doutorado em Ciências Jurídicas). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p.493.

⁸⁴GARCIA, Flávio Amaral. O novo regime da parceria público-privada. *Associação dos Procuradores do Rio de Janeiro*. [2006?]. Disponível em: <<http://www.aperj.org.br/artigos/arquivos/publicoprivada.pdf>>. Acesso em: 23 fev.2009.

⁸⁵BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14 nov.2008.

administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos artigos 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no artigo 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).⁸⁶

A Lei das parcerias público-privadas disciplina:

Artigo 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

- I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal;
- II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
- III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
- VI – outros mecanismos admitidos em lei.⁸⁷ (Grifo nosso).

Celso Antonio Bandeira de Mello⁸⁸ adverte que há uma grosseira inconstitucionalidade na previsão acima citada, pois as obrigações pecuniárias da Administração Pública estariam a ser garantidas por vinculação de receitas, visto que tal possibilidade somente seria possível nos casos especificados na própria Constituição. Para o referido autor, a finalidade da garantia não é assegurar algum credor, mas preservar o equilíbrio entre o montante do empréstimo público (dívida pública) e o valor da receita antecipada, para prevenção de desequilíbrio orçamentário.

⁸⁶BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao_compilado.htm>. Acesso em: 24 nov. 2008.

⁸⁷ BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 11 nov. 2008.

⁸⁸MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs)*. Disponível em: <http://www.irbcontas.org.br/irb/interna.asp?p_codmnu=3&p_codgrnot=2&p_codnot=33>. Acesso em: 01 nov. 2008.

Ainda a respeito desse questionamento, a Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo solicitou parecer a Kiyoshi Harada, especialista em Direito Financeiro e Tributário, quanto à inconstitucionalidade inserida na legislação de parcerias. Apesar de vislumbrar indícios de inconstitucionalidade na referida Lei, segundo o parecerista consultado, a entidade federal, contudo, não ingressou com nenhuma propositura de inconstitucionalidade da lei discutida.

Segundo o parecer⁸⁹, o legislador ordinário partiu da equivocada premissa de que, respeitada a vedação do artigo 167, IV da CF, restrita à vinculação da receita de impostos, todas as demais receitas públicas poderiam ser vinculadas para garantia de quaisquer obrigações pecuniárias contraídas pelo poder público. Assim, esclarece seu pensamento:

[...] as garantias mencionadas no texto constitucional referem-se exclusivamente às operações de crédito por antecipação de receita. Essas operações de crédito, previstas no § 8º do artigo 165 da CF, conforme escrevemos, constituem uma modalidade de empréstimo de curto prazo a serem devolvidos no mesmo exercício financeiro.

Logo, é o próprio texto excepcional que veda a prestação de garantias para outros fins. Atualmente, as operações de crédito por antecipação de receitas (AROs) só podem ser realizadas nos estritos termos do artigo 38 da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101/2000.

O direcionamento do produto de arrecadação tributária, principal e regular fonte de receita pública, dá-se por meio da Lei Orçamentária Anual, aprovada pela Casa do Povo (artigo 165, III e §§ 5º, 6º, 7º e 8º da CF). Por isso, o princípio da legalidade das despesas públicas é corolário do princípio da legalidade tributária.

Absolutamente inconstitucional o inciso I do artigo 8º da Lei nº 11.079/04, que permite a vinculação de receitas públicas, para garantia das obrigações pecuniárias genéricas contraídas pelo Poder Público perante os particulares. Isso é uma verdadeira inversão da ordem pública, que afronta os princípios da moralidade e da impessoalidade, insertos no artigo 37 da Constituição Federal, de observância impositiva na forma do seu artigo 100, caput.

⁸⁹HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do fundo garantidor das parcerias público-privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 597, 25 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>>. Acesso em: 24 fev. 2009.

Ironicamente, esse artigo 8º atenta, como vimos, contra o artigo 167, IV da CF, que ele próprio manda observar em seu inciso I, *in fine*.⁹⁰

Configura-se, à primeira vista, inconciliável o disposto no artigo 8º, inciso I, da Lei das PPPs com a determinação dos artigos 163 e 167, da Constituição Federal, conforme posicionamento de Celso Antonio Bandeira de Mello e Kiyoshi Harada, porém carece de uma interpretação, para sua percepção em alcançar sua efetividade. Traz-se, portanto, a explicação de Carlos Maximiliano⁹¹, de que “interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real”. Acresce-se que ao intérprete constitucional caberá visualizar em cada caso e seguir-lhes as prescrições, superar o legalismo estrito e buscar no próprio sistema a solução mais justa⁹².

Diante da velocidade das mutações ocorridas na sociedade, e, por conseguinte, refletida nas normas jurídicas, o intérprete não pode se abster de ponderar na sua análise esses acontecimentos. Nessa fase pós-moderna, a Constituição tem-se posicionado, cada vez mais, como norte central às outras normas, e a Lei Fundamental brasileira não tem sido diferente, permitindo inovações interpretativas no campo administrativo, financeiro, econômico etc., sem se distanciar da submissão à legalidade.

Na realidade, a Lei das PPPs está inserida nessa nova fase de interpretação constitucional, em que se presencia uma alteração na qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais⁹³, com base em princípios próprios de interpretação de forma instrumental.

A indicação simples de possível inconstitucionalidade do artigo 8º, inciso I não deve ser vista do prisma puramente jurídico, porém de avanços em matéria

⁹⁰HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do fundo garantidor das parcerias público-privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 597, 25 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>>. Acesso em: 24 fev. 2009.

⁹¹MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 8.

⁹²BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 150.

⁹³BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 9, mar./abr./maio. 2007. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 ago.2008.

contratual, com manutenção de valores sociais e econômicos, culminando em uma segurança jurídica, tendo por base o desenvolvimento de uma renovada dogmática de interpretação constitucional, que visa a uma interpretação evolutiva legitimadora, em que a sociedade com o Estado e a Constituição, por sua importância como cúspide da ordem jurídica (acrescentem-se os doutrinadores), permitam essa mudança, sob pena de refrear toda e qualquer tentativa de progresso, com a faceta de um falso conceito de estabilidade⁹⁴.

Enfim, a instituição da parceria público-privada, tanto no ordenamento jurídico brasileiro como no direito comparado, decorreu de deficiências de recursos públicos em investimentos a serem aplicados *a priori* em infraestrutura, para gestão delegada de serviços públicos, em que se busca a eficiência do parceiro privado, com o intuito desenvolvimentista.

Importa reconhecer nas PPPs a conjugação de esforços entre o público e o privado, no tocante às modalidades de concessão, seja patrocinada, seja administrativa, em que se produz uma ampliação de atuação da Administração Pública.

Por outro lado, a legislação em comento instigou debates doutrinários acirrados, compreensíveis, tendo em vista a novidade de contratação por meio de parcerias com o setor privado, de forma a conceder garantias contratuais pela Administração envolvendo receitas públicas, porém não se verificou nenhuma demanda judicial, de ótica inconstitucional, à medida que a interpretação legislativa teve como norte o interesse em valores instrumentais voltados para o bem-estar da sociedade.

⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Aspectos jurídicos do Brasil contemporâneo. O pós-positivismo chega ao Brasil. Inaugura-se um constitucionalismo de transição. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 6, jun./jul./ago. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 23 fev.2009.

3 INSTRUMENTO CONTRATUAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO PÁTRIO

Neste capítulo far-se-á uma breve incursão sobre as mutações do direito administrativo, partindo de uma visão do constitucionalismo presente no ordenamento jurídico brasileiro, em face do processo de transformação do modelo de atuação do Estado. Embora a discussão sobre o tema seja conduzida de forma sucinta, se justifica pelas mudanças ocorridas no âmbito constitucional, econômico e político, enfatizadas no capítulo anterior, sobretudo nas décadas de setenta a noventa que culminaram com novas formas de atuação do Estado em projetos de concessão de serviços públicos.

Trazer à guisa o percurso evolutivo da figura contratual se faz necessário para absorver as alterações sofridas no campo administrativo, de maneira a focalizar o instrumento jurídico internamente na seara da Administração Pública e suas interrelações com terceiros, a influência civilista no seu conteúdo e o modo operacional. Para tanto, parte-se do marco da legislação de licitação e contratos administrativos para a contratação de concessão, culminando com a de parcerias público-privadas.

Atente-se que o contrato público não pode ser analisado fora de seu contexto histórico, visto que as influências transformadoras, tanto as de trato

legislativo como as do próprio papel do Estado, e, ainda, do particular-empresário, além das financeiras, de modo algum podem ser descartadas quando desta análise.

3.1 REDIRECIONAMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO EM FACE DE UMA NOVA REALIDADE CONSTITUCIONAL

Apesar do processo de transformação apresentado pela mudança de critérios externos e internos, o papel outorgado ao Estado não pode, isoladamente, ser extraído do contexto das transições da política econômica. Porém, proporcionou a visão a partir da crise do Estado que emergiu o vácuo existente entre a realidade do mercado e o Estado, no que se refere à legislação normativa. Ensejando, enfim, reflexos nos campos do direito público e do direito privado, culminando, portanto, com a adoção de novos instrumentos capazes de expressar esse novo tempo.

Se o Estado tem se transformado no decorrer da história, o direito como instrumentalizador do sistema estatal também recebeu impactos de mutações refletivas nas atividades estruturais. Com efeito, o direito não se mantém na neutralidade, indiferente ao contexto socioeconômico que lhe serve de inspiração, haja vista a dinâmica da Administração Pública em que o direito a norteia, com lastro em direito administrativo, em construção de uma adaptabilidade de regime flexível e consensual.

Para uma reflexão mais apurada sobre o redirecionamento do direito administrativo é preciso que se faça a conexão com o direito constitucional, em que este foi altamente impactado com as transformações ocorridas em todo o mundo, mais propriamente após a II Guerra Mundial, contribuindo para que a Constituição passasse a ganhar destaque como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, sendo reconhecida como um sistema de princípios e valores traduzindo um legítimo anseio social⁹⁵. Odete Medauar traz indagações de como enfrentar o tema permanência-mudança de ambos os direitos, administrativo e

⁹⁵ MELO, Lígia. Novas perspectivas para o direito administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 43. maio/jun. 2007, p. 122.

constitucional, em face dos acontecimentos de cunho político, social, econômico transcorridos externa e internamente. Finaliza que “se o direito constitucional muda, também muda o direito administrativo”⁹⁶.

Porém, as mudanças constitucionais se concretizaram, principalmente em virtude das profundas mutações da sociedade contemporânea a demandar modificações no Estado, levando-o a abandonar a postura imperial de monopolista do interesse público para tornar-se um instrumento da sociedade⁹⁷. A Constituição Federal de 1988 demonstra, portanto, uma força normativa sem precedentes, com a adoção, especialmente do princípio do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a ordem jurídica deve ser lida e aprendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados⁹⁸.

No complemento do contexto, a visão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁹⁹ reafirma uma evolução do constitucionalismo passando da legalidade para a legitimidade, instituída por meio de um Estado Democrático de Direito em que a Administração Pública passa a ser vista como um serviço público prestado ao público, fulcrados pela impessoalidade e pela eficiência, notadamente na construção aperfeiçoada pela representação da democracia.

Sem dúvida, o perfil constitucional do Estado brasileiro no domínio administrativo foi alterado por um conjunto de reformas econômicas, levadas a efeito por emendas e por legislação infraconstitucional que modificaram as bases sobre as quais se dava a atuação do Poder Público, tanto no que diz respeito à prestação de serviços como à exploração de atividades econômicas¹⁰⁰.

⁹⁶ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 167.

⁹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.16.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 10 ago.2008.

⁹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.15-16

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 10 ago.2008.

Inicialmente, produziu-se a quase ausência de comunicação entre Estado e sociedade predominante no século XIX¹⁰¹. Posteriormente, o direito administrativo tivera como base a formalidade, segundo princípios de autoridade¹⁰². Como consequência, a Administração Pública, ao sustentar a necessidade de manter esses tradicionais e rigorosos princípios de autoridade como fundamentais ao desempenho de suas funções, terminou ficando inacessível a interferências e participações externas em sua atividade¹⁰³.

Evidentemente, na concepção atual, a Administração desenvolve atividades múltiplas e amplas, como a de tomador e prestador de serviços públicos em áreas diversas e compreende a colaboração do particular, tanto física como jurídica, com o fito de interesse público. As demandas cada vez maiores da sociedade se acentuaram, fazendo com que a Administração atribuísse a si própria a incumbência de atendê-las, provocando, por sua vez, um agigantamento de suas funções e transformando-se numa estrutura estatal burocrática e pesada.

A Constituição Federativa do Brasil de 1988 teve o papel singular de ser a via democrática do Brasil, provinda de assentos principiológicos, como mencionado acima, do Estado Democrático de Direito. Diante disso, a Constituição passou a desfrutar, já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios.¹⁰⁴ Assim, a aplicação dos princípios constitucionais é que leva determinados institutos de direito público para o direito privado e, simetricamente, traz institutos de direito privado para o direito público.

Distancia-se o legalismo. Aquele direito administrativo que resultava em raízes, tradicional e conservador – fulcrados exclusivamente na lei formal –, foi

¹⁰¹MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 126.

¹⁰²FERRAZ, Luciano. Contrato Administrativo – possibilidade de retomada, prorrogação ou renovação do ajuste – manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial – atenção às exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal. *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF - IDAF*, Curitiba, a. II, n. 21, abr. 2002/2003. p. 815.

¹⁰³MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 10.

¹⁰⁴BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. n. 9, mar./abr./maio. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 10 ago.2008.

chamado a modificar¹⁰⁵. Destarte, com esse direito ocorreu a constitucionalização que foi a mudança da aplicabilidade da leitura do princípio da legalidade, em que o administrador não fica restrito àquilo que a lei autoriza, mas segundo o fundamento da Constituição. Contudo, na medida em que esse fato adquire corpo próprio, deixando o direito administrativo de ser direito estatal, amplia-se a participação do privado nos serviços públicos, antes prioritários da atuação da Administração Pública.

Neste contexto, pensamento corroborado por Gustavo Binenbojm¹⁰⁶, o qual se expressa que:

Na tarefa de desconstrução dos velhos paradigmas e proposição de novos, a tessitura constitucional assume papel condutor determinante, funcionando como diretriz normativa legitimadora das novas categorias sugeridas. A premissa básica a ser assumida é a de que as feições jurídicas da Administração Pública – e, *a fortiori*, a disciplina instrumental e finalística da sua atuação – estão alicerçadas na própria estrutura da Constituição, a partir das quais o Estado-Administrador deverá se organizar para proteger, promover e compatibilizar direitos individuais e interesses gerais da coletividade. (Destaque do original)

Principalmente, com a Emenda Constitucional nº 19/1998, a reforma administrativa se fez presente com a atuação na modernização da Administração Pública, em que os órgãos públicos devem obediência não somente aos ditames da legalidade, mas também da eficiência. As mutações ocorridas na Administração Pública se fazem sentir no direito administrativo, em consonância com as transformações da sociedade e uma das searas atingidas é a contratual pública.

O direito administrativo evoluiu para conformar-se a esse Estado, ou seja, passou a atuar não mais apenas sob o império da lei, mas sob o império do direito¹⁰⁷.

¹⁰⁵ MELO, Lúgia. Novas perspectivas para o direito administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 43. maio/jun. 2007, p. 123.

¹⁰⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Da Supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. 2003. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 20 jul. 2008.

¹⁰⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.14.

A Constituição de 1988 traduz um pensamento de garantia à livre iniciativa, permitindo a incumbência também ao privado à prestação de serviços públicos, pela via da concessão, em que a legislação infraconstitucional disciplinará pela via do sistema contratual. E sob esse enfoque se deve desenvolver a doutrina do direito administrativo, em que a atividade administrativa seja compartilhada em observância à ordem econômica estipulada pela Constituição como eficaz, voltada a assegurar os direitos sociais de serviço público adequado.

3.2 DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO: ÊNFASE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Apesar de terem sido os romanos os primeiros a conhecer a distinção entre o direito público e direito privado, ela só veio a despertar interesse depois do advento do Estado de Direito¹⁰⁸. Até então, o direito privado teve uma grande evolução, ao passo que o direito público mantinha-se como uma categoria de pouca relevância, despertando pouco ou quase nenhum interesse dos grandes juristas da época.¹⁰⁹

Segundo a fórmula de Ulpiano, o direito público dizia respeito ao modo de ser do Estado romano (normas acerca da organização política e religiosa do Estado) e o direito privado cuidava dos interesses dos particulares.

Pontua-se historicamente a distinção acentuada entre o público e o privado após a Revolução Francesa, com o ressurgimento do poder central. Inicia-se o caminhar do direito público na proporção em que o Estado deixou a sua posição de apatia, característica do liberalismo, e opera indiretamente, regulando e controlando

¹⁰⁸A ideia de Estado de Direito advém de uma concepção estruturante do Estado e do Direito Público, que racionaliza e sistematiza as relações entre o Estado e os indivíduos, submetendo estes tão-somente a uma estrutura jurídica hierarquicamente construída, que partiria da Constituição. ARAGÃO, Alexandre Santos de. A 'Supremacia do Interesse Público' no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.1.

¹⁰⁹FINGER, Ana Cláudia. O público e o privado na Administração Pública. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo*. Estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 58.

o setor privado, ou mesmo assumindo a função empresarial. Com isso, o direito público ganha uma abrangência maior no cenário jurídico em decorrência da interferência do Estado na economia de mercado.

É cediço que a teorização do contrato público surgiu do seio do direito privado, pois este contrato possuía toda a autonomia da vontade. Deve-se, portanto, a Laband, no direito alemão, em 1876, essa teorização como espécie da categoria geral do contrato.

Contudo, após a Primeira Guerra Mundial, um texto de Apelt propõe que o contrato de direito público desligue-se de uma perspectiva supremacia/sujeição, para ser melhor compreendido como meio de autorregulação de interesses recíprocos de, pelo menos, dois sujeitos em relação a uma atividade submetida ao direito administrativo, como é o caso dos serviços públicos¹¹⁰. Somente após a Segunda Guerra Mundial, o debate sobre o contrato de direito público ganha novo impulso, quando se admite a sua existência, e, também, a sua necessidade.

Nos anos sessenta, a corrente doutrinária defendida por Bullinger, na qual se posiciona contrário à doutrina favorável à possibilidade do contrato de direito público, em que se afirma que a autoridade administrativa deve atuar no âmbito da atividade empresarial e comercial, segundo as regras do direito privado. Importaria, portanto, uma atividade administrativa de direito público livre de limites próprios à legalidade.

De acordo com a nova visão do público-privado tem-se que destacar sobre essa forma relacional:

[...] a separação do direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada. A partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação¹¹¹.

¹¹⁰BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. In: BACELLAR FILHO, Roberto Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 310

¹¹¹MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 65, jul./set. 1993, p.29.

Deve-se entender que na seara da Administração Pública se exige uma técnica jurídica geral, segundo a particularidade da instituição. Assim, é necessário avaliar quais são as alterações, que aspecto subjetivo da Administração insere na estrutura contratual, sem precisar fazer uma comparação com as disposições do direito civil. Isso porque a atual ação do Estado encontra-se confrontada com uma sociedade resultante do pluralismo político, consequência da relação cidadão-Estado.

A doutrina tem sugerido algumas distinções em relação à dicotomia público e privado, como aquela em que o direito privado visa a assegurar, ao máximo, a satisfação dos interesses individuais, enquanto o direito público pretende proteger os interesses da sociedade. Além disso, o direito público disciplina a atividade do Estado, e o privado, à dos particulares. E, por fim, segundo a qual o direito público regula as relações do Estado e de outras entidades com poder de autoridade, enquanto o direito privado disciplina as relações particulares entre si, com base na igualdade jurídica e no poder de autodeterminação.¹¹² Como se sabe, até hoje não se conseguiu alcançar uma precisa determinação desta distinção.

No contexto da doutrina nacional, a posição de Juarez Freitas¹¹³ é de que “há a necessidade dessa superação da dicotomia em comento, visto que as relações privatistas e as publicistas devem se pautar pelo mesmo fim, o interesse público.”

Segundo Norberto Bobbio¹¹⁴ assim esclarece:

O interesse público se funda na contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e a necessária subordinação, até eventual supressão, do segundo pelo primeiro, bem como acerca da irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais, e, portanto, a crítica de uma das teses mais correntes do utilitarismo elementar.

A noção de contrato administrativo esteve sempre ligada ao problema geral da delimitação legal, num sentido de oposição ao direito civil, em que neste pode-se

¹¹²FINGER, Ana Cláudia. O público e o privado na Administração Pública. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo*. Estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 58.

¹¹³FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p.9-13.

¹¹⁴BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade, para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p.24.

fazer tudo, mas naquele a ideia é de que o administrador público tem pouquíssima liberdade de atuação. Porém, este entendimento não tem razão de ser, pois o administrador quando age o faz em nome do Estado, assim conclui Carlos Ari Sunfeld:

Normas de direito administrativo regulam a realização do interesse público e conferem à Administração, encarregada de buscá-lo, poderes de autoridade, cujo exercício produz relações jurídicas verticais (em que ela tem posição de superioridade frente ao particular). Mas esses poderes são muito condicionados: a Administração só os tem quando previstos em lei (legalidade); seu exercício não mera faculdade, mas dever do administrador, e só pode ocorrer para realizar os fins previstos em lei (função)¹¹⁵.

Nesse panorama, o contrato administrativo tem o Estado como fonte, revestido de autoridade suprema invocada nas suas decisões, visando ao interesse público. Sendo de inevitável aplicação do direito público precisamente aqueles casos em que a Administração se encontra numa situação em que não é compatível à dos particulares¹¹⁶.

Na busca de fomento público, a Administração Pública investe em novos instrumentos, as parcerias, iniciadas no ordenamento inglês da Era Thatcher, que, bem conduzidas, têm o potencial de multiplicar as associações entre o setor público e o privado. São novos organismos, não apenas para direcionar a ação pública, mas para torná-la satisfatoriamente eficiente no atendimento das demandas da sociedade.¹¹⁷

E, com o intuito de atuar como fomentador que é, o Estado necessita mudar seu perfil de unicamente regulador, para melhor proporcionar desenvolvimento econômico, em contraste com a insuficiência de recursos próprios, ademais, face da rigidez contratual que anteriormente preponderava entre público e privado.

A dicotomia público e privado se distancia, atualmente, quando da atuação da Administração Pública brasileira, no que tange às concessões através das

¹¹⁵SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105.

¹¹⁶ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 30.

¹¹⁷MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 451.

parcerias público-privadas. A Lei nº 11.079/2004 faz parte dessas transformações, já que institui a parceria público-privada, o contrato especial de concessão, inserindo cláusulas contratuais com conotações e influências típicas de institutos civis. Essas inovações são pertinentes, à medida que o Estado necessita de recursos para investimentos em serviços públicos eficientes, de altos valores, mas em contrapartida vê-se diante de um quadro de insuficiência orçamentária.

Entretanto, não basta buscar esse desenvolvimento pontual por meio de concessão especial, com instrumentos contratuais afeiçoados às novas necessidades, pois se torna igualmente necessário proporcionar uma mudança de expectativas com relação ao investidor, para passar a confiar no Estado contratante.¹¹⁸

O texto legal arremessa um novo fôlego na Administração Pública quando refaz o papel do poder público frente às entidades privadas, no campo do entendimento da responsabilidade social. A sociedade clama por desenvolvimento, mas o Estado sabe que sozinho não terá condições suficientes para supri-la. Busca, portanto, no setor privado, o apoio para reestruturar os investimentos apropriados a abrir uma via ao desenvolvimento econômico e social, com base nos comandos da legislação ordinária das PPPs, em que toma por diretriz vantagens socioeconômicas dos projetos em consonância com a eficiência no cumprimento das missões de Estado.

Nessa linha de pensamento expansionista dos ditames constitucionais, o modelo de contrato de parceria público-privada investido com os novos contornos dos empreendimentos de serviços públicos, não se coaduna com o modelo de rigidez e imposições em via única vislumbradas nas aquisições de bens e serviços e de concessões comuns, disciplinadas pela Lei nº 8.666/93 e Lei nº 8.987/95, respectivamente.

O contrato público contemporâneo figura-se como o cerne operacional da Administração Pública, conseqüentemente submete as normas juspublicistas, revestido dessas mutações que ressaltam um modelo mais flexível e consensual. Acarreta-se, portanto, o distanciamento da verticalidade, justificada no interesse público e que implanta a consensualidade entre as partes, compartilhando das

¹¹⁸MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 455.

normas de direito civil para reconstruí-lo nos termos contemporâneos de contrato público. Assim, se tem como resultado uma incontestável mudança no panorama tradicional da técnica jurídica, o contrato, de que a consequência advém da necessidade de rever conceitos e de admitir novas formas¹¹⁹.

Nessa esteira, o Direito Administrativo mostra-se renovado nas suas relações com os particulares, mostrando maior interatividade, flexibilidade, consensualidade e negociação contratual com o intuito de execução de obras e/ou serviços e prestação de serviços. Por seu turno, a consensualidade advém de um reflexo das novas relações juspolíticas entre o Estado e a sociedade, passando a ser uma forma privilegiada de administrar interesses públicos nas relações entre Administração e administrados¹²⁰ como marca de muitos novos institutos, em que a flexibilidade, a negociação, o uso criterioso da discricionariedade, o exercício da ponderação entre interesses, valores e direitos e, sobretudo, a motivação, dão a tônica pragmática e democrática do pós-modernismo. Enquanto, por sua vez, a flexibilidade assentará em busca do interesse coletivo, proporcionando à sociedade as diversas requisições dos serviços pretendidos por ela, assegurando-lhe uma melhoria de condições de vida.

A Administração Pública pátria, nesse ínterim, se viu compelida a repensar o seu papel e os seus objetivos para atender a essa nova sociedade, como também de dar respostas dos resultados esperados aos serviços postos à sua disposição.

A partir da dicotomia império-consenso, a Administração Pública admite ser exercida pela coordenação, considerando critérios como eficiência, custo e garantias dos administrados.¹²¹ Por isso, a colaboração entre a empresa privada e a Administração decorre da necessidade de ser conferido ao contrato administrativo maior flexibilidade, deixando de lado, aquela concepção de que na contratualidade com o Poder Público, este deverá exigir muito mais do que em relação aos contratos chamados privados. Pensamento compartilhado por Gérard Farjat, diante da nova concepção contratualista, que traduz num contrato que não se fundamenta

¹¹⁹CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2005, p. 571.

¹²⁰MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 420.

¹²¹MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.420.

necessariamente em relações antagônicas entre as partes, mas que pode ter a sua base numa relação de cooperação.¹²²

Essas relações são construídas anteriores ao instrumento contratual em si quando do procedimento administrativo interno, especificamente, para retratá-las posteriormente a construção da atividade administrativa requerida, ainda a posição dos administrados perante a Administração, como também o inverso. Toda a formatação tem fundamento, não se distanciando do momento factual em que o direito administrativo está transcorrendo em relação jurídica contratual com posições jurídicas subjetivas, sejam direitos, sejam interesses legalmente protegidos, que conformam obrigatoriamente a respectiva atividade¹²³.

Não obstante o procedimento administrativo exija formalidades a cumprir em obediência legislativa, elas não se configuram como impertinentes, porém como conjunto de elementos materiais e circunstanciais que influenciam a formação da relação jurídica entre a Administração e o administrado, com a propriedade do justo equilíbrio das forças contrárias inseridos em interesses inerentes a cada um, público e privado, observando as posições subjetivas dos envolvidos.

Justificam-se as exigências procedimentais em consonância com as diretrizes da atividade administrativa pretendida, quando decorrentes de compras, obras e serviços, concessão comum e concessão na modalidade de parceria público-privada. Consequentemente, a estrutura da relação contratação molda-se de acordo com a atividade e o objeto, bem como as normas jurídicas consonantes à matéria. No entanto, a propositura dessas disposições tem cunho constitucional, *ex ante* do procedimento administrativo que demonstra as particularidades de cada atividade, quando dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

¹²²WALD, Arnold. As novas tendências do Direito Administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n.7, jul. 2003, p.550.

¹²³MONCADA, Luis S. Cabral de. *Os Contratos Públicos: uma introdução a relação jurídica administrativa e a actividade administrativa*. 2009. Disponível em: <http://www.fbde.org.br/artigos/moncada_contratos_publicos_uma_introducao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2009.

[...] *Omissis*;

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações,¹²⁴

O legislador constitucional também contemplou a relação jurídica entre a Administração Pública e o privado, quando da atividade de concessão de serviço público por meio adequado de estrutura contratual, em que o regime a adotar será sempre através de licitação, ficando a lei ordinária responsável pelo caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão, conforme disposição contida no art. 175, parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil.

A existência de atividade contratual do Estado relaciona-se com os princípios mais fundamentais da estruturação do poder político¹²⁵. Princípios jurídicos considerados fundamentais que estão historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional¹²⁶.

Permeando principiologicamente, a Lei Magna contempla no artigo 37, que, para ser possível essa atividade contratual, deve-se observar o princípio licitatório. Daí, a importância do instrumento contratual quando o Estado precisa atender às suas necessidades operacionais, em que a participação do particular figura de forma autorizada pelas vias do direito, em estrita conformação com o Estado Democrático de Direito. Enfim, a expressão “contrato administrativo” é utilizada para indicar um

¹²⁴BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007, p. 43.

¹²⁵JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 153.

¹²⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1165.

vínculo jurídico entre a Administração Pública e um particular, visando à realização de determinada prestação¹²⁷.

Por fim, a conceituação trazida de contrato administrativo por Celso Antonio Bandeira de Mello¹²⁸ elucida a respeito que:

É um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas as sujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

3.2.1 Tendência à contratualização

Com o percurso acelerado dos contratos administrativos, surgiram novas figuras, como o termo de parceria, vinculado à contratualização¹²⁹, com a finalidade de abranger os mais diversos ajustes que demonstram a colaboração entre as entidades públicas ou entre entidades públicas e setor privado, ou, ainda, entre todas essas partes, envolvendo, assim, uma pluralidade de atores¹³⁰.

O termo contratualização deve ser compreendido como instrumento de aperfeiçoamento de contratação, com vistas à prestação de serviço de qualidade. Esse instrumento contratual para atingir o desempenho almejado, utiliza-se como fim critérios de avaliação objetivamente definidos, em que são estabelecidos compromissos mútuos e eficazes, definindo os meios e metas de responsabilidades, de forma comum entre as partes. O termo, na verdade, é muito mais abrangente do

¹²⁷JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, e com a Lei federal nº 9.648, de 27 de maio de 1998)*. 5.ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 468.

¹²⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 592-593.

¹²⁹ O termo contratualização é muito mais abrangente do que o termo contrato. Pois engloba toda uma atividade ou um modo de relações entre as pessoas. Significa, portanto, a substituição das relações comandadas pela subordinação pelas relações fundadas na discussão e na troca. PONTIER, Jean-Marie. *Les Contrats de Plan entre État et Régions*. Paris. Presses Universitaires de France (PUF), 1998, p. 7. apud GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A experiência brasileira nas concessões de serviço público*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 187.

¹³⁰MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 212-213.

que o termo contrato, pois engloba toda uma atividade ou um modo de relações entre as pessoas. Significa, portanto, a substituição das relações comandadas pela subordinação, agora consubstanciadas pelas relações fundadas na discussão e na troca.

No que diz respeito à prestação de serviços públicos, a contratualização tem progressivamente avançado, dentro de um âmbito iniciado pela privatização das estatais na década de noventa, quando atividades exercidas pelo setor público foram transferidas ao mercado, com formas flexibilizadoras, mas susceptíveis de diluírem, e, por isso, de confundirem, questões de legitimação e de responsabilização políticas¹³¹.

Nesse sentido, o legislador constitucional imputou aos serviços públicos de concessão, a forma contratual, como veículo de relação entre terceiros para prestação de serviços para segmentos específicos ou para a própria Administração Pública, isto sim, para usuários diferenciados.

Dentro desse arcabouço dos modelos já existentes de contratação, há um aperfeiçoamento do instituto com previsões de qualidade e desempenho dos serviços, de modo a descrever a vontade das partes em termos de responsabilidade e obrigação, identificando o cumprimento de atividades para cada parte individualmente. É uma vertente representada na ideia de negociação do instrumento contratual, no próprio seio do direito público, numa tendência que leva à regulação, em que se prefere avaliar a execução dos contratos por metas de resultados, previamente estipuladas e discutidas, ao invés da tradicional forma firmada em demonstrar tão-somente a aplicação dos recursos.

Essa nova forma de relacionamento das entidades públicas vem com o propósito para melhoria da eficiência dos serviços públicos, centrada na concepção de parceria entre o público e o privado, em que se viabilizam as relações do Estado. Para se entender essa evolução, faz-se mister discorrer sobre a contextualização dos instrumentos contratuais na dimensão administrativa pública brasileira.

3.3 INSTRUMENTO CONTRATUAL SOB A ÉGIDE DA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

¹³¹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 91.

O contrato administrativo veio a ser disciplinado pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, posteriormente sofreu diversas alterações pelas Leis nºs 8.883, de 08 de junho de 1994, 9.032, de 28 de abril de 1995, 9.648, de 27 de maio de 1998, com repercussões significativas, principalmente nos casos de prorrogação dos contratos de serviços continuados, a 9.854, de 27 de outubro de 1999, 10.438, de 26 de abril de 2002, a 10.973, de 2 de dezembro e a de nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e em 2005, a Lei nº 11.107, de 6 de abril e a 11.196, de 21 de novembro.

Contudo, o contrato administrativo regulamentado, como se encontra na Lei nº 8.666/93, contém amarras próprias de supremacia do Poder Público, não conferindo nenhuma liberdade ao Administrador, somente aquela dentro da estrita permissibilidade legal. Desse modo, a Administração Pública diante das necessidades, e, ao mesmo tempo em que deve supri-las, oferecendo à sociedade serviços públicos, além de executar obras e fornecimentos de serviços, bem como adquirir bens, viu que, sozinha, não conseguia tais desideratos, portanto, fazia sentido o contrato, num molde delimitado.

À época, quando da edição da Lei de licitações e contratos administrativos, havia uma rigidez de forma, em detrimento do próprio conceito de contrato trazido pela legislação:

Artigo 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.¹³² (Grifo nosso).

¹³²BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com alterações posteriores*. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. 13. ed., rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2007, p. 11-12.

Nessa discussão sobre concepção do contrato administrativo ganha relevo o acordo de vontades, pois não obstante as chamadas cláusulas exorbitantes que encharcam de privilégios, a tônica do ajuste se baseia em: alteração unilateral, sem aquiescência do contratado.

É nesse contexto que as obras e serviços de engenharia, pautadas pelas regras da Lei de licitações, trouxe uma gama de vedações, detalhamentos, visto que, naquele momento histórico, fazia sentido em decorrência do alto grau de indícios de obras com projetos com excessivos custos financeiros. Isto se verificou no momento em que a Administração, considerando que precisava dar uma resposta à sociedade, principalmente no fator moralidade, implantou a forma estrutural do contrato altamente rígida.

Vislumbrava-se preocupação excessiva por parte da Administração, ao escolher o seu contratante particular, em torno da proposta mais vantajosa para a própria Administração, traduzida por aquela que apresentasse o menor preço. Paralelamente, o poder público enxergava, nos futuros contratantes, uma desconfiança de parceria nas execuções dos contratos, transformando o particular em adversário.

Esse ambiente de conflito gerou-se, em parte, por culpa do contraente particular que, animado de um espírito de lucro, pretendia a todo custo recuperar, o mais depressa possível, os investimentos realizados inicialmente¹³³. Por outro lado, a Administração presa a um contrato de difícil maleabilidade, decorrente da rigidez de suas cláusulas, sentia dificuldades jurídicas em adaptá-las, principalmente à realidade da execução das obras, isso em consequência de mentalidade de uma Administração em que direitos somente pertenciam ao Estado.

Aos poucos, as relações entre a Administração Pública e os licitantes/contratantes, com a ajuda da doutrina pátria, têm caminhado em diminuir os atritos de confiança mútua. Por uma parte, da melhoria da atuação e tratamento que o Estado tem conferido aos contratantes, por outra, quando reconhece a importância em cumprir as obrigações (na verdade, o poder público também as têm), principalmente, financeiras.

¹³³ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 56.

Com a evolução do pensamento em relação ao papel do contrato administrativo regido pela Lei nº 8.666/93, as cláusulas exorbitantes têm o seu papel, mas de forma harmoniosa, em que tanto administrados como Administração Pública têm seus direitos e obrigações. Isso porque a imutabilidade contratual não deve ser confundida nem utilizada de forma arbitrária. As imposições contratuais devem ser em estrita razoabilidade e respeito à boa-fé dos contratantes.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁴, as cláusulas contratuais concebidas como exorbitantes ocorrem em relação às normas de direito privado:

As prerrogativas da Administração no chamado contrato administrativo são reputadas existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença. Evidentemente, sua “exorbitância” ocorre em relação ao Direito Privado e consiste em abrigar disposições nele inadmissíveis ou incomuns.

Em sendo assim, as cláusulas exorbitantes entendidas como incomuns na seara do contrato tipicamente privado, no qual prevalece a igualdade das partes, enquanto no contrato administrativo há uma predominância do interesse coletivo em detrimento ao interesse particular.

Na verdade, o contrato administrativo sob a égide da Lei nº 8.666/93 e suas alterações continuam desempenhando um papel central de instrumento para operacionalidade da Administração Pública, demonstrando-se, por fim, a concepção tradicional do contrato, em que, de antemão, já delibera suas regras e imposições.

Na sequência, o artigo 61 da Lei de licitações disciplina a estrutura jurídica do contrato administrativo para fins de compras, serviços e obras:

Artigo 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais¹³⁵.

¹³⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 21. ed. 2006, p.588.

¹³⁵BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com alterações posteriores*. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. 13. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2007, p. 75.

Contudo, não quer dizer que o contrato administrativo nesses moldes seja de cunho autoritário, mas de certa forma impositivo, não negocial, por fim. No que diz respeito à constituição do contrato, afirma-se que:

Entendemos sempre lícito e possível que, na discussão do contrato com o vencedor da licitação, a Administração obtenha ainda maiores vantagens, incluindo cláusulas de diminuição de prazo de execução, de redução de preços e outras liberalidades do contratado para com o Poder Público, concedidas espontaneamente depois da adjudicação e sem constar do edital ou da proposta¹³⁶.

Entendimento corroborado por Marçal Justen Filho¹³⁷, para quem o cerne mais característico dos contratos administrativos reside na possibilidade de uma das partes (a Administração Pública) alterar unilateralmente o conteúdo da avença e permitir a discussão das cláusulas contratuais com o particular.

Notadamente, não se afigura que seja possível tal “negociação”, visto que a Lei de licitações não contempla essa previsão, e seria um cometimento de ilegalidade, conforme o artigo 44 dispõe:

Artigo 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei¹³⁸.

Pelo contrário, segue-se um rito ortodoxo sem a menor possibilidade de atuação do particular no conteúdo das cláusulas contratuais, haja vista o licitante que celebra o contrato de fornecimento ou serviços, ou obras com a Administração Pública limitar-se, por vezes, a aceitar uma minuta de contrato, anexo do edital da licitação, podendo sim, apenas impugná-lo, caso não esteja de acordo com as

¹³⁶MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros. 1997, p. 179.

¹³⁷JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, e com a Lei federal nº 9.648, de 27 de maio de 1998)*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Dialética, 1998, p. 467.

¹³⁸BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com alterações posteriores*. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. 13. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2007, p. 61.

normas legais. Conclui-se que o contrato administrativo disciplinado pela Lei de licitações e contratos administrativos ainda não comporta flexibilidade em termos contratuais, e, como também, a negociabilidade, mas não retira sua importância na seara administrativa.

3.4 INSTRUMENTO CONTRATUAL SOB A ÉGIDE DA LEI DE CONCESSÃO E PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A contratação se apresenta com a finalidade de suprir as necessidades operacionais da Administração, como de custeio e de obras, em que a contraprestação pecuniária se opera pela simples entrega do bem ou serviço, diretamente ao Estado, com recursos orçamentários aprovados pelo Parlamento.

A contratação nos moldes de concessão se opera para prestação de serviços públicos com o propósito de atender à sociedade, isto é, o usuário; este é quem irá proporcionar a remuneração do serviço, por meio de tarifas, podendo ser possível outras fontes de recursos para completar a remuneração. Outrossim, somente se configura a concessão de serviço público quando o objetivo for a exploração de atividade a ser prestada universalmente ao público em geral, assim se pronuncia Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁹.

Vale acrescentar que a concessão de serviço público é delegada por meio de um contrato administrativo, portanto, de regime de direito público, sendo regida pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão, aplicando-se subsidiariamente à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, de licitações e contratos da Administração Pública.

Na concessão, o fator principal é a prestação de um serviço público, por parte de um particular, com o compromisso não somente no serviço em si, mas na relação com a sociedade, principalmente na modicidade das tarifas cobradas aos usuários. Diferentemente do contrato administrativo sob as regras da Lei nº 8.666/93, em que o ponto nuclear a ser considerado reside no fato do particular assumir o compromisso e executar o serviço ou obra para o Estado, sem adentrar

¹³⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 679.

no mérito das atividades pertinentes à Administração, tendo como fim a remuneração total e imediata do negócio.

A concessão deve ser vista de forma contemporânea, como um específico modo de gestão dos serviços públicos, em que:

Há de ser compreendida como uma integração cooperativa entre o setor público e o setor privado, ambos unidos de molde a prestar o melhor e o mais eficiente serviço possível aos usuários. Deve ser encarada como um específico modo de gestão dos serviços públicos outorgados à cura do Estado – implementado porque mais eficiente e mais adequado a determinados setores econômicos¹⁴⁰.

Ademais, numa visão global, deve-se entender que o poder concedente mantém a titularidade do serviço público, apenas a prestação material do serviço é transferida.

Aspecto marcante dos serviços públicos é que a sociedade os exige cada vez mais, porém agregados de eficiência e de forma adequada, portanto, a intervenção do Estado se torna imprescindível em buscar, de forma democrática (cooperativa), aquele que irá exercê-los, e a concessão se configura como exemplo dessa interferência. Tal assentamento veio corroborado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 175, que disciplinou a matéria por meio da contratualização. Posicionamento explicitado no artigo 1º da Lei nº 8.987/95, em que a delegação ocorrerá através dos contratos:

Artigo 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do artigo 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos¹⁴¹.

O modelo contratual também será aplicado à concessão, seja precedida ou não de execução de obra pública, conforme o artigo 4º da Lei de concessão:

¹⁴⁰MOREIRA, Egon Bockmann. Contrato de concessão de serviço público: sua compreensão contemporânea. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, a. XII, n. 138, ago. 2005, p. 677.

¹⁴¹ BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de dezembro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 12 nov. 2008.

Artigo 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação¹⁴².

Portanto, o instrumento contratual deve ser estruturado de forma eficaz, que venha retratar fielmente o contido na lei, nos atos administrativos configuradores da licitação e na proposta vencedora, inclusive, e se for o caso, no tocante à metodologia de execução¹⁴³. Toshio Mukai¹⁴⁴ sintetiza que, “o contrato é o melhor instrumento até hoje encontrado para retratar o núcleo da relação jurídica concreta de concessão”.

Disserta, ainda, que

Em nosso sistema, o contrato de concessão é apenas um dos instrumentos que refletem a relação jurídica existente entre o concedente e o concessionário, o que se verifica ao analisarmos os seguintes passos: a lei autoriza a concessão e delimita a amplitude do contrato a ser firmado, o procedimento licitatório define algumas condições contratuais prévias, o regulamento estabelece as condições de execução do serviço.

O contrato consubstancia a transferência da execução do serviço, por delegação, ao vencedor da concorrência, que se torna o concessionário, estabelece definitivamente o equilíbrio econômico-financeiro e limita, de certa forma, o poder regulamentar¹⁴⁵.

Outro aspecto a ser enfatizado é de que a concessão de serviços, disciplinada pela legislação em comento, torna-se transparente pela publicidade por meio do procedimento licitatório, em que a busca da proposta mais vantajosa se transforma tão-somente em verificar o menor valor da cobrança da tarifa.

¹⁴² BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de dezembro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm)>. Acesso em: 12 nov. 2008.

¹⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p.314.

¹⁴⁴ MUKAI, Toshio. Concessão e Permissão de Serviço Público. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, a. XVIII. n. 11, nov. 2002, p. 856.

¹⁴⁵ MUKAI, Toshio. Concessão e Permissão de Serviço Público. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, a. XVIII. n. 11, nov. 2002, p. 856.

Cumprir ressaltar que o procedimento licitatório para outorga de concessão tem suas peculiaridades, pois dispõe de serviços públicos que irão ser delegados a terceiros (privado) para exercê-los. Cuidam de políticas públicas em ação, isto é, a instrumentalidade da concessão compatível com o modelo econômico e social (também não devendo somente visualizar o fator econômico), adotado pelo Estado em determinada atividade. Além do mais, a concessão se configura numa atividade empresarial de empreendimento econômico em longo prazo, em que as variações daí decorrentes devem ser planejadas através da mutabilidade e adequação¹⁴⁶ contratual.

A realidade dos acontecimentos, as transformações de mercado e da própria Administração Pública devem influir nas variáveis quando do planejamento estatal e da estimativa da elaboração dos custos e prazos das obras. Apesar da perspectiva do investimento, com base em dados confiáveis, tecnicamente, porém é inconcebível ficar inerte frente à evolução dos fatos e ao atendimento ao cumprimento da continuidade e da mutabilidade que irão, conseqüentemente, balizar a formatação do contrato.

Vê-se, pois que, o momento da decisão política, ao se implantar uma concessão, acontece antes da instauração do procedimento licitatório, onde serão demonstradas as justificativas técnicas para viabilização desses serviços públicos por uma empresa privada, levando-se em conta às políticas públicas voltadas para os anseios da sociedade.

Em relação a contratos administrativos típicos de concessão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴⁷ os define como o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.

Portanto, quando o Poder Público elabora o contrato de concessão, deveras complexo, tem-se que pormenorizar a forma do seu funcionamento e qual o modo em que se desenvolverá a prestação desses serviços para melhor atender aos

¹⁴⁶JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p.119-200.

¹⁴⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 275.

usuários, como também as garantias e obrigações das partes (concessionário e concedente).

Convém ressaltar que para o concessionário há um objetivo de auferir lucro, enquanto para a Administração o objeto do contrato é um serviço público, cuja atividade venha atender à coletividade¹⁴⁸. A perspectiva de retorno do investimento aliado aos riscos de mercados condicionam ao particular a querer realizar negócios com o governo, no regime de concessões, uma vez que para a iniciativa privada é imperioso amortizar tais investimentos¹⁴⁹.

Então, para equalizar as finalidades dos contratantes, as cláusulas pactuadas devem refletir condições econômicas, atinentes à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, em que estabeleça a condição do negócio jurídico pelo concessionário e a contraprestação pecuniária da Administração. Na verdade, é uma imposição constitucional¹⁵⁰.

Os vínculos contratuais, envolvendo a Administração Pública, são direcionados pelo regime publicista, que vem conceder prerrogativas para amoldá-los ao interesse público. Por meio do contrato, o Poder Público assegura poderes em alterá-lo unilateralmente, dentro da limitação legal, como também extingui-lo. Por conseguinte, a vinculação da Administração Pública ao contrato que celebra deve ser mitigada em nome do interesse público¹⁵¹.

¹⁴⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2006, p. 115.

¹⁴⁹SILVA, Mario Cesar da. *Parcerias Público-Privadas: as realidades de um sonho*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 534, 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6087>>. Acesso em: 19 jan. 2009.

¹⁵⁰BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 nov.2008. Cf.

Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...] *Omissis*;

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifo nosso).

¹⁵¹PORTO NETO, Benedicto Pereira; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. *Contratos celebrados pela Administração Pública – ampliação do papel do acordo de vontades entre as partes*. *Informativo de Licitações e Contrato*, Curitiba, Doutrina - 125/180/FEV/2009. Disponível em: <<http://www.zenite.com.br>>. Acesso em: 02 mar.2009.

O contrato de concessão ganha um novo contorno, baseado no interesse público, refletindo as mudanças de uma sociedade globalizada. A posição estabelecida com base num interesse público genérico, com a finalidade de ser utilizado pela Administração Pública como forma de sobrepor aos interesses individuais (no sentido dos particulares participantes de negócios com o Estado), não mais se justifica, tendo em vista o Estado e a sociedade serem conhecedores de seus papéis como atores jurídicos, econômicos e sociais em que estão inseridos, as prerrogativas da Administração têm que ter seu fundamento nesses patamares.

Progressivamente, constata-se que o contrato administrativo de concessão se molda como instrumento e numa concepção mais próxima de parceiro; com isso, o interesse público passa a ser concebido como ferramenta de prerrogativas estruturais, tendo em vista a permanente acuidade ao princípio da continuidade do serviço público.

Importante frisar que as cláusulas essenciais da concessão estão consubstanciadas no artigo 23 da Lei nº 8.987/95,

Artigo 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

- I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;
- II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
- III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;
- V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;
- VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;
- VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;
- VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;
- IX - aos casos de extinção da concessão;
- X - aos bens reversíveis;
- XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;
- XII - às condições para prorrogação do contrato;

- XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;
- XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e
- XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais¹⁵².

O objeto da concessão de serviço público deve demonstrar a amplitude e, ao mesmo tempo, estabelecer limites desse serviço, de um modo geral envolvendo os investimentos de longa maturação: não há uma contrapartida imediata ao significativo aporte de capital inicial por parte da concessionária¹⁵³, por isso decorre a imperatividade de prazo mais longo.

O prazo da concessão deve ser por tempo determinado, haja vista a referência de vedação, contida na Lei nº 8.666/93, no § 3º do artigo 57¹⁵⁴ de contrato por prazo indeterminado. Ressalte-se que o prazo deverá ser estipulado pela própria Administração, quando da elaboração do edital¹⁵⁵ (artigo 18, inciso I). Embora o prazo da concessão não conste da Lei das concessões explicitamente, referindo-se, apenas, à obrigatoriedade como cláusula essencial da avença, o prazo determinado se estabelece quando da propositura do edital da licitação, na modalidade concorrência. A importância da estipulação do lapso temporal reflete, conseqüentemente, para determinação do valor da equação econômico-financeira,

¹⁵²BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de dezembro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm)>. Acesso em: 12 nov. 2008.

¹⁵³MOREIRA, Egon Bockmann. *Contrato de concessão de serviço público: sua compreensão contemporânea*. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, a. XII, n. 13 8. ago. 2005, p. 678.

¹⁵⁴BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. 13. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2007, p.63. Cf.

Artigo 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

[...] *Omissis*;

§ 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

¹⁵⁵BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de dezembro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm)>. Acesso em: 12 nov. 2008. Cf.

Artigo 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

I - o objeto, metas e prazo da concessão;

uma vez que em função dele se estimam a amortização do capital investido pelo concessionário e as possibilidades de lucro que terá¹⁵⁶.

Os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço definidos no contrato permite a fiscalização institucional por parte da sociedade. Por outro lado, permite à concedente estipular a sanção mais adequada ao dano ou a insatisfação verificada, e, ainda, mede a boa ou má qualidade do serviço.

No caso de previsão contratual sobre procedimentos de futuras expansões do serviço, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações, Luiz Alberto Blanchet¹⁵⁷ afirma:

O administrador, ao elaborar o edital e seus anexos, com a minuta do futuro contrato, deve fazê-lo com o mais rigoroso critério, procurando, inclusive, antever as necessidades futuras do universo de usuários, tais como as necessidades futuras de expansão proporcional ao aumento da população usuária, ou de substituição e modernização do equipamento necessário à prestação do serviço em razão do desgaste natural em função do tempo e também da normal e progressiva modernização da espécie a que pertence o equipamento utilizado.

Marçal Justen Filho¹⁵⁸ enfatiza que, além disso, prevêem-se desde logo alterações eventuais, que poderão (ou não) vir a ser impostas pela Administração. O particular assume, então, o dever de arcar com os efeitos dessas futuras modificações. São, na verdade, previsões estruturais para a execução do serviço prestado, em que a tecnologia faz-se presente para melhoria do serviço adequado. A rigor, faz-se uma inferência futura com lastro em dados técnicos¹⁵⁹.

O poder de fiscalização da Administração Pública é uma determinação contratual, visto que se trata de serviço público. Deve ser exercida com relação à

¹⁵⁶MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 695.

¹⁵⁷BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessões e Permissões de Serviços Públicos*. Curitiba: Juruá, 1997, p.115.

¹⁵⁸JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p.320.

¹⁵⁹MOREIRA, Egon Bockmann. Contrato de concessão de serviço público: sua compreensão contemporânea. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, a. XII, n. 138. ago. 2005, p. 679.

execução do serviço, bem como os equipamentos e instalações necessários à execução do objeto concedido.

Posiciona-se Marçal Justen Filho¹⁶⁰ que a atividade concreta de fiscalização caracteriza, usualmente, uma turbulência no desempenho do serviço. Esquece-se que a Carta Constitucional instituiu o sistema de controle interno nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, previsto no artigo 74, tendo como uma das finalidades:

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado¹⁶¹.

Ao mesmo tempo, a Constituição Federal confere ao Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, a competência de exercer o controle externo, ou seja, a fiscalização. Esta, na verdade, se torna uma garantia ao poder concedente do cumprimento contratual, como também uma prestação de contas à sociedade daquele serviço que deveria ser exercido pelo Estado, mas terceiros estão no comando da execução.

Então, a fiscalização deve institucionalizar-se, portanto, submeter a ritos predeterminados, e que o acesso do poder concedente às instalações do concessionário deverão ser também definidas antecipadamente¹⁶². Inconcebível tal assertiva, visto que o serviço continua sendo de natureza pública, apenas exercido por terceiro por meio de instrumento contratual. Além do mais, a fiscalização devidamente constitucionalizada jamais deverá se submeter ao controle do concessionário, porque as metas de qualidade e os objetivos serão conferidas pela fiscalização.

¹⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p.323.

¹⁶¹BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007, p. 66.

¹⁶²JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p.324.

3.5 CONTRATO ADMINISTRATIVO DA LEI DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

O instrumento contratual de concessão adotado pelas parcerias público-privadas se coaduna com o momento histórico pelo qual a Administração Pública brasileira passa e novos contornos têm-se posicionado em matéria de serviços públicos, como também da evolução dos contratos administrativos, incorporando a consensualidade e a negociação das partes, aliada à repartição dos riscos. Paralelamente, a legislação também avançou para adaptar-se aos novos tempos da concessão por parcerias, abrangida como uma alternativa de integração entre o particular e o setor público.

Os instrumentos contratuais de PPPs terão a função central de fundir as diretrizes estruturais consubstanciadas nos projetos e as exigências das normas legais, como também as expectativas negociais dos parceiros público e privado.

Figuram nos contratos de parcerias público-privadas, cláusulas específicas na Lei nº 8.987/1995 de concessões comuns, especificamente as cláusulas essenciais disciplinadas no artigo 23, que foram objeto de análise anterior. Fica demonstrada a diferenciação da concessão comum e do contrato de PPPs, em que a contraprestação deste se processa pelo parceiro público de forma parcial ou integral ao remunerar o concessionário, enquanto aquela será realizada pelo concessionário contratado sempre por meio de cobrança aos usuários do serviço.

No tocante às cláusulas exorbitantes, não estariam, a princípio, presentes nos contratos de PPP como, transparentemente, nos disciplinados pelas Leis nºs 8.666/93 e 8.987/95¹⁶³.

As cláusulas contratuais exigidas pela Lei nº 11.079/2004 são:

¹⁶³OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Parceria público-privada e direito ao desenvolvimento: uma abordagem necessária. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, ago./set./out. 2005. Disponível em:< <http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 02 jan.2009.

Artigo 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no artigo 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

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

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

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

IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do artigo 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do artigo 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas¹⁶⁴.

3.5.1 As garantias contratuais

As garantias prestadas serão disponibilizadas, a critério do contratante, no instrumento convocatório da licitação, mediante vinculação de receitas, instituição ou utilização de fundos, contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras

¹⁶⁴BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 11 nov.2008

que não sejam controladas pelo Poder Público e garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras, fundo garantidor ou empresa estatal criada para esse fim.

Em decorrência do baixo grau de investimento do Brasil com essa característica, o legislador, ao disciplinar as PPPs, preocupou-se em desenvolver meios de garantir aos financiadores dos projetos efetivo retorno dos investimentos realizados¹⁶⁵. Para tanto, contemplaram-se como formas de garantia ao financiador: (I) a possibilidade de emissão dos empenhos relativos às obrigações assumidas pela Administração Pública diretamente em nome do financiador; e (II) a legitimidade dos financiadores do projeto de receber dos fundos e das empresas estatais garantidores de PPPs, recebimento de indenizações, nas hipóteses contratualmente previstas, por extinção antecipada do contrato.

Por meio destes mecanismos, o legislador buscou criar condições mais atrativas aos investimentos externos que tenham por finalidade projetos de parceria público-privada, evitando que os financiadores deixem de receber os valores investidos¹⁶⁶.

Quanto às garantias pelo parceiro privado, este deverá prestar garantia não excedente a 5% (cinco por cento) do valor do contrato, podendo ser elevado para até 10% (dez por cento), já que se trata de obras, serviços e fornecimento de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros.

A garantia tem por pressuposto assegurar o cumprimento da obrigação pecuniária; caso não seja satisfeita a referida obrigação, ocorrerá a execução da garantia prevista. Acrescente-se também como forma de possibilidade a assegurar o risco do empreendimento. Se bem que a atração principal da iniciativa privada para implantar empreendimentos em PPP que não apresentam viabilidade econômica está relacionada às garantias de pagamentos que a Administração Pública poderá conceder¹⁶⁷.

¹⁶⁵PINHEIRO NETO ADVOGADOS (Coord.). *Cartilha parcerias público-privadas – PPPs*. Conselho Empresarial Brasil-China. [200-]. Disponível em: <http://www.cebc.org.br>. Acesso em: 04 jan.2008.

¹⁶⁶PINHEIRO NETO ADVOGADOS (Coord.). *Cartilha parcerias público-privadas – PPPs*. Conselho Empresarial Brasil-China. [200-]. Disponível em: <http://www.cebc.org.br>. Acesso em: 04 jan. 2008

¹⁶⁷SOARES, Ricardo Pereira; CAMPOS NETO, Carlos Alavares da Silva. *Considerações sobre o projeto de Lei de parceria público-privada (PPP) em face da experiência recente no Brasil. Texto para Discussão nº 1010*. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. IPEA. Brasília, março de 2004. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/pub/td/2004/td_1010.pdf. Acesso em: 04 jan.2009.

3.5.2 O modo amigável de solução das divergências contratuais: arbitragem

Diante de desejos contraditórios: por um lado, a Administração Pública em busca de um gestor privado para delegação de serviços públicos e, por outro, o particular na captação de lucro. As divergências, principalmente, contratuais são previsíveis.

No sistema brasileiro há duas possibilidades de solução de conflitos: a jurisdicional e a amigável. A jurisdicional se configura como aquela tutelada pelo Estado, por meio de seus órgãos jurisdicionais, prevista constitucionalmente, portanto, independente de previsão contratual poderá ser provocada. A arbitragem como forma amigável de conflitos vem a se configurar como cláusula contratual na concessão comum e na parceria público-privada.

Assim, no curso dos tempos, os conflitos gerados das licitações e contratos travados entre o particular e a Administração Pública foram ganhando nuances que de algum modo justificam a necessidade premente de buscar soluções céleres e eficazes, por meio da instituição da arbitragem.

A opção do contratante público pela arbitragem não importa em transigir com o interesse público nem renúncia de instrumentos de defesa de interesses públicos. Pelo contrário, está escolhendo uma forma mais diligente ou um meio mais hábil para a defesa do interesse público¹⁶⁸. Assim, o interesse público estará preservado quando da atuação do Poder Público constatar o real interesse da coletividade e não divergências insignificantes, egoísticas, que, ao sabor do aludido princípio, subvertem o seu significado legítimo para aprofundar-se em meros formalismos contratuais, e cometendo excesso de poder¹⁶⁹, não enfatizando a celeridade processual e na finalidade do objeto contratual.

¹⁶⁸ DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, ago. 1995. Disponível em: <<http://www.zenite.com.br>>. Acesso em: 11 mar.2009.

¹⁶⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contrato Administrativo e a Lei de Arbitragem. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, out. 2000. Disponível em: <<http://www.zenite.com.br>>. Acesso em: 11 mar.2009.

A previsão legal de arbitragem está posta no texto da Lei nº 11.079/2004, como via de solução de controvérsias envolvendo a Administração Pública e o parceiro privado:

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

[...] *Omissis*;

III: o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.¹⁷⁰

Com base nas experiências passadas, o Poder Público conhece, de antemão, a morosidade judiciária, infelizmente, quando envolve pleitos oriundos de procedimentos licitatórios, em que processos demoram além do desejado, provocando um prejuízo não somente para a Administração Pública, como repercute na sociedade que espera pela obra ou serviço, sem levar em conta, ainda, o prejuízo empresarial pela espera do resultado final do Judiciário. Dessa forma, a adoção do juízo arbitral veio como via de garantir a não paralisação das obras ou serviços em andamento ou que estão em fase de procedimento licitatório

O perfil da arbitragem é o de facilitador, buscando a solução extrajudicial dos conflitos para a resolução de impasses, tendo como premissa a transação, que consiste em concessões recíprocas com a finalidade de entendimento e superação dos pontos de divergência¹⁷¹.

Para possibilitar a arbitragem nos contratos de parcerias público-privadas, o edital deve, obrigatoriamente, exigí-la como meio amigável de conflitos para os litígios fora da seara do Poder Judiciário, decorrentes do contrato. Portanto, a

¹⁷⁰ BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível no site <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 11 nov.2008.

¹⁷¹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Recursos e Instrumentos atuais no campo da gestão contratual. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.zenite.com.br>>. Acesso em: 16 mar.2009.

escolha da arbitragem deriva do exercício da competência discricionária do Administrador e, uma vez realizada, deve observar a norma da Lei nº 11.079/2004,¹⁷² em cumprimento ao princípio licitatório da vinculação ao instrumento convocatório.

A solução arbitral advém mediante uma convenção de arbitragem, que é gênero, e o compromisso arbitral e a cláusula compromissória, espécies, em obediência à Lei de Arbitragem nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.¹⁷³

O compromisso arbitral, portanto, equiparando-se ao contrato de direito privado, tem a finalidade de causar entre as partes implicação a níveis processuais, abstraindo-se à jurisdição do Judiciário. Já a cláusula compromissória é o acordo prévio das partes, as quais se obrigam a decidir, por meio da arbitragem, futuros litígios. Segundo a Lei de arbitragem brasileira, a estipulação do lugar em que será realizada a demanda é, obrigatoriamente, no Brasil.

A possibilidade legal de utilização da arbitragem pela Administração Pública brasileira constitui um avanço em matéria de direito administrativo, levando a uma repaginação no estilo do Estado em lidar com os seus administrados, numa forma consensualista.

Assim é que a expansão do consensualismo na Administração Pública vem acarretando o desenvolvimento de uma nova forma de contratar, criada em bases negociais mais amplas, se comparadas aos modelos tradicionais, sinalizando para uma maior paridade entre a Administração e o particular e reforçando a interdependência entre as prestações de ambas as partes.¹⁷⁴

A Administração Pública começa a dar sinais de uma nova fase, a negociação. O caminho da negociação – e não o percurso da imposição –, para a

¹⁷² SOUZA JR., Lauro Gama e. *Sinal Verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (A construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado)*. 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 14 jun. 2008.

¹⁷³ BRASIL. *Lei nº 9.307, 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre Arbitragem*. Disponível em: <<http://www.unb.br/fd/gt/links/leis.htm>>. Acesso em: 15 jun.2008. Cf.

Artigo 3º. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Artigo 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em que um contrato comprometem-se a arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

[...] *Omissis*;

Artigo 9º. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

¹⁷⁴ FERREIRA NETO, Cássio Telles. *Contratos administrativos e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.31.

composição de eventuais dissensos entre as partes, pressupõe o reconhecimento (ainda que relativizado pelo regime jurídico-administrativo) da autonomia das partes envolvidas.¹⁷⁵

Assiste-se, atualmente, a uma acentuada divergência quanto a diversos aspectos desse novo contrato da Administração Pública brasileira. Com efeito, está-se diante de uma nova figura a ser empregada pelo setor público no campo negocial, a qual visa a instituir e formalizar uma relação jurídica entre a Administração Pública e os particulares em bases normativas diversas daquelas representadas pelas disposições inseridas nas Leis Federais nºs 8.666/1993 e 8.987/1995.¹⁷⁶

Como se observa, as cláusulas contratuais de PPPs, diferentemente das de concessão comum, não poderão ser confeccionadas nos moldes de minuta padronizada, em decorrência das minúcias a serem discutidas e negociadas, porque podem surgir controvérsias, visto que envolvem parceiros de negócio.

Diante da absoluta impossibilidade de erradicação de conflitos, o direito positivo tem cuidado de estabelecer mecanismos cada vez mais aperfeiçoados para a composição de conflitos, procurando atingir a paz e a segurança jurídica, por meios que apresentem, simultaneamente, os requisitos da celeridade e da efetiva realização da justiça.

A teorização contratual deve almejar e alcançar a significação do momento em que passa o Poder Público, para que possibilite ser instrumentalizado como adequado em termos jurídicos. Afora, ainda, que tais ajustes têm suas especificidades, além das descritas em suas cláusulas, como prazo, amortização dos investimentos, penalidades, repartição dos riscos, remuneração, inadimplência, avaliação de desempenho, garantias, ganhos econômicos, vistoria dos bens reversíveis, e outras, fundadas para um mesmo fim: equilibrar os interesses dos parceiros. Vale salientar que a questão central da viabilidade da parceria reside na necessária harmonização das disposições contratuais, a qual certamente terá

¹⁷⁵OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.569.

¹⁷⁶OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 571.

impacto decisivo na avaliação dos riscos a serem incorridos pelos parceiros e financiadores do projeto¹⁷⁷.

3.6 APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EM UM CONTEXTO CONTEMPORÂNEO DE CONTRATO DE CONCESSÃO

Para realizar sua missão de resguardar o interesse público, a Administração tem a possibilidade de utilizar a ação do poder de modificar unilateralmente o contrato administrativo com as prerrogativas conferidas ao poder público; são as chamadas cláusulas exorbitantes. Não se referem àquelas de outrora, mas dentro de uma concepção do Estado Democrático de Direito em que as avenças são estruturadas de forma que a Administração Pública reconheça e respeite os interesses do particular, ainda que saiba do seu papel em preservar o interesse da coletividade.

Quando se fala em cláusulas exorbitantes tem-se o equívoco de supor que o contrato administrativo autoriza o Estado a subjugar o particular¹⁷⁸. Pelo contrário, segundo a visão de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷⁹, a contrapartida dos poderes da Administração é uma proteção excepcionalmente grande em proveito do particular, em que se traz o equilíbrio com o resguardo do objetivo do lucro buscado pelo contratante privado.

A discussão da cláusula exorbitante somente se faz presente, por causa da comparação, quase sempre, realizada com as normas contratuais do direito civil. Compreensível, tendo em vista que o direito civilista tinha um destaque central em todo o ordenamento jurídico, quando em relação aos outros ramos do direito. Com o direito contratual público não poderia ser diferente.

¹⁷⁷BONELLI, Claudia Elena; CINTRA, Antonio Felix de Araujo. A sistemática contratual das PPPs. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 504, 23 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5973>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

¹⁷⁸JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 169.

¹⁷⁹MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 595.

O contrato administrativo não deve ser visto, em relação ao contrato civil, como sistemas antagônicos, contrapostos, mas sim, como aquele que carrega em sua essência dogmática o fim maior: o interesse público. Não diz respeito a somente dois entes, mas que uma das partes representa, por mandato constitucional, toda uma sociedade.

A concessão de serviço público, seja comum, seja parceria público-privada, dispõe em suas cláusulas contratuais as prerrogativas conferidas à Administração Pública como essenciais, tendo o foco em relação ao objeto conferido ao particular, à delegação de um serviço público. Aliada a essa visão, acrescenta-se que o caráter exorbitante advém de uma determinação legal, como critério formal, em que a própria natureza dos contratos públicos se estrutura decorrente dos princípios a eles vinculados intrinsecamente. Ademais, essas alterações contratuais não podem interferir no processo em que venha provocar o desequilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

A análise das cláusulas exorbitantes deve ser entendida de acordo com o contexto atual, em que a concessão de serviço público se traduz como um instrumento para o Estado em realização do interesse da coletividade, para tanto, o ordenamento jurídico atribui ao Estado certos “poderes” jurídicos não identificados com o “direito subjetivo” consagrado do direito privado, mas como prerrogativa de resguardo dos direitos coletivos¹⁸⁰.

Dentro dessa permissibilidade jurídica conferida ao Estado, pode-se alterar unilateralmente o contrato administrativo dentro de limites compatíveis, em que não venha afastar o interesse do particular envolvido no negócio, nem, contudo, exorbitar o poder conferido ao ente público, e nem provocar prejuízos ao particular.

¹⁸⁰JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 166-167

3.7 INCIDÊNCIA DE NORMAS PRIVATISTAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Aos contratos administrativos aplicam-se, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. Assim dispõe a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nacional de licitações:

Artigo 54 Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado¹⁸¹.

É interessante constatar que os preceitos civis já se encontravam presentes nos contratos administrativos, mesmo sendo de forma supletiva. Demonstra-se, portanto, que a Administração quando necessita atingir sua finalidade, apodera-se de institutos além daqueles puramente públicos, ou seja, o contrato nos moldes contemporâneos. E não esquecendo que estamos no contexto de uma Administração rigidamente estruturada e verticalizada em matéria de contratos.

Ainda, o diploma legal de licitações e contratos explicita quais as possibilidades, no instrumento de contrato, de cunho privado, no que dispõe o § 3º artigo 62:

Artigo 62. *Omissis*.

§ 3º Aplica-se o disposto nos artigos 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I – aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

¹⁸¹BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com alterações posteriores*. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. 13. ed. Curitiba: Zênite, 2007, p. 69.

II – aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público¹⁸².

A impressão (falsa) que esse parágrafo trazia era a de que, no mundo dos contratos administrativos, aplicam-se, supletivamente, normas de direito privado e de forma sutil; porém, a lógica hermenêutica é que o contrato, nesses casos, é de conteúdo de direito privado. Empregam-se normas específicas referentes à prerrogativa de modificar, rescindir unilateralmente os contratos, fiscalizar e aplicar sanções.

A evolução contratual estatal acompanha as tendências contemporâneas de renovação operacional da Administração e produz um afloramento de princípios flexíveis, capazes de veicular as imposições do interesse público, sem quebra do sistema¹⁸³ Poder Público quando parte contratante.

Nesse diapasão, o Código Civil em observância aos princípios da Constituição vigente, manifestando a sua atualização dos acontecimentos, proporciona uma nova roupagem aos contratos privados, demonstrando uma aproximação com os contratos administrativos.

O Código nada mais faz que refletir as tendências contraditórias de nosso tempo com a crescente interpenetração do público e do privado, como: (a) fuga do direito administrativo para o direito privado, com a adoção de novas tipologias contratuais; e (b) a “contaminação” do direito privado com novos institutos, típicos do direito público¹⁸⁴.

¹⁸²BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com alterações posteriores*. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. 13. ed. Curitiba: Zenite, 2007, p.76.

¹⁸³DANTAS, San Thiago. *Evolução contemporânea do Direito Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 199. p. 144. apud TARTUCE, Flávio. *A realidade contratual à luz do novo Código Civil*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 190, 12 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4389>>. Acesso em: 14 abr. 2009.

¹⁸⁴BORGES, Alice Gonzalez. *Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fev./mar./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 ago.2008

Para Maria João Estorninho¹⁸⁵, houve um certo “complexo” generalizado dos administrativistas perante o direito comum, onde se procurava provar, a todo o custo, a exorbitância do regime jurídico dos contratos administrativos.

Realmente, ainda se discute exaustivamente entre os doutrinadores pátrios a necessidade limítrofe do conteúdo contratual e do poder estatal nos contratos em que a Administração Pública seja parte, e se esclareça o direito “maior” como parte contratante.

Faz sentido a colocação da autora lusa, quanto à “comprovação” da exorbitância, visto que nos moldes contemporâneos o direito civil também sofreu determinantes transformações em relação ao direito público.

Dentro da formação contemporânea dos contratos administrativos são fundamentais os princípios: (I) Da boa-fé; (II) Da prossecução do interesse público.

3.7.1 Princípio da boa-fé

Uns dos pontos inovadores do Código Civil¹⁸⁶ que faz uma interligação com o público refere-se à boa-fé nos contratos; diz o artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.”

Esse princípio tem seu alicerce na segurança jurídica, que é um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito, no que concerne à proteção, à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação¹⁸⁷. Pois, cabe tanto aos particulares quanto à Administração Pública, o dever de cada um cumprir e garantir a realização

¹⁸⁵ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 116.

¹⁸⁶BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

¹⁸⁷COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do artigo 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 mar.2009.

das expectativas legítimas das partes, tendo, assim, o credor a confiança de que seu direito obrigacional será plenamente realizado.

A boa-fé veio quebrar o paradigma do contrato administrativo, com a tônica de parceria baseada na ética e confiança entre os contratantes, em que a interpretação do ajuste deve ser levada em consideração. Entendido que a literalidade da linguagem não sobreponha à intenção das partes.

Com isso, a doutrina brasileira tem reconhecido a evolução ou a mutação do Direito Administrativo no trato das questões, principalmente contratuais, em que cada vez mais precisa deixar de lado a visão de opositor aos particulares, e buscar uma interligação de parcerias para alcançar seus objetivos.

O princípio da boa-fé proporciona a interrelação dos direitos dos administrados e da Administração, de modo que sejam respeitados por cada parte, o que Miguel Reale¹⁸⁸ chama de “encontro de vontades” e assim sintetiza:

A boa-fé é tanto forma de conduta como norma de comportamento, numa correlação objetiva entre meios e fins, como exigência de adequada e fiel execução do que tenha sido acordado pelas partes, o que significa que a intenção destes só pode ser endereçada ao objetivo a ser alcançado, tal como este se acha definitivamente configurado nos documentos que o legitimam. Poder-se-ia concluir afirmando que a boa-fé representa o superamento normativo, e como tal imperativo, daquilo que, no plano psicológico se põe como intentio legal e sincero, essencial à juridicidade do pactuado.

3.7.2 Princípio da prossecução do interesse público

A ideia embutida trazida pelo princípio da prossecução do interesse público, no campo contratual administrativo, é de que há uma permissibilidade de flexibilidade possível.

O instrumento contratual de PPP assegura essa possibilidade de flexibilização, quando autoriza a negociação, o compartilhamento dos ganhos econômicos, a repartição dos riscos entre as partes, isto é, concede de uma certa

¹⁸⁸REALE, Miguel. *Um artigo-chave do Código Civil*. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2008.

forma o poder de adaptar-se e acompanhar as próprias alterações sofridas¹⁸⁹ visando ao tal interesse.

As transformações econômicas e tecnológicas, como também da própria sociedade em relação aos serviços públicos, produziram impactos nos contratos administrativos. Uma das variantes é a mutabilidade como prenúncio da capacidade de flexibilidade, que traduz numa interpretação construtiva e negociada do que foi pactuado, para preencher as eventuais lacunas e superar as dificuldades geradas por normas legais, regulamentares ou contratuais que não previram os fatos da maneira pela qual está acontecendo, ou os efeitos deles decorrentes¹⁹⁰.

Essa conotação dada ao contratado público decorre da consequente flexibilidade ocorrida no campo contratual administrativo e em virtude das próprias cláusulas exorbitantes¹⁹¹.

A cooperação entre os contratantes impõe-se para superar as eventuais dificuldades de execução¹⁹², principalmente quando se trata de contratos a longo prazo e de maior complexidade, o que se justifica, para o interesse público, passe a exigir adaptações por parte do contraente privado e, em caso de conflito, deva prevalecer o interesse público¹⁹³.

Enfim, no que diz respeito à primeira fase do contrato administrativo, licitações, disciplinados pela Lei nº 8.666/93, para aquisições e serviços gerais, a apreciação do conteúdo faz com que se identifique, apenas para suprir as necessidades operacionais da Administração Pública, como negócio imediato, justifica-se, portanto, sua posição verticalizada e rígida, de regras prefixadas. Na segunda fase, há uma evolução com a concessão comum, sob a égide de um modelo mais flexível e, culminando com um modelo de contrato de concessão por parcerias público-privadas, em que os atores envolvidos no negócio podem ter

¹⁸⁹ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 118.

¹⁹⁰WALD, Arnold. As novas tendências do Direito Administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n.7, jul. 2003, p. 549.

¹⁹¹WALD, Arnold. As novas tendências do Direito Administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n.7, jul. 2003, p. 548

¹⁹²WALD, Arnold. As novas tendências do Direito Administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n.7, jul. 2003, p. 550.

¹⁹³ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 119.

garantias contratuais, de ambas as partes, além de buscarem quando dos conflitos decorrentes, utilizar a solução amigável, por meio da arbitragem.

As reflexões precedentes procuraram evidenciar a evolução do contrato público, no atual momento histórico proporcionado pela concessão de parcerias público-privadas, como instrumental, apesar das influências civilistas que o tornaram elemento privilegiado de institucionalização dessa transformação por que passa a Administração Pública.

4 REPARTIÇÃO DE RISCO NO CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

O universo dos contratos administrativos permeados por uma estrutura jurídica formalística-consensual, como demonstrado no segundo capítulo, contratos advindos da Lei de licitações, de concessão comum e de parceria público-privada, vêm sendo renovados ao longo do tempo, principalmente na esteira da evolução da vida econômica, determinando transformações jurídicas, em que o direito administrativo tem o condão de instrumentalizar a gestão delegada de serviços públicos que venha a atender aos anseios da sociedade, permitindo, por outro lado, uma influência do direito privatista no que se reporta aos contratos públicos.

Importante demonstrar a evolução dos contratos administrativos, fundamentalmente nas previsões de suas cláusulas, para que se possa avançar especificamente nas de parceria público-privada, quando inova permitindo a diretriz¹⁹⁴ de repartição objetiva de riscos entre os parceiros da concessão, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Os riscos podem ser previstos por meio de estudos e dados técnicos. Partindo desse ponto, então, tem-se como estipular as cláusulas do contrato de PPPs, na medida em que os vislumbra confeccionados em uma minuta de contrato. Como resultado, o licitante (lembrando de que se encontra numa fase *ex ante* da adjudicação do processo licitatório) elaborará sua proposta com base em cálculos em que os riscos são estimados, ponderando à maneira de suportá-los, como também as expectativas do negócio.

A relação jurídica decorrente do sistema contratual adotado para concessão de serviços públicos confere valores específicos da atividade, em que as partes contratantes num encontro negocial acordam os interesses de cada um, sem negligenciar a importância do interesse público¹⁹⁵. Nas relações econômicas, o risco

¹⁹⁴ A diretriz, no sentido de guia, para alcançar um determinado objetivo: o desempenho eficiente da parceria público-privada; deve-se ser observada pela ocasião da implementação e desenvolvimento deste tipo de concessão, consubstanciada em relações contratuais, baseadas numa visão mercadológica, estranha ao modelo brasileiro.

¹⁹⁵ Numa concepção do interesse do conjunto social, ou seja, dentro de uma dimensão dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade. [...] O interesse público só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e

se faz presente; caracteriza-se por ser possível a sua transferência: parte para o poder concedente, parte para o concessionário, consoante mecanismos harmônicos do Direito, representados pelo instrumento contratual. O compartilhamento de riscos se insere dentro dessa realidade.

A Lei nº 11.079/2004 traz especificamente dois dispositivos da repartição dos riscos. Faz-se necessária a transcrição:

Artigo 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

[...] *Omissis*;

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

Artigo 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no artigo 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...] *Omissis*;

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;¹⁹⁶

Para se analisar e compreender a parceria-repartição na sua ideia finalística, deve-se levar em consideração os elementos que venham proporcionar a interpretação do risco utilizado pela lei, de maneira extensiva, considerando os efeitos dentro de uma estrutura negocial, fazendo referência aos riscos e a repartição correspondentes.

das que o integrarão no futuro. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 60-61

¹⁹⁶BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 11 nov.2008

4.1 RISCOS E INCERTEZAS: ENTENDENDO AS CONCEPÇÕES

Fala-se em risco como algo novo, porém a concepção de risco se renova a partir de uma visão contratual pública. A Administração Pública mudou. A empresa licitante-concessionária mudou. As transações negociais, também. Inserem-se concepções jurídicas exportadas de outros mundos, como no caso da repartição de riscos nos contratos de parceria público-privada.

Na oportunidade de desembaraçar a dissociação de incertezas e de riscos, torna-se relevante trazer à baila a concepção da Teoria da Incerteza, discorrida por Luis Gonzaga de Sousa¹⁹⁷, para quem a economia não se movimenta dentro de uma competição perfeita em que haja pleno conhecimento de mercado.

A concepção das incertezas está ligada à condução do negócio. Noutras palavras, a visão empresarial compreendida em todos os seus envolvimento de mercado. No caso da concessão de PPP, seria o empresário, ao negociar com o Estado, a avaliar o negócio com suas variantes em relação à segurança contratual, investimentos e riscos e, por fim, o usuário, e ainda, assim, buscar o lucro.

O autor em referência revela que:

A incerteza é quem explica o sucesso ou não do empresário, [...], tem o poder de criar e inovar para sobressair com sua empresa, que caminha dentro de uma estrutura da crise, e de *boom*; [...] Quanto mais a economia vive num clima de incertezas e riscos, mais o empresário deve mostrar a sua capacidade de administrar os recursos escassos que lhe são disponíveis, e que devem proporcionar retornos suficientes para acumulação e sucesso em seu empreendimento¹⁹⁸.

Na clássica visão da teoria econômica, Frank Hyneman Knight,¹⁹⁹ explicando o problema do lucro no contexto entre a competição perfeita e a concorrência real, enfatiza a premente necessidade em discernir a noção de risco ou incerteza e as

¹⁹⁷SOUSA, Luiz Gonzaga de. *Ensaio de Economia*. 2003, p.151. Disponível em: <<http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/lgs-ens/lgs-ens.htm>>. Acesso em: 15 maio 2009.

¹⁹⁸SOUSA, Luiz Gonzaga de. *Ensaio de Economia*. 2003, p.155. Disponível em: <<http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/lgs-ens/lgs-ens.htm>>. Acesso em: 15 maio 2009.

¹⁹⁹ KNIGHT, Frank Hyneman. *Risk, Uncertainty and Profit*. Cosimo, Inc., 2005, p.18-20

ambiguidades nelas ocultas. Esclarece que a incerteza deve ser tomada num sentido radicalmente distinto da noção familiar de risco, a partir do qual nunca foi adequadamente separado. Com isso, o fator risco significa a possibilidade de medição, enquanto o conceito de incerteza se restringe para os casos do tipo não-quantitativo.

Márcia Carla Pereira Ribeiro e Guilherme Borba Vianna²⁰⁰, discorrendo acerca dos contratos empresariais, elaboram uma distinção singular sobre risco e incerteza, na qual o risco, numa visão econômica, faz parte intrinsecamente da relação jurídica, conhecido e valorado pelo contratante; diferente da incerteza, instigada pela instabilidade econômica de um determinado país, decorrente da inconsistência de suas estruturas sociais. Para os referidos autores, a atividade econômica e, especialmente os contratos empresariais são indissociáveis do risco e não, da incerteza. Porém, para a Comissão Europeia²⁰¹, o risco é concebido como qualquer fator, evento ou influência que ameaça o sucesso de um projeto em termos de tempo, custo ou qualidade.

Portanto, as incertezas não têm o condão de serem auferidas, enquanto os riscos poderão ser calculados e passíveis de diagnósticos futuros. Nesse contexto, o risco deve ser compreendido como fator que provoca impactos no contrato, devendo ser avaliado como algo previsível. Previsibilidade conferida ao papel do planejamento estatal, por outra face, a sociedade de incertezas é subordinada à concepção do risco. O ponto central da concepção do risco é a existência de algo que não existe ainda, algo que não aconteceu, mas pode vir a acontecer²⁰².

O enriquecimento da tipologia estrutural dos contratos públicos com a parceria público-privada introduziu novas vias de ajustes entre as partes-parceiros quando da sua celebração: a repartição de riscos, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

²⁰⁰RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Risco e assimetria informacional nas relações empresariais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, a. 6, n. 24, out./dez., 2008, p. 177.

²⁰¹EUROPEAN COMMISSION. *Guidelines for successful public-private partnerships*. 2003. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm>. Acesso em: 28 fev. 2009.

²⁰²FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001. apud BRAGA, Pedro. A sociedade de risco e o Direito Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_168/R168-11.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2009.

O risco foi descrito na legislação de concessão comum, quando conceitua a concessão de serviço segundo o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.987/95:

Artigo 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I – *Omissis*;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.²⁰³ (Grifo nosso).

Nesse contexto, o pensamento vigente era puramente empresarial e o concessionário assumiria o negócio em seu próprio nome, assegurando a remuneração por meio de tarifas pagas pelo usuário; em contrapartida, o Estado estaria exonerado de aplicar recursos públicos.

Marcos Augusto Perez²⁰⁴ sustenta que a Lei nº 8.987/95, ao prescrever por “conta e risco”, alude ao campo da “responsabilidade do concessionário, em que, na verdade, não transfere normativamente *todos* os riscos da concessão ao concessionário, mas tão-somente àqueles que o negócio (o contrato), em função de suas condicionantes econômico-financeiras, estabelecer”.

As mudanças ocorridas na contratualização de serviços públicos advieram da contingência de recursos públicos. Os países pioneiros na adoção do modelo de PPP, notadamente, na América Latina foram o Chile e o México. Iniciativas decorrentes da restrição da capacidade do aumento populacional, como da gestão responsável fiscal para atender às regras disciplinares de níveis de endividamento público, trouxeram reações doutrinárias tendentes a permanecer a concepção clássica de risco com enfoque econômico.

²⁰³BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de dezembro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 12 nov. 2008.

²⁰⁴PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.131.

É importante fazer uma alusão à concessão comum para se realizar uma projeção da análise renovada de riscos e os eventos incidentes, agora possíveis de repartição na relação contratual pública.

Nesse novo instante, sobretudo no ordenamento jurídico brasileiro, a repartição de riscos em contratos públicos, de forma a vir a ser explicitada em lei, é uma inovação, enquanto nas relações contratuais privatistas são conhecidas e tratadas pela doutrina como possível e justa, pois há uma cultura de risco somente suportada pela Administração Pública, tanto nos casos de contratos sob a égide da Lei nº 8.666/93 como também, nos casos previstos na Lei nº 8.987/93.

A problemática da incidência do risco nos negócios privados não se esgota somente a prejuízo financeiro. Falar atualmente de “riscos” na esfera de contratos públicos, significa ampliar a questão de modo a encará-los conexos ao fato de contratar a operação contratual, no seu conjunto²⁰⁵.

Na esfera dos contratos públicos, os de parceria público-privada não poderiam ser indiferentes às incidências negociais privatistas, diante de uma economia globalizada, recursos públicos escassos; por outro lado, a empresa privada necessita de negócios diferenciados na busca de expansão de lucros, como a exploração de serviços públicos que se mostra como alternativa.

O instrumento contratual é o veículo entre os entes (no caso, públicos) e os particulares (as empresas), por meio do qual coordenam os procedimentos em que se traduz a atividade econômica, acompanhado por uma visão consensual, levando a uma decisão das partes quando elas optarem bilateralmente por repartir os riscos, convertendo-se numa visão jurídica pública. Ponderam-se as incertezas de atuação de mercado em contrapartida das vantagens do cumprimento das obrigações pactuadas, a serem confrontadas com a ponderação naquilo que melhor atue nos negócios, seja público ou privado (aqui se abstendo da visão que somente o setor privado seja eficiente em suas atuações), traduzindo-se num inestimável elemento flexibilizado²⁰⁶.

²⁰⁵FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. O contrato como regulador e como produto de riscos. *Prim@Facie Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas*, Universidade Federal da Paraíba. a. 4, n.6, jan./jun. 2005. Disponível em:<<http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/>>. Acesso em: 04 mar. 2009.

²⁰⁶ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 15.

O Livro Verde, acerca das parcerias público-privadas e do direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões, aponta que a distribuição dos riscos efetuar-se-á caso a caso, em função das capacidades respectivas das partes em causa para avaliá-los, controlar e gerir²⁰⁷. Esta proporção deve ser efetuada de forma equilibrada, harmonizando com a ideia de que na parceria se possa associar a *expertise* que é própria de cada um dos seus integrantes²⁰⁸.

Com as PPPs, os parceiros começam a acordar entre eles a combinação de repartir os riscos, que venham a traduzir benefício mútuo, por consequência, aos usuários dos serviços públicos, de forma paritária, sem as amarras da visão de que o Estado continue no papel de *pater* (suportando todos os encargos), quando nas possibilidades dos eventos de cunho político, econômico, social, inclusive no caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Tem-se, por fim, que o modelo contratualista de parcerias público-privadas visa equilibrar as eventualidades das áleas ordinárias e extraordinárias, constituindo em uma perspectiva paradigmática aos instrumentos jurídicos públicos, diversamente da relação contratual da concessão comum.

O legislador ordinário imputou ao contrato a força normativa das partes envolvidas quando afirma, no seu artigo 5º, que as cláusulas dos contratos de parceria público-privada são quem deverão prever a repartição de riscos. Assim, cada contrato terá sua especificidade, visto que é uma ordenação estratégica que visa a diminuir os custos de transação na prossecução estratégica de um fim compartilhado²⁰⁹.

A abrangência de repartir os riscos, lastreado em contrato público, comporta uma solidez do negócio, por meio das PPPs, pois a continuidade depende dos fatores negociados, que poderão incidir negativamente, gerando prejuízos, ou, positivamente, equilíbrio das partes, nas perdas e nos ganhos.

²⁰⁷ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro verde sobre as parcerias público-privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*. Bruxelas, 2004. Disponível em: <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/122o12.htm>>. Acesso em: 22 set.2008.

²⁰⁸ VALLE, Vanice Lírio do. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 58.

²⁰⁹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 92.

4.2 OS TIPOS DE RISCOS E SUAS IMPLICAÇÕES

Há uma cultura doutrinária, firmada no Brasil, de que as concessões de obra ou serviço público são contratos administrativos em que os riscos são exclusivamente do concessionário²¹⁰. Todavia, os riscos estruturados pela via de contratos de obras e serviços, disciplinados pela Lei nº 8.666/93, são garantidos pela Administração Pública.

O risco ou álea faz parte de qualquer negócio, seja público ou privado. Dentro dessa probabilidade, há as áleas ordinárias, consideradas as que fazem parte do próprio risco dos negócios; e há a extraordinária decorrente de fatos imprevisíveis ou previsíveis, de consequências incalculáveis que afetam o equilíbrio dos ajustes contratuais.

Ressalte-se que com a conceituação de concessão de serviço público, trazida pelo artigo 2º da Lei nº 8.987/95, de que a prestação de serviços deve ser executada por conta e risco do concessionário, houve uma generalizada pacificação de que a álea ordinária, ou seja, o risco econômico do negócio, isto é, aquele em que as tarifas a serem cobradas durante a execução do contrato serão suficientes para cobrir o investimento realizado²¹¹, suportado pelo concessionário.

Em relação à álea extraordinária, esta se classifica em: álea administrativa, dividindo-se em: alteração unilateral do contrato, o fato da Administração, o fato do príncipe; e os da álea econômica, englobando os fatos imprevisíveis e excepcionais, inevitáveis e externos ao contrato, alheios à vontade das partes, que ensejam a aplicação da Teoria da Imprevisão²¹², assegurados pelo Estado.

A própria legislação de concessão comum traz no seu bojo, explicitamente, riscos suportados integralmente pelo Poder Público. O artigo 9º, § 2º prevê o mecanismo de revisão tarifária, quando ocorrer, por exemplo, inflação. O ponto

²¹⁰MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “serviço público”, “serviços de relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 477.

²¹¹NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento das parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.183.

²¹²DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2003, p. 263.

culminante da obrigação do Estado, em assumir o risco extraordinário, extrai-se do artigo 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/95, que dispõe que se houver alteração unilateral do contrato que afete o seu equilíbrio econômico-financeiro inicial, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente, à alteração.

Assim, a noção de equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão tem sido extremamente generosa para o concessionário, pois diante de fatos imprevistos, excepcionais, que afetem a economia do contrato, tem-se invocado a responsabilidade integral do Estado para a cobertura destes riscos²¹³.

A nova modalidade de delegação, que a distingue da concessão comum, impõe a possibilidade de repartição de riscos, contudo, definindo de antemão, quais caberão ao parceiro público e ao privado. Entretanto, dentro de um raciocínio mercadológico, os riscos serão mais bem alocados de forma negocial e consensualmente, a partir de discussão da minuta do contrato proposta pela Administração Pública.

Vislumbrando-se, como alternativa de negócio para o concessionário, os termos contratuais deverão ser bem avaliados, em que a realização de lucros ou de ganhos de capital se faz presente. No entanto, as incertezas estão evidentes por se tratar de um contrato de alta complexidade de um lapso temporal considerável.

A concessão de serviço nesse molde de PPP configura-se por ser um negócio de longo prazo, em que o planejamento estatal tem um papel central como de políticas públicas para investimentos; melhor explicando, do planejamento à execução e a fase interna do procedimento licitatório, abrangendo estudos e pareceres técnicos, inclusive ambientais, como também responsabilidade social, devendo ser transportados em cláusulas contratuais. Proposições técnicas, econômicas, além da interferência política, são colocadas em formatação de riscos, que deverão ser repartidos, porém há um comprometimento jurídico para cada caso, na medida em que não existe a divisão natural e explicitada dos riscos possíveis na legislação.

Faz-se necessário conscientizar-se de que não existe negócio sem risco. A delegação de serviços públicos como negócio poderá ocorrer riscos imprevisíveis e

²¹³MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “serviço público”, “serviços de relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 477.

previsíveis. Por outro lado, tem-se que ter a atenção especial em não institucionalizar o risco e, sobretudo, provocar uma inversão na lógica contratual originária: não mais o contrato como garantia do risco, mas o contrato como meio de produção do risco²¹⁴.

O risco faz parte de todo projeto, seja econômico ou não, empreendedor, tanto na seara pública quanto na privada. A diferença está na consequência, ou melhor, quem suportará os custos de um provável fracasso. No âmbito público, quem, ao final, será o verdadeiro pagador, sem dúvida, será o contribuinte, enquanto no privado será aquele que participa do negócio. Quando se fala de concessão e de quem pagará pelo insucesso do empreendimento, fazendo-se menção às concessões ferroviárias, que amargaram um abandono tanto dos concessionários como do poder público, quando da inércia de fiscalização pelo cumprimento dos contratos, verifica-se que foi o contribuinte.

Há uma amplitude extensa de impacto nas contas públicas quanto à distribuição de riscos porque irá, fatalmente, gerar compromissos financeiros, por isso a necessária edição de normativos específicos em relação à recepção contábil. Nesse sentido, a própria norma legislativa de parceria público-privada traz no seu bojo aspectos reguladores em relação ao equilíbrio das contas públicas, reforçando as exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O aspecto a ser considerado em relação à distribuição dos riscos dependerá de uma conjuntura quanto à natureza do investimento específico, levando-se em consideração as características técnicas e as incertezas que podem interferir no processo de parcerias público-privadas, os riscos verificados, geralmente, na área pública e na área privada, como também fatores externos²¹⁵.

Os riscos podem ser divididos em categorias de riscos:

²¹⁴FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. O contrato como regulador e como produto de riscos. *Prim@Facie. Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas*, Universidade Federal da Paraíba. a. 4, n.6, jan./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/>>. Acesso em: 04 mar. 2009.

²¹⁵Para o Conselho Canadense, as Parcerias Público-Privadas configuram-se como projeto de cooperação, construído sobre a experiência de cada parceiro naquela determinada área de atuação, portanto, proporcionando uma repartição adequada dos riscos. THE CANADIAN COUNCIL FOR PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS. *Definitions*. [200-]. Disponível em: <http://www.pppcouncil.ca/aboutPPP_definition.asp>. Acesso em: 22 fev. 2009.

- (I) riscos normalmente suportados 100% por uma das partes, no âmbito público ou privado;
- (II) riscos transferidos para o setor privado;
- (III) riscos partilhados entre os setores público e privado²¹⁶.

A União Europeia aponta que uns dos pontos relevantes para compartilhamento dos riscos entre o parceiro público e o privado é a possibilidade da transferência de riscos para o parceiro privado. Esses riscos eram habitualmente suportados somente pelo setor público.

Não se pretende esgotar todos os possíveis riscos existentes tanto no plano factual como no empírico, porém, somente aqueles tomados como exemplos, dentro de uma seara bastante extensa, para análise de viabilização eficiente do negócio. Ainda que a sua previsibilidade seja um ingrediente importante a assegurar uma adequada estabilidade dos efeitos do contrato, é irrealizável o esgotamento da previsão de todos os riscos no plano contratual²¹⁷.

4.2.1 Risco político

No cenário brasileiro, torna-se relevante a análise do risco político, tendo em vista a história das decisões que envolvem a Administração Pública brasileira, desde a reforma do estado até a concepção social-democrática do governo atual, que vem permitindo inovações no campo dos serviços públicos, especificamente no modo de gestão.

A elevação do risco político, portanto, é objeto de medidas próprias de compensação²¹⁸, como:

²¹⁶MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE. *Les contrats de partenariat: principes et méthodes*. 2005. Disponível em: <http://www.ppp.minefi.gouv.fr/guide_contrat_partenariat.pdf>. Acesso em: 28 fev.2009.

²¹⁷GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parcerias público-privadas: caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico*. 2008. 615p. Tese de Doutorado (Doutorado em Ciências Jurídicas). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p.439-440.

²¹⁸PEREIRA, Cesar A. Guimarães. O processo licitatório das parcerias público-privadas (PPP) na Lei 11.079/2004. Parte 3: Licitações e Lei de Responsabilidade Fiscal. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 206.

- (I) a vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do artigo 167 da Constituição (que já foi anteriormente dissertado acerca de sua constitucionalidade neste trabalho);
- (II) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
- (III) contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- (IV) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- (V) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e (VI) outros mecanismos admitidos em lei.²¹⁹

Nesse compasso, o princípio da continuidade de serviço público deverá ter uma aplicação singular, em conjunto com a previsão do planejamento conferido pelo Plano Plurianual (PPA), com vistas a levar a termo uma ação de governo, atrelado às ações políticas de governo, à base de fundamentação, à ação de cumprimentos de responsabilidade fiscal, tão difundidas na sociedade, e que, por meio do Ministério Público têm-se presenciado a manutenção estrutural das políticas públicas e de atuação na prevenção de déficits, de maneira a estabelecer a satisfação das demandas sociais²²⁰.

O risco político se tem com maior ênfase nos governos estaduais, visto que o universo legislativo é menor e de peso maior nas decisões políticas regionais, concentrando-se poderes a favor ou contra a política do seu opositor de legenda e não se atentando às políticas públicas investidas e de benefício à sua implantação ou continuidade. Tome-se, como exemplo, uma concessão administrativa em que o contrato de prestação seja a Administração Pública, usuária direta dos serviços. Neste caso, poderá o opositor, simplesmente, inviabilizar a continuidade dos serviços, seja por meio de não fazer uso da coisa permanentemente, seja por atrasos constantes na prestação pecuniária. Essa preocupação também se faz

²¹⁹ BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 11 nov.2008.

²²⁰ NASCIMENTO, Carlos Valder de. Comentários dos artigos 1º a 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Comentários da Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22.

presente no campo internacional quando afirma a Comissão Europeia²²¹ que a força das avaliações e da estabilidade das instituições políticas locais é comum no domínio dos investimentos e refletidos nos *bond ratings* preparados pelas agências internacionais.

A duração temporal da concessão (o contrato de parceria terá a duração mínima de cinco anos e máxima de trinta e cinco anos) também fica suscetível ao fator do risco político, quando novos governos assumem sem experiência no caso, tornando-os impopulares frente à opinião pública. Essa impopularidade pode se transformar em reações de movimentos populares, podendo influir no negócio por meio de boicotes e protestos (quem não se lembra dos movimentos em reação às privatizações dos bancos estaduais?), pois se trata, na maioria dos casos de PPPs, de projetos de infraestrutura, com alto reflexo na sociedade.

Uma das principais causas do risco político diz respeito a ações do Estado que interfiram no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como opina Marcos Barbosa Pinto²²², que a solução depende do tipo de intervenção. As alterações unilaterais dos contratos realizados pela Administração Pública sempre foram consideradas interferências, que vêm acompanhadas com modificações singulares em projetos, seja por motivos técnicos seja por motivos políticos. Neste último caso, deve-se atribuir exclusivamente o custo, alocando o risco ao Estado. Por isso, os riscos devem ser analisados de acordo com as prováveis causas de ocorrências. Daí a necessidade de um contrato transparente e objetivo nas suas estipulações das cláusulas contratuais.

4.2.2 Risco legal e regulamentar

As alterações legislativas ou regulamentares podem ocasionar mudanças significativas no ordenamento jurídico e inserir regras com influências no sistema de

²²¹EUROPEAN COMMISSION. *Guidelines for successful public-private partnerships*. 2003. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm>. Acesso em: 28 fev.2009.

²²²PINTO, Marcos Barbosa. Repartição dos riscos nas parcerias público-privadas. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v.13, n. 25, 2006, p.172.

concessão de parceria público-privada ou com efeitos de incrementos tributários, cambiais, enfim, interferir nos custos da operação. O risco regulamentar também é uma realidade na esfera internacional, quando as medidas adotadas pelo poder público, na sua soberania de atividade, especialmente quando alteram a regulamentação técnica, ambiental, fiscal, aplicáveis ao setor de concessões que possam comprometer a viabilidade do pacto contratual, como também, os muitos padrões (europeu, nacional e local) que poderão ser susceptíveis de ter impacto geral sobre o contrato.²²³.

Os riscos legais explicitados pela legislação de parceria público-privada dizem respeito ao fato do príncipe, conforme descrição no inciso III do artigo 5º da Lei nº 11.079/04. O risco jurídico associado à teoria do fato do príncipe, consubstanciado na Lei das PPPs, como motivo de repartição dos custos entre a Administração Pública e o concessionário de PPP, veio incitar o campo doutrinário brasileiro anteriormente pacificado²²⁴, quando dos acontecimentos baseados em tais eventos, em que o poder público, sozinho, suportava o encargo decorrente.

A teoria, no caso, caracteriza-se por ser de proporções gerais, necessariamente, não de forma direta no contrato, porém será atingido de modo reflexivo da equação econômico-financeira²²⁵, quando das decisões da Administração Pública baseadas em suas prerrogativas exorbitantes, de natureza administrativa.

Expõe Hely Lopes Meirelles²²⁶:

O fato do príncipe pode exteriorizar-se em lei, regulamento ou qualquer outro ato geral do Poder Público que atinja a execução do contrato, como pode provir da própria Administração contratante ou de outra esfera administrativa competente para a adoção da medida governamental.

²²³MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE. *Les contrats de partenariat: principes et méthodes*. 2005. Disponível em: <http://www.ppp.minefi.gouv.fr/guide_contrat_partenariat.pdf>. Acesso em: 28 fev.2009.

²²⁴ Na França já existia a previsão de repartição dos riscos nos contratos de concessão.

²²⁵GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parcerias público-privadas: caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico*. 2008. 615p. Tese de Doutorado (Doutorado em Ciências Jurídicas). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p.445.

²²⁶MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros. 1997, p. 208-209.

Em consonância, em parte, com o pensamento do autor acima mencionado, a atuação do poder público, no uso de prerrogativas alheias à sua qualidade de contratante, configura-se como fato do príncipe. Outrossim, não representa o uso de competências extraídas da qualidade jurídica de contratante²²⁷. Diversamente, Marçal Justen Filho²²⁸ contra-argumenta que não se aplica a teoria do fato do príncipe quando os atos emanados forem exercidos por autoridade ou esfera administrativa diversa da entidade pública contratante. Neste caso, então, a situação se resolve por meio da teoria da imprevisão. Continua discorrendo o referido autor que há, no direito administrativo, corrente doutrinária que, no caso da teoria da imprevisão, o contratado terá direito à indenização completa e integral, a ser apurada em face das circunstâncias. Assim, a Administração Pública terá que compensar na totalidade os prejuízos causados ao contratado.

A par da discussão, diante da possibilidade do caso enquadrado na teoria do fato do príncipe, as partes deverão discipliná-lo em contrato, como caberá a cada um. Maria Sylvia Zanella Di Pietro²²⁹ aponta que na aplicação da teoria nas PPPs, a responsabilidade do Estado encontra fundamento na regra contida no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal²³⁰, que não pode ser afastada por lei ordinária²³¹.

Traz-se a lume o caso da modificação tributária ocorrida com as alterações das alíquotas ao regime da Contribuição ao Financiamento da Seguridade Social (COFINS), em 2003, provocando aumento da carga do tributo a ser cobrado, típico da caracterização do fato do príncipe que provocou, por conseguinte, pedidos de

²²⁷MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 628-634. Entendimento compartilhado por CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 168-169.

²²⁸JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 385.

²²⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2006, p. 171

²³⁰BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 nov.2009. Cf.

Artigo 37. *Omissis*.

[...] *Omissis*;

§ 6º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

²³¹ Não parece ser possível onerar o parceiro privado com o encargo de repartir riscos oriundos do fato do príncipe. Seria o poder público que viria a assumir as conseqüências do seu ato. Entendimento compartilhado por MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 770.

revisões contratuais, acolhidos pela Administração Pública. A possibilidade da revisão foi amplamente fundamentada no artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93, independentemente da existência do § 5º do artigo 65, que dispõe:

Artigo 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I – *Omissis*;

II - por acordo das partes:

[...] *Omissis*;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual.

[...] *Omissis*;

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.²³² (grifo nosso)

Vê-se que ocorreu uma generalização na concessão da revisão contratual, sem atentar à norma disciplinada na legislação, quando esta for realizada por acordo das partes e demonstradas as consequências decorrentes do impacto da alteração legislativa no contrato.

Analisa-se, assim, que em matéria de concessão de serviços públicos, especificamente de parceria público-privada, não se prospera mais a transferência dos prejuízos somente ao poder público; agora, os parceiros, realmente, exercitam a negociação e a consensualidade quando da estrutura jurídica do ajuste.

²³²BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com alterações posteriores. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. 13. ed.,. Curitiba: Zênite, 2007, p.77-78.

4.2.3 Risco de caso fortuito e de força maior

Os riscos de caso fortuito e de força maior, previstos na Lei das PPPs como passíveis de repartição entre os parceiros, têm sua fundamentação ocasionada, no primeiro caso, como de evento da natureza, por exemplo, tempestades; no segundo, de eventos humanos, como, a greve.

A tônica para se configurar os casos de força maior ou fortuito relaciona-se à imprevisibilidade e inevitabilidade, provocando, por sua vez, para o contratado, dificuldades na execução do contrato, porém não se exime de possível previsão das partes aliadas à inevitável consequência dos seus efeitos²³³. Os casos em comento, por conseguinte, atingem, inexoravelmente, a capacidade de retorno da receita esperada, quando da aplicação do investimento.

A força maior ou caso fortuito são eventos não previsíveis, mas também não se configuram uma omissão das partes. Atualmente, o mercado tem à sua disposição, para esses casos, a cobertura securitária, amplamente utilizada para os contratos de alto valor monetário para investimentos, em decorrência dos elevados custos que precisam de proteção das turbulências naturais. Isto pode ser um suporte financeiro adicional. A regra é que os recursos, na ocorrência de riscos de força maior ou fortuito, devem ser estabelecidos nos contratos²³⁴.

Alerta Celso Antonio Bandeira de Mello²³⁵ acerca do que se pode ser caracterizado como fortuito. Nesta tipologia não se poderia incluir o risco de demanda²³⁶. Este, consubstanciado em projetos, fundamentado em estudos de

²³³MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 207.

²³⁴SENNÁ, Luiz Afonso dos Santos; MICHEL, Fernando Dutra. *Rodovias auto-sustentadas: um desafio do século XXI*. São Paulo: cia, 2007, p. 189.

²³⁵MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 770

²³⁶Para a Secretaria do Tesouro Nacional, o risco de demanda se caracteriza como o reflexo na receita do empreendimento da possibilidade de que a utilização do bem, objeto do contrato, possa ser diferente da frequência estimada no contrato, desconsideradas as variações de demanda resultantes de inadequação ou qualidade inferior dos serviços prestados, qualquer outro fator de responsabilidade do parceiro privado que altere sua qualidade ou quantidade ou ainda eventual impacto decorrente de ação do parceiro público. É aplicável tanto a concessões patrocinadas quanto administrativas. Cf. BRASIL. *Portaria nº 614, de 21 de agosto de 2006*. Estabelece normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada –

viabilidade técnica e que venha possibilitar a avaliação de custos e os métodos de execução e as projeções do negócio de modo a torná-lo mais adequado às atuais condições para o possível empreendimento.

Portanto, não se configura como fortuito o caso do insucesso na estimativa quanto ao afluxo de usuários do serviço, sob a arguição de que sobrevieram causas fortuitas para determinar o negócio²³⁷. Assim, o risco da variação da demanda pelo serviço público concedido não se enquadra na imprevisibilidade.

Com isso, os prejuízos que decorram de demandas deverão ser suportados pelo parceiro privado, podendo ser divididos com o poder público, em uma proporção em que se busque a capacidade de eficiência pelo particular (tão enaltecida ao privado; sendo uma das justificativas para optar pelo modelo de concessão de PPP) em transformar o negócio rentável e, ao mesmo tempo, o poder público garantiria o serviço à população usuária. Em posição discordante, Celso Antonio Bandeira de Mello²³⁸ argumenta que o parceiro privado deverá suportar inteiramente sem divisão alguma com o parceiro público.

Tem-se que ponderar que se trata de serviços públicos, e o Estado tem sua parcela de responsabilidade perante a sociedade, como também em cumprir o princípio do serviço adequado, não somente o concessionário. Ao mesmo tempo, verifica-se uma situação que pode ocasionar, por parte do privado, o oportunismo de vantagem no negócio.

Nesta questão da relação entre as partes envolvendo o risco de caso fortuito e força maior, Marcos Barbosa Pinto²³⁹ assinala um ponto relevante. A solução indicada para a alocação do risco seria para o setor privado sempre que houver cobertura securitária. Por outro lado, se não houver cobertura securitária, o mais indicado seria o Estado assumir o risco.

PPP, de que trata a Lei nº 11.079, de 2004. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/ppp/downloads/Portaria_614_210806.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2009.

Por outra visão, “o que há em todos os projetos de investimentos são níveis de riscos, maiores ou menores, cuja prospecção pode ser mais barata, mais cara ou muitíssimo mais cara.” MOREIRA, Egon Bockmann. Riscos, incertezas e concessões de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, a. 5, n. 20, out./dez., 2007, p.38.

²³⁷MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 770

²³⁸MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 771

²³⁹PINTO, Marcos Barbosa. Repartição dos riscos nas parcerias público-privadas. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v.13, n. 25, 2006, p.173.

Vê-se que há divergências, porém a legislação das parcerias avançou quando transportou para o instrumento jurídico do ajuste as incertezas e os riscos, como também a maneira de manejar o contrato administrativo, visualizando as possíveis alternativas de mercado para assegurar o risco do negócio. Sem dúvida, houve avanços, na medida em que somente existia a concepção de que o Estado deveria suportar por todos os inconvenientes jurídicos, financeiros, sociais e negociais do mundo contratual, sem discutirem a parte de responsabilidade que cabe a cada um na empreitada.

4.2.4 Risco extraordinário

A temática acerca do compartilhamento de riscos inserida pela Lei das PPPs configura-se numa diretriz na contratação do concessionário-parceiro. No entanto, a configuração dos tipos de riscos relaciona-se com teorias em que o contratante se depara com dificuldades materiais na execução do objeto, sendo elas exteriores à vontade das partes e de cunho, imprevisíveis.

A aplicação da teoria da imprevisão tem a possibilidade de se executar o ajuste, porém os eventos provocarão alterações econômicas, em princípio imprevisíveis, que, por sua vez, terão repercussões na equação econômico-financeira do contrato. Não se pode olvidar que a relação contratual se fundamenta em direitos e deveres para as partes envolvidas, inseridas nessa relação em que há encargos e retribuições.

Portanto, quando eventos extraordinários se materializam, a recomposição da equação econômico-financeira se faz necessária em virtude das alterações originalmente pactuadas pelas partes, num sentido econômico. Assim, se comportavam as partes com base na teoria da manutenção da equação econômico-financeira do contrato. Essa extraordinariedade econômica se baseia na conceituação trazida pelo artigo 65, inciso II, "d", da Lei nº 8.666/93, que afirma

como “fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado.”²⁴⁰

Diante da previsão explicitada, no caso de eventos extraordinários, as partes deverão ter a responsabilidade de fazer a repartição dos riscos entre eles de forma objetiva.

Quando se cogita a questão da álea extraordinária, tem-se que entender como aquela integrada por eventos de ocorrência possível, mas improvável²⁴¹. Com isso, se observa que o parceiro privado deverá, antes de ingressar no negócio, realizar uma matriz de riscos prováveis, de consequências relevantes. Neste momento, o planejamento do particular deverá ser fundamental para o empreendimento.

Por fim, é materialmente impossível conceber que Estado e particular tenham o poder de prever, de modo completo e satisfatório, eventos futuros que ocorreriam dez ou quinze anos depois. Isto seria exigir dons sobre-humanos dos envolvidos. Logo, tem de adotar interpretação razoável²⁴² a propósito da regra de repartir os riscos para cada parte.

Ainda, enfim, não há como não reconhecer a dificuldade de alocação dos riscos entre as partes; por outra face, o princípio da boa-fé deverá permear toda a negociação, com bom-senso, responsabilidade e confiança mútua, visto que está em jogo, a longo prazo, um serviço voltado para o interesse coletivo.

4.3 EXEMPLOS CONCRETOS

É relevante demonstrar alguns exemplos concretos de repartição de riscos, reproduzidos a partir da experiência brasileira, a fim de elucidar o descrito neste capítulo.

²⁴⁰BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com alterações posteriores*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. 13. ed., Curitiba: Zênite, 2007, p.78.

²⁴¹JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 400.

²⁴²JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 402.

4.3.1 Parceria público-privada patrocinada: perímetro pontal

A União Federal, representada pelo Ministério da Integração Nacional – tendo como interveniente anuente a Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco e do Paranaíba e a Agência Nacional de Águas –, atribuiu à iniciativa privada a exploração de serviço de irrigação, mediante concessão patrocinada, do Perímetro Pontal, no Município de Petrolina, Pernambuco. Incluem-se a infraestrutura de irrigação de uso comum, áreas irrigáveis e áreas de sequeiro, bem como áreas ocupadas com instalações operacionais e administrativas.

Os investimentos inicialmente previstos estão em torno de R\$ 94 milhões, excluindo os investimentos *on farm*, somente para conclusão das obras de infraestrutura de uso comum; por sua vez, o governo pagará, no máximo R\$ 208 milhões, no prazo de vinte e cinco anos, a título de contraprestação²⁴³.

Em termos de alocação dos riscos, a minuta preliminar do contrato²⁴⁴ da concorrência do objeto acima citado, demonstrou-se que houve avanços contratuais

²⁴³BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Projeto de Irrigação Pontal*. [2008?]. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/Projetos/irrigacao.htm>>. Acesso em: 02 maio 2009.

²⁴⁴BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Projeto de Irrigação Pontal*. [2008?]. Disponível em: <http://www.pontal.org/docs/minuta_contrato.pdf>. Acesso em: 15 maio 2009. Cf. Minuta de Contrato:

[...] *Omissis*;

20.1.1 A Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão Patrocinada, à exceção dos riscos listados na subcláusula 20.1.3.

20.1.2 A concessionária é responsável, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

[...] *Omissis*;

(vii) tecnologia empregada nas obras e serviços da Concessão Patrocinada;

(viii) perecimento, destruição, roubo, furto ou perda de Bens da Concessão Patrocinada;

(ix) manifestações sociais e/ou públicas que afetem de qualquer forma a execução das obras ou a prestação dos serviços relacionados ao contrato por (a) até 15 (quinze) dias, sucessivos ou não, a cada período de 12 (doze) meses contados a partir da Data de Assunção, caso as perdas e danos causados por tais eventos não sejam objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil, na data de sua ocorrência, e (b) até 90 (noventa) dias a cada período de 12 (doze) meses contados a partir da Data da Assunção, se as perdas e danos causados por tais eventos forem objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência;

[...] *Omissis*;

(xii) variação das taxas de câmbio;

(xiii) modificações na legislação, exceto nos casos em que o contrato assim o dispuser;

(xiv) caso fortuito e força maior que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência;

[...] *Omissis*;

ao se verificar a responsabilidade de assunção de riscos pela concessionária, em termos de tecnologia a ser empregada nas obras e serviços, na medida em que seria inviável esse encargo ao poder concedente pela dificuldade operacional e financeira, à medida do percurso do ajuste.

O inciso xii do item 20.1.2 do contrato em análise evidencia a variação das taxas de câmbio como sendo de responsabilidade da concessionária. O previsto é fruto de experiência histórica em contratos administrativos brasileiros regidos pela Lei nº 8.666/93, quando em matéria de obras e serviços ocorreram alterações do valor do dólar em relação ao real, provocando uma verdadeira avalanche de pedidos à Administração Pública de revisão contratual, com base no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, visando ao restabelecimento da relação das partes. Tais indagações por parte dos contratados culminaram em demandas judiciais. Com essa previsão fica claro que o risco nas variações de mercado pertence ao empresário.

Em relação ao caso fortuito e força maior, encaminharam-se para as captações de soluções que o mercado oferece: a cobertura securitária. Verifica-se

(xvii) possibilidade de inflação de um determinado período ser superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da Tarifa, da Contraprestação ou de outros valores previstos no Contrato para o mesmo período.

20.1.3 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão Patrocinada:

- (i) manifestações sociais e/ou públicas que afetem de qualquer forma a execução das obras ou a prestação dos serviços relacionados ao contrato, quando tais eventos excederem (a) 15 (quinze) dias, mas apenas em relação ao(s) dia(s) que exceder(em) os 15 (quinze) dias de responsabilidade da concessionária, caso as perdas e danos causados por tais eventos não sejam objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil, na data de sua ocorrência, e (b) 90 (noventa) dias, mas apenas em relação ao(s) dia(s) que exceder(em) os 15 (quinze) dias de responsabilidade da concessionária, se as perdas e danos causados por tais eventos forem objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência;
- (ii) decisão arbitral, judicial ou administrativa que impeça ou impossibilite a Concessionária de cobrar a Tarifa ou de reajustá-la, de acordo com o estabelecido no Contrato, exceto nos casos em que a Concessionária houver dado causa a tal decisão;
- (iii) descumprimento, pelo Poder Concedente, de suas obrigações contratuais ou regulamentares que causem dano direto à Concessionária;
- (iv) caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência;
- (v) alterações, pelo Poder Concedente, nas obras e serviços descritos nas Diretrizes Técnicas Mínimas e nas Diretrizes e Termo de Referência do Plano de Ocupação;
- (vi) criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais após a apresentação da Proposta, exceto os impostos sobre a renda;

um novo posicionamento dos negócios com a Administração Pública, em que o concessionário-parceiro terá a responsabilidade de participar dos custos do negócio.

Por outro lado, quando da ocorrência do que chamamos de fato do príncipe, o contrato em tela manteve uma posição tradicional, isto é, a concessionária poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato quando comprovadamente provocar desequilíbrio da remuneração da proposta. Neste caso, não houve um avanço. Vê-se que a Administração Pública ainda conserva um protecionismo aos seus concessionários de serviços públicos. Na medida em que, para o mercado empresarial, em geral, os eventos são suportáveis e absorvidos.

Em relação ao equilíbrio econômico-financeiro, permanece previsto, mas somente em relação aos riscos não assumidos pela Concessionária, como se extrai do item 20.1.5 que dispõe: a “Concessionária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso os riscos por ela assumidos no Contrato venham a se materializar”.

Infelizmente, o governo federal não inovou em relação a obrigações de cunho social, visto que, especificamente, em relação a essa parceria público-privada, patrocinada pelo regime, não exigiu do concessionário obrigações nesse sentido. Veja-se que se enquadra em uma concessão altamente envolvente com a população ribeirinha de baixo poder aquisitivo, embora vá lidar também com os empresários propriamente ditos.

4.3.2 Parceria público-privada administrativa: unidades de atendimento integrado

O Estado de Minas Gerais, representado pela Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão (SEPLAG), realizou concorrência pública para selecionar empresa privada para realizar as atividades de implantação, gestão, operação e manutenção de Unidades de Atendimento Integrado (UAI), localizadas nos Municípios de Betim, Governador Valadares, Montes Claros, Uberlândia, Uberaba e Varginha, por meio de concessão administrativa. A UAI tem o propósito de reunir

num mesmo local os diversos organismos prestadores de serviços públicos e privados, por um prazo de 20 anos.

O Estado de Minas Gerais possui legislação própria de concessão de parceria público-privada, na verdade, foi um dos primeiros Estados da Federação a instituir a modelagem.

Note-se como se mostrou a disposição dos riscos na minuta do contrato²⁴⁵ analisando os itens mais impactantes:

²⁴⁵MINAS GERAIS (ESTADO). Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. *Concorrência para Concessão Administrativa*. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/noticias/ultimas-noticias/uai-unidades-de-atendimento-integrado>>. Acesso em: 04 maio 2009.

Minuta de Contrato de Concessão Administrativa para a implantação, operação, manutenção e gestão de Unidades de Atendimento Integrado (UAI):

[...] *Omissis*;

Cláusula 19 – DA REVISÃO DO CONTRATO

19.1 As partes terão direito à REVISÃO DO CONTRATO, observadas as disposições constantes das subcláusulas subseqüentes, em decorrência dos seguintes fatos:

- a. modificação unilateral do CONTRATO, imposta pelo PODER CONCEDENTE;
- b. alteração na ordem tributária, ressalvado imposto incidente sobre a renda ou lucro;
- c. variação extraordinária dos custos dos SERVIÇOS UAI, imprevisível ou previsível, mas de proporções imponderáveis à época da formulação da PROPOSTA COMERCIAL;
- d. ações ou omissões ilícitas do PODER CONCEDENTE ou de quem lhe represente;
- e. redução de custos da CONCESSIONÁRIA, decorrente de incentivos ou facilidades de qualquer gênero oferecidos pelo PODER CONCEDENTE, demais entes da Federação ou entidades integrantes de sua administração indireta, tais como, linhas de crédito especiais, benefícios oriundos da celebração de convênios, de incentivos fiscais, de facilidades tecnológicas oferecidas, de transferência de conhecimento, de disponibilização ou subsídio de serviços necessários ao funcionamento das UAI sem ônus para a CONCESSIONÁRIA, dentre outros;

[...] *Omissis*;

g. caso fortuito ou força maior nos termos da cláusula 20 do CONTRATO.

19.2 Somente caberá REVISÃO DO CONTRATO nos casos em que a ocorrência dos fatos indicados na subcláusula 19.1 resultar em variação do fluxo de caixa projetado do empreendimento, de modo a reduzir ou majorar a TIR declarada pela CONCESSIONÁRIA em sua PROPOSTA COMERCIAL, observada necessariamente a distribuição de riscos prevista nesta cláusula.

[...] *Omissis*;

19.3.2 Na hipótese de variação imprevista ou previsível, mas de proporções imponderáveis, do retorno econômico da CONCESSÃO em virtude de fato superveniente não imputável às PARTES, estas poderão, caso haja consenso, optar, alternativamente à REVISÃO DO CONTRATO, pela sua extinção ou pela adoção de soluções alternativas que envolvam alteração das obrigações da CONCESSIONÁRIA.

19.4 São riscos assumidos pela CONCESSIONÁRIA, que não ensejarão a REVISÃO DO CONTRATO:

- a. a não obtenção do retorno econômico previsto na PROPOSTA COMERCIAL por força de fatores distintos do previsto na subcláusula 19.1;

[...] *Omissis*;

- e. a ocorrência de dissídio, acordo ou convenção coletiva de trabalho;
- f. a ocorrência de greves de empregados da CONCESSIONÁRIA ou a interrupção ou falha do fornecimento de materiais ou serviços pelos seus contratados;
- g. a variação das taxas de câmbio;

19.5 Os riscos relativos à variação de DEMANDA REAL serão partilhados entre as PARTES na forma descrita nas subcláusulas subseqüentes.

Cláusula 20 – DO CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

O contrato de concessão administrativa adotado pelo governo de Minas Gerais mostra-se bastante avançado em termos de buscar soluções de repartir os riscos entre as partes, culminando, essencialmente, para o campo da arbitragem. Extrai-se tal concepção na medida em que o ajuste contratual prevê a possibilidade de revisão em quase todas as previsões e projeções, excepcionando somente os previstos no item 19.4 do instrumento legal.

Por outra face, há uma linha tênue nessa negociação, à medida que o contrato tem um prazo extremamente longo e os atores políticos se alternam por força dos seus mandatos eletivos, podendo, com isso, refletir na continuidade desse empreendimento.

Extrai-se dos exemplos expostos que o contrato de parceria público-privada, seja na concessão patrocinada seja na concessão administrativa, tem uma função basilar de equalizar os direitos e obrigações dos parceiros. Mostra-se, por sua vez, a qualidade peculiar de ser dinâmico no processo negocial. Por outro lado, demonstra a previsão de cada parte, sem, contudo, esgotar a possibilidade de situações imprevisíveis que poderão ocorrer, visto que as externalidades contratuais são voláteis, e influem no pactuado entre as partes.

Quando se trata de vínculo jurídico ajustado entre partes, como contrato de tempo longínquo, com previsão legislativa de repartição objetiva dos riscos entre os parceiros, de cunho econômico, trazendo descritas todas as possibilidades de riscos que impactarão, apesar dos detalhes metodológicos do projeto, em que se elaboram as matrizes de ocorrências e contingências, configuram-se em contratos incompletos. Além disso, são imperfeitos e passíveis de alteração pelos eventos e pelas intempéries da natureza. Como também podem ser alterados, na sua execução, pelos agentes contratantes²⁴⁶.

A ausência de disposição legal precisa sobre determinada contingência ensejará a negociação contratual *ex post*, fulcrada na boa-fé entre os contraentes e

20.1 A ocorrência de CASO FORTUITO ou de FORÇA MAIOR, cujas conseqüências não sejam cobertas por seguro, tem o efeito de exonerar as partes de responsabilidade pelo não-cumprimento das obrigações decorrentes do CONTRATO descumpridas em virtude de tais ocorrências.

20.2 Na ocorrência de CASO FORTUITO ou FORÇA MAIOR, cujas conseqüências não sejam cobertas por seguro, a parte afetada por onerosidade excessiva poderá requerer a extinção ou a REVISÃO DO CONTRATO.

²⁴⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 144.

com a responsabilidade em atender ao interesse público, à medida que todo contrato seja público ou privado enseja a possibilidade de ocorrência de risco. Isso se justifica a aplicabilidade do instituto da arbitragem para que a incompletude contratual seja solucionável de forma a atender a repartição dos custos oriundos dessa renegociação.

Assim, diante das inovações e propostas enumeradas pela PPP, no âmbito da relação contratual, atreladas às indicações constitucionais da Carta de 1988, constata-se que essa repartição de riscos representa indícios marcantes da construção de um interrelacionamento diferenciado que visa o fortalecimento da Administração Pública, por meio da consensualidade e negociação entre o público e privado. Porém, esse processo só se tornará eficaz mediante a cooperação entre os parceiros para o desenvolvimento de prestação de serviços públicos.

5 RISCO DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL FRENTE À LEI DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

A proposta deste capítulo se desenvolve com a premissa da importância da Lei de Responsabilidade Fiscal, quando da conjuntura da Administração Pública frente à instituição das parcerias público-privadas, em que se demonstra o amadurecimento estatal com planejamentos baseados em metodologias criteriosas, enfatizando a fase interna do procedimento licitatório, como meta de prevenção de riscos das contas públicas, culminando com a importância não restrita à responsabilidade fiscal, mas é imprescindível uma gestão responsável não restrita tão somente à ênfase econômica, mas, também à responsabilidade social.

A repartição de riscos na relação contratual se insere como o cerne da responsabilidade empresarial, em que se conjugam interesses em prol de benefícios por meio de serviços públicos à sociedade, porém o negócio não deve se amoldar apenas do ponto de vista econômico. O Estado, além da negociação desses riscos dos critérios contratuais econômicos e de atender às demandas da coletividade, também se preocupa com o equilíbrio das contas públicas, de forma responsável, na medida em que o plano de continuidade à governabilidade do país se faz imprescindível à observância das normas da política do equilíbrio fiscal.

A ideia de equilíbrio fiscal veio a ser sedimentada com o advento da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, com regras codificadas para implantação de uma gestão fiscal da Administração Pública brasileira. A Lei de Responsabilidade Fiscal tem como princípios básicos em sua estrutura: (I) planejamento; (II) equilíbrio das contas públicas, com a limitação da dívida pública em nível prudente e compatível com a receita e o patrimônio público; (III) preservação do patrimônio público; e (IV) transparência em seus demonstrativos orçamentários e contábeis.

Inserida, portanto, no campo da Administração Pública, a concepção de observar a responsabilidade do ordenador de despesa e a transparência dos atos administrativos, aliada às normas de finanças públicas, que vêm delineando regra de

planejamento, caracterizadas pela atividade financeira, orçamentária e creditícia²⁴⁷. A importância da Lei de Responsabilidade Fiscal concretiza-se por trazer um código de conduta aos administradores públicos de todas as esferas, seja federal, estadual e municipal.

A referida lei tem por escopo sedimentar o regime de gestão fiscal responsável, mediante a implementação de mecanismos legais que deverão nortear os rumos da Administração Pública. Constitui, pois, um código de conduta gerencial a ser observado, doravante, na condução da coisa pública. Traça limites, estabelece controle e oferece elementos balizadores acerca dos gastos públicos, bem como sobre o fluxo de recursos financeiros necessários à sua efetiva realização²⁴⁸.

A gestão fiscal responsável consubstancia em princípios fundamentais a Administração Pública, como: limitar os gastos continuados, administração responsável de riscos fiscais, a adoção de ação permanente de planejamento, a transparência na elaboração e divulgação de documentos fiscais.

A reforma administrativa, com a consequente consolidação do ajuste fiscal do Estado brasileiro e, de outro, da exigência de serviço público moderno, profissional e eficiente voltado para o atendimento das necessidades dos cidadãos²⁴⁹ é o que se almeja alcançar pela implantação das PPPs. Faz-se imprescindível analisar a importância da Lei de Responsabilidade Fiscal nessa seara, visto que a duração dos contratos desse porte, de longo prazo de concessão ultrapassa a vigência das leis orçamentárias.

Por sua vez, a atividade financeira do Estado está atrelada às necessidades públicas, cuja satisfação o poder público deverá atendê-las por meio de serviço público, diretamente ou por delegação, do ponto de vista econômico e social, em que esteja consubstanciado o atendimento adequado do serviço, segurança, tarifas

²⁴⁷NASCIMENTO, Carlos Valder de. Comentários de artigos 1º a 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Comentários da Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

²⁴⁸NASCIMENTO, Carlos Valder de. Comentários de artigos 1º a 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Comentários da Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

²⁴⁹DUTRA, Pedro Paulo Almeida. O debate acerca do papel do Estado e seu reflexo na gestão pública contemporânea. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n.1, a. XXV, 2007. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2007/01/-sumario?next=4>. Acesso em: 11 maio 2009.

módicas e respeito ao planejamento de desenvolvimento demonstrado nas leis orçamentárias.

5.1 PAPEL FUNDAMENTAL DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS NO REGIME DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

O ajuste fiscal, consubstanciado com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, trouxe a contribuição de interrelacionar – orçamento e realidade –, por outro, a incumbência de alternativas para investimentos em prol do desenvolvimento em contrapartida do compromisso em manter o equilíbrio fiscal.

Uma das alternativas para investimento em infraestrutura visando o desenvolvimento do país, pelo governo brasileiro, e, ao mesmo tempo, manter o equilíbrio das contas públicas, foi a adoção das PPPs pelo sistema de concessão, de forma contratual, ajustando-se negócios públicos com a participação do privado, em busca de recursos financeiros que venham proporcionar crescimento e melhoria em atividades de serviços públicos.

A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, preconiza a exigência para contratação de parceria público-privada, a diretriz de responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias. Para a realização do feito, deverá se coadunar com a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, em que se estabelece ação estatal de metas e objetivos previamente definidos no planejamento governamental, consignado como dever estatal.

Os instrumentos de planejamento consignados na Constituição Federal abrangem o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Nesse sentido, reforçando a inserção constitucional, a Lei de Responsabilidade Fiscal enfatiza que a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa deverá ser adequado com a Lei Orçamentária Anual, compatível com Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Os orçamentos documentam expressivamente a vida financeira de um país ou de uma circunstância política em determinado período, sob aspectos de cunho

jurídico, político, econômico e técnico, envolvendo-se a partir de parâmetros legais, que venham atender as necessidades públicas, dentro de uma conjuntura econômica com técnicas definidas, tomando por base metodologias racionais²⁵⁰. O orçamento não pode ser visto apenas como uma peça contábil de previsão de receitas e fixação de despesas. Transformou-se, por conseguinte, em instrumento da dinâmica prospectiva do Estado, em termos de ideologia política, política econômica e social.

A Constituição Federal brasileira assegura que “os planos e programas nacionais, regionais e setoriais serão elaborados em consonância com o plano plurianual²⁵¹”, visando a assegurar a continuidade dos projetos de investimentos em que efetivamente atendam às demandas sociais e impulsionem as econômicas. Nesse sentido, o “plano plurianual instituirá as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras dela decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”²⁵².

Notadamente, o PPA se consolida como instrumento fundamental e essencial para o planejamento governamental, em que poderão ser inseridos objetivos que visem estimular parcerias com entidades privadas e públicas na busca de fontes alternativas de recursos para o financiamento dos programas; relacionar, em programas, as ações que resultem em incremento de bens ou serviços que atendam demandas da sociedade; desenvolver a administração, de forma a melhor definir responsabilidades, difundir a conscientização de custos, a melhoria contínua da qualidade e, sobretudo, o comprometimento com resultados. Dispõe, portanto, como base estratégica, a análise da situação econômica e social atual – avaliação

²⁵⁰BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 15. ed. rev. e atual. por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense. 2001, p. 411-412.

²⁵¹BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 nov. 2009. Cf.

Artigo 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

[...] *Omissis*;

§ 4º - Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.

²⁵²BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 nov. 2009. Cf. Artigo 165. *Omissis*.

§ 1º. A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

das potencialidades, oportunidades, vantagens, tendências e obstáculos, tal qual o embasamento para a definição do cenário almejado²⁵³.

Atualmente, a estrutura constitucional orçamentária permite um acompanhamento sistemático dos instrumentos de planejamento, somente possível aliada ao desenvolvimento de tecnologia da informação, permitindo o monitoramento consistente, fazendo com que a disciplina fiscal seja mantida, aliada fundamentalmente à transparência fiscal²⁵⁴. Ademais, “a Lei de Diretrizes Orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da Lei Orçamentária Anual²⁵⁵”.

Atendendo ao disposto no § 2º, do artigo 165 da Constituição Federal, a competência da Lei de Diretrizes Orçamentárias foi ampliada com a Lei de Responsabilidade Fiscal consistindo em dispor sobre o equilíbrio entre receitas e despesas, disciplinando as transferências de recursos a entidades públicas e privadas. A Lei de Diretrizes Orçamentárias deverá estabelecer os parâmetros necessários à alocação dos recursos no orçamento anual, de forma a garantir a realização das metas e objetivos contemplados no plano plurianual. Trata-se, portanto, de instrumento que funciona como elo entre o plano plurianual e os

²⁵³ DISTRITO FEDERAL (ESTADO). Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF). *Manual sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Brasília: Quinta Inspeção de Controle Externo – 5ª ICE. 2007, p.1-5.

²⁵⁴ “A Lei de Responsabilidade Fiscal exige que sejam explicitadas as premissas econômicas, ou de outra natureza, subjacente às metas, e que sejam publicados relatórios trimestrais de gestão fiscal sobre a observação das metas da LRF. Exige também a publicação e ampla divulgação das leis orçamentárias, das contas públicas, dos relatórios da dívida pública e de relatórios bimestrais da execução orçamentária”. Cf. BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Relatório sobre a avaliação do sistema de administração e controle financeiro do Brasil*. 2002. p.19-20. Disponível em:

<http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/publicacoes/relatorio_avaliacao_sac_fb.pdf>. Acesso em: 28 maio 2009.

²⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 nov. 2009. Cf. Artigo 165. *Omissis*.

§ 1º *Omissis*;

§ 2º. A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento

orçamentos anuais, compatibilizando as diretrizes do plano à estimativa das disponibilidades financeiras para determinado exercício²⁵⁶.

Integra, portanto, a Lei de Diretrizes Orçamentárias o Anexo de Metas Fiscais²⁵⁷ e o Anexo de Riscos Fiscais²⁵⁸.

O anexo de metas fiscais é peça-chave para a gestão responsável do dinheiro público²⁵⁹. Também importa saber a contraposição entre metas e riscos fiscais que envolvem certo grau de incerteza quanto a sua efetiva ocorrência, porém a inexistência de riscos se mostra quase impossível, em vista das variáveis impostas pela realidade²⁶⁰. Segundo o Manual Técnico de Demonstrativos Fiscais²⁶¹, “os

²⁵⁶NASCIMENTO, Edson Ronaldo; DEBUS, Ilvo. *Lei Complementar nº 101/2000 – Entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Secretaria do Tesouro Nacional. 2. ed. [200-]. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/EntendendoLRF.pdf>>. Acesso em: 20 fev.2009.

²⁵⁷BRASIL. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/LCP/Lcp101.htm>>. Acesso em: 14 maio 2009. Cf.

Artigo 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do artigo 165 da Constituição e: [...] *Omissis*;

§ 1º Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes.

§ 2º O Anexo conterá, ainda:

I - avaliação do cumprimento das metas relativas ao ano anterior;

II - demonstrativo das metas anuais, instruído com memória e metodologia de cálculo que justifiquem os resultados pretendidos, comparando-as com as fixadas nos três exercícios anteriores, e evidenciando a consistência delas com as premissas e os objetivos da política econômica nacional;

III - evolução do patrimônio líquido, também nos últimos três exercícios, destacando a origem e a aplicação dos recursos obtidos com a alienação de ativos;

IV - avaliação da situação financeira e atuarial:

a) dos regimes geral de previdência social e próprio dos servidores públicos e do Fundo de Amparo ao Trabalhador;

b) dos demais fundos públicos e programas estatais de natureza atuarial;

V - demonstrativo da estimativa e compensação da renúncia de receita e da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado.

²⁵⁸BRASIL. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/LCP/Lcp101.htm>>. Acesso em: 14 maio 2009. Cf.

Artigo 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do artigo 165 da Constituição e: [...] *Omissis*;

§ 3º A lei de diretrizes orçamentárias conterá Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem.

²⁵⁹TOLEDO Jr., Flávio C.; ROSSI, Sérgio Ciqueira. *Lei de Responsabilidade Fiscal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: NDJ, 2001, p. 43.

²⁶⁰MENDES, Gilmar Ferreira. Lei de Responsabilidade Fiscal, correlação entre metas e riscos fiscais e o impacto dos déficits públicos para as gerações futuras. *Revista de Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, n. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 02 maio 2009.

²⁶¹BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual técnico de demonstrativos fiscais: aplicado à União e aos Estados, Distrito Federal e Municípios: volume I anexo*

riscos fiscais são a possibilidade da ocorrência de eventos que venham a impactar, negativamente, as contas públicas”, e ao “Demonstrativo de Metas Anuais importa apresentar eventuais variações abruptas e outras que mereçam destaque, como também serão apresentadas as medidas que a Administração Pública pretende tomar visando a atingir as metas estabelecidas”.

Nesse entendimento de manter o equilíbrio das contas públicas, no caso específico de entes da Federação que contratarem por intermédio da concessão de parcerias público-privadas, deverá elaborar, ainda, demonstrativo de metas anuais, a fim de demonstrar o impacto do saldo das PPPs nas metas de resultado primário²⁶².

A Constituição Federal no artigo 165, § 5º, disciplina que a Lei Orçamentária Anual deverá ser estruturada em consonância com o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias, constituindo, por conseguinte, o mais importante instrumento de gerenciamento orçamentário e financeiro da Administração Pública, cuja principal finalidade é administrar o equilíbrio entre receitas e despesas²⁶³, além de demonstrar que guarda compatibilidade com os objetivos e metas referendadas no Anexo de Metas Fiscais.

Nesse diapasão, a Lei das PPPs consubstanciou a exigência de que o objeto da PPP deverá estar previsto no Plano Plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado, aliada às obrigações decorrentes compatíveis com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e as demais previstas na Lei Orçamentária Anual.

A discussão que se traz em relação à previsão do objeto de PPP no Plano Plurianual, refere, no entanto, que o PPA tem cunho temporal, as metas e objetivos pretendidos com a instituição do regime de concessão de parcerias público-privadas se estendem além do prazo do plano plurianual, porém não há uma exigência

de riscos fiscais e anexo de metas fiscais. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Coordenação de Contabilidade, 2008, p. 20-25. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/contabilidade/MTDF1_Volumel.pdf>. Acesso em: 28 maio 2009.

²⁶²BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual técnico de demonstrativos fiscais: aplicado à União e aos Estados, Distrito Federal e Municípios: volume I anexo de riscos fiscais e anexo de metas fiscais*. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Coordenação de Contabilidade, 2008, p. 26. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/contabilidade/MTDF1_Volumel.pdf>. Acesso em: 28 maio 2009.

²⁶³NASCIMENTO, Edson Ronaldo; DEBUS, Ilvo. *Lei Complementar nº 101/2000 – Entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Secretaria do Tesouro Nacional. 2. ed. [200-]. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/EntendendoLRF.pdf>>. Acesso em: 20 fev.2009

legislativa de se cobrar as previsões nele indicadas. Contudo, em obediência ao princípio da continuidade, os projetos deverão ser concluídos no decorrer do prazo contratual.

Observa-se, nesse sentido, a importância do planejamento das ações governamentais²⁶⁴, consubstanciadas no bojo de uma programação de tendências e mutabilidades econômicas, sociais, administrativas e culturais para um período subsequente ou mesmo subsequentes em longo prazo. Deve-se, portanto, ser entendida como um processo de mensuração em que é avaliado o presente, para que se possa projetar o futuro com critérios definidos de ações governamentais.

O Estado, diante dos desdobramentos dessas transformações, procura se amoldar à nova realidade por meio de novas formas, novos modelos de ação administrativa, visando a um horizonte de desenvolvimento econômico e, ao mesmo tempo, ao bem-estar da sociedade; e, de outro, “à complexidade dos problemas econômicos e interesses políticos que sempre estão presentes no outro pêndulo da balança”²⁶⁵.

Passada a fase de planejamento, o Estado inicia outra etapa: a ação, com base na formulação anteriormente prescrita em leis aprovadas pelo Parlamento. Essa ação repercute diretamente no setor privado, pelas metas de investimentos, os objetivos estabelecidos, em consonância com o posicionamento declarado no artigo 174 da Constituição Federal, que se refere ao planejamento para o setor público, impositivo; setor privado, indicativo. Programar concessão nos moldes de parceria público-privada tem-se que atentar às diretrizes conferidas no planejamento estatal, responsabilidade fiscal e transparência, como também na legislação pátria.

A Lei Complementar nº 101/00, no seu artigo 1º, § 1º, enfatiza que:

A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas

²⁶⁴FIGUEIREDO, Carlos Maurício et al. *Comentários a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 53.

²⁶⁵ADRI, Renata Porto. Planejamento Estatal e Democracia. *Revista Internacional Direito e Cidadania*, n. 2, out./jan. 2009. Disponível em:< <http://www.iiedc.org.br/REID/?CONT=00000033>>. Acesso em: 31 jan. 2009.

consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar²⁶⁶.

Segundo Edson Ronaldo Nascimento e Ilvo Debus²⁶⁷, ação planejada é aquela baseada em planos previamente traçados e, no caso do serviço público, sujeitos à apreciação e aprovação da instância legislativa, garantindo-lhe a necessária legitimidade, característica do regime democrático de governo. A transparência, por seu turno, tem como um dos objetivos propiciar o aperfeiçoamento constante das ações estatais, provocando impactos positivos sobre a responsabilização dos governantes, à medida que a disponibilidade das informações colocadas à disposição da sociedade propõem um controle social e, conseqüentemente, desencadeando oportunidades para que as políticas públicas sejam implantadas e ajustadas de maneira a ganhar eficiência e eficácia²⁶⁸.

Para contratação de parceria público-privada, as diretrizes têm sua relevância consubstanciada pela responsabilidade fiscal, tanto na celebração quanto na execução, assim dispõe o artigo 4º, inciso IV da Lei das PPPs. A ênfase do significado do vocábulo *responsabilidade*, trazida pela Lei nº 11.079/04, tem sua abrangência ampla, envolvendo o desempenho da função pública como da representatividade, fundada na delegação ou mandato, isto é, engloba a área funcional e administrativa²⁶⁹.

Nesse sentido, as PPPs podem, de fato, contribuir, assim se posicionam Fernando Antonio Rezende da Silva e Armando Santos Moreira da Cunha²⁷⁰, porém advertem que é importante não desprezar os riscos que representam para os níveis

²⁶⁶ BRASIL. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/LCP/Lcp101.htm>>. Acesso em: 14 maio 2009.

²⁶⁷NASCIMENTO, Edson Ronaldo; DEBUS, Ilvo. *Lei Complementar nº 101/2000 – Entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Secretaria do Tesouro Nacional. 2. ed. [200-]. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/EntendendoLRF.pdf>>. Acesso em: 20 fev.2009.

²⁶⁸TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública*. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p.42.

²⁶⁹NASCIMENTO, Carlos Valder de. Comentários de artigos 1º a 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Comentários da Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.

²⁷⁰SILVA, Fernando Antonio Rezende da; CUNHA, Armando Santos Moreira de. (Coord.). *Disciplina fiscal e qualidade do gasto público*. Fundamentos da reforma orçamentária. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 58.

de endividamento desses governos, bem como seus efeitos acerca do orçamento, aumentando seu grau de enrijecimento.

Enfim, extraindo-se das regras impostas, trazidas pelos instrumentos de planejamento previstos no ordenamento jurídico brasileiro, o grau de riscos do cumprimento das normas da Lei de Responsabilidade existe, contudo, em virtude do controle jurídico, operacional, contábil e, principalmente dos órgãos de controle de contas, porém, a LRF trouxe nova formação ao administrador público em contrapartida da democracia que se vivencia no País.

5.2 PLANEJAMENTO À EXECUÇÃO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

O Estado inicia a materialização de investimentos, especificamente por meio de contratação, que deverá ser precedida de licitação²⁷¹. Essa proposição tem seu fundamento em uma decisão política, anteriormente discutida e inserida na fase de planejamento estatal como ação de políticas públicas²⁷². Por sua vez, a ação administrativa por meio do procedimento licitatório inicia com a motivação do ato devidamente justificado, as razões a optar pela forma de parceria público-privada, com base em estudos técnicos, que venham a demonstrar a viabilidade do empreendimento, tanto do ponto de vista econômico, social e operacional, como da eficiência, visando ao interesse público.

A relevância da alternativa da modalidade de concessão de parcerias público-privadas, seja patrocinada ou administrativa, deve ser compartilhada com os ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal, não somente quanto às normas fiscal e orçamentária, mas também em relação ao objeto que melhor se adequar ao modelo a adotar, visto que a escolha, discricionária, recai ao gestor público. Com isso, o equilíbrio de contas não é um valor a ser abstratamente considerado; ao contrário,

²⁷¹ No âmbito da Comunidade Europeia o processo para escolha do parceiro privado se concebe por meio do “diálogo concorrencial”, em que os candidatos serão convidados para submeter propostas, em função de critérios de adjudicação previamente estabelecidos.

²⁷² “Políticas públicas como processo de formação do interesse público baseado numa escolha racional e coletiva de prioridades, em que se exigem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão, em consequência da qual se desencadeia a ação administrativa.” BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 264-265.

tem de ser visto em seu caráter instrumental, como elemento indispensável à concretização das finalidades que são próprias do Estado²⁷³.

Além do mais, o estudo deverá se pautar pela responsabilização fiscal da despesa oriunda dessa futura contratação, demonstrando o impacto orçamentário-financeiro que poderá advir dos exercícios financeiros subsequentes, em que vigorará a contratação, em consonância com a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, que disciplina as finanças públicas, assim dispõe:

Artigo 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

- I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;
- II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias²⁷⁴.

A importância enfatizada pela Lei de Responsabilidade Fiscal ao planejamento estatal demonstra que não prevalece a ideia de orçamento-ficção, ao contrário, impõe-se um compromisso ao administrador público quando da fase da sua elaboração com as demandas estatais oriundas da população (não desprezando a influência política), pois, traz na sua concepção, metas voltadas a proporcionar um controle efetivo e real pelo administrador/sociedade das contas públicas.

Enfaticamente, o orçamento público equilibrado é uma condição central para que um país possa participar e manter-se no mercado globalizado, em face de sua *performance* de credibilidade de mercado. O demonstrativo do impacto no orçamento do ente público e nas contas financeiras dos exercícios subsequentes demonstra o cumprimento à responsabilidade pública, enraizado pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

²⁷³ VALLE, Vanice Lírio do. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 41.

²⁷⁴ BRASIL. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/LCP/Lcp101.htm>>. Acesso em: 14 maio 2009.

Como suporte, a declaração do ordenador de despesa de que o seu aumento tem adequação com a Lei Orçamentária Anual, justifica-se, na medida em que se deve vislumbrar o sistema orçamentário que incorpora uma perspectiva, por meio de ligações com o Plano Plurianual e as metas fiscais plurianuais estabelecidas na Lei Responsabilidade Fiscal²⁷⁵.

Portanto, o cerne da Lei de Responsabilidade Fiscal se verifica tanto na fase de planejamento como na execução, por meio de controle das despesas públicas e o endividamento. Têm-se, assim, a consagração dos vetores do planejamento, transferência e equilíbrio das contas como orientadores da contratação de parcerias público-privadas, ou seja, como incidentes já em relação a uma atividade que é prévia à celebração da avença²⁷⁶.

A gestão responsável fiscal na fase de execução da parceria público-privada se baseia de acordo com o artigo 10, inciso IV, da Lei nº 11.079/2004, que afirma: para contratação de parceria público-privada, a abertura do processo licitatório deverá ser condicionada à estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública²⁷⁷.

A busca da exiguidade das PPPs, necessariamente não se concretiza sem a observação ponderada acerca de seu impacto nas contas públicas, e, conseqüentemente, seu acompanhamento, que terá como parâmetro a previsão do fluxo de recursos, com base no Anexo de Metas Fiscais em que estarão consignadas as metas de previsões para as receitas e as despesas, resultado nominal e primário, além da dívida pública para o exercício a que se referirem e os

²⁷⁵ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Relatório sobre a avaliação do sistema de administração e controle financeiros do Brasil*. Brasília, jun. 2002, p.8. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/publicacoes/relatorio_avaliacao_sacfb.pdf>. Acesso em: 28 maio 2009. .

²⁷⁶VALLE, Vanice Lírio do. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 43.

²⁷⁷BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 11 nov.2008.

dois exercícios seguintes, imputando-se ao administrador público um *plus* para a elaboração do seu principal instrumento de planejamento²⁷⁸.

Assim, se extrai o entendimento, trazido pelos dispositivos, artigo 10, inciso IV, da Lei nº 11.079/2004, de que há a necessidade de acompanhamento durante a execução, na medida em que as contratações em longo prazo possam constituir riscos que poderão vir a impactar nas contas públicas, presentes e subsequentes.

Com isso, quando se indaga a responsabilidade fiscal, tem-se em mente a concretização de uma política de governo. Política essa baseada em critérios objetivos, estipulando áreas determinadas que sejam ou poderão ser contempladas, que venham, antes de tudo, contemplar a sociedade em respeito aos seus direitos de receber serviço público adequado e eficiente. Significa dizer que tão importante é a fase inicial do processo de concessão de PPP, quando do planejamento, especificamente, da fase interna do procedimento licitatório.

5.2.1 Fase interna do procedimento licitatório

O procedimento licitatório comporta duas fases: a interna ou preparatória, e a externa, que contempla, a partir da publicação do edital:

Artigo 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;²⁷⁹

²⁷⁸NASCIMENTO, Edson Ronaldo; DEBUS, Ilvo. *Lei Complementar nº 101/2000 – Entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Secretaria do Tesouro Nacional. 2. ed. [200-]. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/EntendendoLRF.pdf>>. Acesso em: 20 fev.2009.

²⁷⁹BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 11 nov.2008.

A decisão pela opção em adotar a forma de concessão pelo regime de parcerias público-privadas, não se faz de forma aleatória, porém de maneira vinculada a estudos técnicos que demonstrem a viabilidade do projeto. Em entendimento divergente, Cesar A. Guimarães Pereira²⁸⁰ leciona que a decisão da autoridade competente é autônoma e de sua exclusiva responsabilidade, podendo, individualmente, o gestor divergir fundamentadamente do estudo técnico. Afirma, ainda, que a decisão sobre o cabimento e a realização da PPP compete à autoridade que promover a referida autorização. Em posição discordante, apesar da decisão se basear na conveniência e na oportunidade não implica, necessariamente, a desoneração do gestor de desprezar estudos tecnicamente fundamentados, em detrimento de um *achismo*, do ponto de vista individual, sem o cuidado com o patrimônio público.

O dispositivo em comento apresenta-se como indispensável e imprescindível para a continuidade do procedimento, em respeito consonante com o artigo 14 da legislação de PPP, que delega ao órgão gestor de parcerias público-privadas a competência para:

- I – definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada;
- II – disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos;
- III – autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital;
- IV – apreciar os relatórios de execução dos contratos²⁸¹.

No âmbito federal foi instituído o Comitê Gestor pelo Decreto nº 5.385, de 4 de março de 2005²⁸², que traz para si a responsabilidade de definir os serviços

²⁸⁰PEREIRA, Cesar A. Guimarães. O processo licitatório das parcerias público-privadas (PPP) na Lei 11.079/2004. Parte 3: Licitações e Lei de Responsabilidade Fiscal. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.219.

²⁸¹BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 11 nov.2008.

²⁸²BRASIL. *Decreto nº 5.385, de 4 de março de 2005*. Institui o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada – CGP e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5385.htm>. Acesso em: 26 maio 2009.Cf.

prioritários para execução no regime de parceria público-privada, autorizar a abertura da licitação e aprovar o edital.

Ainda no que se refere à conveniência e oportunidade no âmbito de decisão administrativa, o Comitê Gestor tem a competência de definir os critérios para que possa subsidiar a análise de contratação sob o regime de parceria público-privada. Atribui-se responsabilidade quando da definição de serviços pelo regime de parcerias público-privadas.

A legislação regulamentar da Lei nº 11.070/2004 criou a Comissão Técnica das parcerias público-privadas para fornecer apoio técnico ao Comitê Gestor, instituindo, por sua vez, o Grupo Executivo sob a supervisão da Comissão Técnica das parcerias público-privadas com a finalidade de:

Art. 11. Compete ao Grupo Executivo, sob supervisão da CTP:

I - propor ao CGP a definição dos serviços prioritários para a execução no regime de parceria público-privada e dos critérios para a análise da conveniência e oportunidade de contratação sob esse regime;

.Artigo 3º Compete ao CGP:

I - definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada e os critérios para subsidiar a análise sobre a conveniência e oportunidade de contratação sob esse regime;

II - disciplinar os procedimentos para celebração dos contratos de parceria público-privada e aprovar suas alterações;

III - autorizar a abertura de procedimentos licitatórios e aprovar os instrumentos convocatórios e de contratos e suas alterações;

IV - apreciar e aprovar os relatórios semestrais de execução de contratos de parceria público-privada, enviados pelos Ministérios e Agências Reguladoras, em suas áreas de competência;

V - elaborar e enviar ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União relatório anual de desempenho de contratos de parceria público-privada e disponibilizar, por meio de sítio na rede mundial de computadores (Internet), as informações nele constantes, ressalvadas aquelas classificadas como sigilosas;

VI - aprovar o Plano de Parcerias Público-Privada - PLP, acompanhar e avaliar a sua execução;

VII - autorizar a apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações elaborados por pessoas físicas ou jurídicas não pertencentes à Administração Pública direta ou indireta, que possam ser eventualmente utilizados em licitação de parceria público-privada, desde que a autorização se relacione com projetos já definidos como prioritários pelo CGP, com o intuito de permitir o ressarcimento previsto no artigo 21 da Lei nº 8.987, de 1995;

VIII - estabelecer os procedimentos e requisitos dos projetos de parceria público-privada e dos respectivos editais de licitação, submetidos à sua análise pelos Ministérios e Agências Reguladoras;

IX - estabelecer modelos de editais de licitação e de contratos de parceria público-privada, bem como os requisitos técnicos mínimos para sua aprovação;

X - estabelecer os procedimentos básicos para acompanhamento e avaliação periódicos dos contratos de parceria público-privada;

XI - elaborar seu regimento interno; e

XII - expedir resoluções necessárias ao exercício de sua competência.

II - recomendar ao CGP a autorização para a abertura de procedimentos licitatórios e a aprovação das minutas de editais e de contratos;
III - propor ao CGP os procedimentos para celebração dos contratos de parceria público-privada e analisar suas eventuais modificações;²⁸³

Seguindo o entendimento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸⁴ completa que quando a lei exige manifestação quanto ao mérito, deve-se entender que aí se incluem vários aspectos, como da razoabilidade e proporcionalidade, que exigem adequação entre meios e fins, exame da relação de custo-benefício, utilidade para o interesse público, economicidade, entre outros.

No panorama da conveniência e oportunidade, em 2003, estudos técnicos foram realizados para se estudar a viabilidade de projetos com formatos de parcerias público-privadas. Dentre os critérios de avaliação, destacaram-se: (I) integração a corredor de exportação e impacto no desenvolvimento nacional; (II) capacidade de geração de receita tarifária; (III) interesse de investidores privados; (IV) nível de desenvolvimento do projeto. Dentre desse perfil incluiu-se a Ferrovia Norte-Sul (entre Araguaína e Palmas, no Estado do Tocantins). Em 2005, em face de estudos mais aprofundados para implementar a PPP, chegou-se à conclusão de que a Ferrovia Norte-Sul Araguaína não demanda aporte de recursos públicos. Assim sendo, a concessão aplicada será nos moldes da Lei nº 8.987/95, ou seja, comum.

Extrai-se, portanto, do exemplo, que a fase decisória de instituir um projeto de PPP não se revela ao bem de uma conveniência individual, porém pautada de balizamentos contundentes, não se traduzindo em mera formalização processual. Conclui-se com a colocação de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸⁵, de que o campo suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre

²⁸³BRASIL. *Decreto nº 5.385, de 4 de março de 2005*. Institui o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada – CGP e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5385.htm>. Acesso em: 26 maio 2009.

²⁸⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2006, p. 186.

²⁸⁵MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 949.

duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.

A preposição inserida no inciso II do artigo 10 da Lei nº 11.079/2004 repete a importância da Lei de Responsabilidade Fiscal, configurada pelo artigo 16, inciso I quando se exige, a saber, a elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada, enquanto que na LRF, somente se exige no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes.

Relevante demonstrar a transcrição legislativa sobre as exigências compatibilizadas:

Artigo 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I- *Omissis*;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;²⁸⁶

Nessa mesma linha de responsabilidade fiscal, a Lei das PPPs também condiciona a abertura do procedimento licitatório, a declaração do ordenador de despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato serão compatíveis com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e previstas na Lei Orçamentária Anual (inciso III do artigo 10). Como, também, que o objeto da PPP

²⁸⁶BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 11 nov.2008.

deva estar previsto no Plano Plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado (inciso V do artigo 10).

A exigência dessas compatibilidades tem por fim a harmonização das leis orçamentárias e, ao mesmo tempo, a responsabilidade com os compromissos assumidos, pelo modelo contratual. As diretrizes do Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual têm como conjunto guardar obediência às normas de finanças públicas da Carta Constitucional. Afinal, nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, sob pena de responsabilidade, assim consigna no Texto de 1988, especificamente no § 1º do artigo 167²⁸⁷.

A exigência dessa formalidade não se restringe a um simples ato corriqueiro da gestão administrativa, mas a uma assunção de responsabilidade de proporções repercutidas no efetivo equilíbrio das contas públicas. Entretanto, questiona-se como estimar o impacto desses recursos no orçamento nos exercícios em que vigore o contrato de PPP, geralmente de vinte e cinco anos.

Crê-se que a exigência da estimativa durante a execução do contrato estará, sem dúvida, permeada de projeções tênues, podendo ser influenciadas com visões superotimistas de crescimento de receitas (ressalte-se que a projeção da despesa não poderá ser desassociada da receita prevista) ou por situações estruturais do momento que poderão influir na metodologia dos cálculos, como por exemplo, caso da redução do IPI, que vem influenciando nos prognósticos dos orçamentos estaduais.

Ora, a reflexão realizada no parágrafo anterior em relação aos eventos influenciadores quando das projeções do impacto, pertinentes diante da influência política nos planos de desenvolvimento dos governos, afinal, uma perspectiva de estimativa, por seu caráter prospectivo, tem em seu conceito um grau de indeterminação tido por aceitável²⁸⁸.

A Lei das PPPs ressalta que sempre que a assinatura do contrato ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, deverá ser precedida da

²⁸⁷BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 nov. 2009.

²⁸⁸VALLE, Vanice Lírio do. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.96

atualização dos estudos e demonstrações da estimativa dos impactos nos orçamentos exigidos (§ 2º, do artigo 10). Conclui-se que as estimativas deverão sempre sofrer alterações durante o processo de execução, sofrendo influências dos eventos que ocorram no mercado. Importante assinalar que não se está colocando em dúvida as premissas metodológicas da projeção dos impactos realizados no processo, apenas enfatizando que durante a execução do contrato, ajustes poderão ser essenciais para a continuidade permanente do negócio.

Vale ainda observar que, quando um prognóstico é superestimado (em relação a um otimismo exacerbado de receitas) poderá levar a um fracasso do empreendimento, em relação ao parceiro privado, visto que, este, fará suas projeções acima da realidade, culminando numa possibilidade de risco maior.

Evidentemente, o risco dessa modalidade de concessão em face das exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal pode ocorrer, porém o cumprimento da legislação não se restringe apenas ao administrador, mas também aos órgãos de controle interno e externo e à sociedade, pela via da fiscalização.

Nesse compasso, Vanice Regina Lírio do Valle²⁸⁹ aduz que há

[...] relevância nas considerações das decisões coletivas, quando da opção em determinado empreendimento, em que poderão ocorrer riscos de distanciamento do interesse público a partir de uma propensão natural de parte daqueles que realizam as projeções de políticas públicas, de atender precipuamente a seus interesses pessoais, ou quando menos de maximizar a utilidade daquela ação governamental para o atendimento a essa mesma perspectiva subjetiva, própria.

Continua, ainda, a ressaltar que

[...] se assim o é; se as escolhas públicas – especialmente as já de cunho mais concreto, como as de eleição do instrumento contratual mais adequado à realização de um determinado programa governamental – estão sujeitos aos riscos de captura por interesses localizados; a criação de mecanismo de prevenção ou, no extremo, de explicação dessa mesma captura, torna-se absolutamente

²⁸⁹VALLE, Vanice Regina Lírio do. Responsabilidade fiscal e parcerias público-privadas: o significado das diretrizes contidas no artigo 4º da Lei nº 11.079/2004. *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF*, Curitiba, a. IV. n. 45. abr. 2004/2005, p. 857-858.

fundamental ao controle (especialmente, o social) da ainda harmonia entre o agir do Estado e o interesse público.

Não esquecendo que, para contratar pelo regime de parceria público-privada, a União, especificamente, terá que observar o limite de 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício e as despesas anuais dos contratos vigentes, no que se refere à soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, e, para os dez anos subseqüentes, de não exceder a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios²⁹⁰.

No Brasil, foram adotadas regras apoiadas no controle dos gastos públicos, com a velha máxima “gastar somente o *quantum* que se arrecada”. A LRF sedimentou, sem dúvida, uma cultura de responsabilidade aos administradores públicos, em todos os níveis da Administração Pública, União, Estados e Municípios.

O Estado, sem dúvida, tem seu papel no planejamento econômico, voltado para o implemento de políticas públicas, com responsabilidade de manter o equilíbrio das contas públicas. Diante dessa Administração Pública inicia-se na fase contratual, com respeito à gestão de responsabilidade fiscal, com o setor privado em compartilhar seus riscos e ganhos, gerando novas relações de negócios. Essa construção de investimentos tem que ser regada de compromisso com a coisa pública, mas prioritariamente, com a sociedade, usuária final dos serviços públicos.

A formação do contrato administrativo com as PPPs passa por um de seus momentos históricos, em que a responsabilidade de manter o equilíbrio das contas públicas deve se compatibilizar com a responsabilidade social, agora possível pela interligação do público com o privado. Ao mesmo tempo, percebe-se o

²⁹⁰BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 11 nov.2008. Cf.

Artigo 28 A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subseqüentes excederem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

fortalecimento do orçamento público como política de alocação de investimento, proporcionada pelo planejamento das leis orçamentárias.

É nesse ambiente que surge a cooperação de entes tão antagônicos, mas com o compromisso de boa-fé, consensualidade e repartição de riscos do empreendimento, em que mercado e Estado se moldam para receber um novo tempo, em que se exigem novos padrões de gestão pública. A Administração Pública deixa aquela concepção colonial, em que não se deve e nem se pode aliar ao setor privado na contratualização. Concepção ultrapassada, empurrada por modelos de experiências estrangeiras em serviços públicos, escassez de recursos públicos combinando com um provável endividamento público gerado pelo contrato de longo prazo e alto valor financeiro. Some-se a isso, o fato de que a sociedade experimenta, com resignação, serviços públicos inadequados e ineficientes.

Tais padrões precisariam constituir-se na ação planejada e transparente do setor público. Com isso, as parcerias entre o público e o privado com vistas a execução, operacionalização, instalação de concessões por meio do modelo de PPPs, com base em diagnósticos reais, metodologias de execução, regras de acompanhamento, definição de assunção de responsabilidade de cada parte e transparência viriam a calcular o impacto desse volume de recursos nas contas públicas.

A abordagem para implementar uma PPP tem seu foco voltado para um desenvolvimento com equilíbrio fiscal. Essa mudança estrutural do orçamento público, com o equilíbrio e metas fiscais obrigatórias trazidas pela LRF, mostrou que a mudança de postura do gestor público é necessária e oportuna, mas prioritariamente com a aplicação desses recursos, identificando um fortalecimento democrático.

Nesse sentido, o poder público precisa de um planejamento bem fundamentado, reconhecendo a sua responsabilidade quando opta pela modelagem de PPP, em que o serviço público estará nas mãos dos particulares, sem, entretanto, substituir o Estado em suas atribuições.

5.3 GESTÃO RESPONSÁVEL: RESPONSABILIDADE SOCIAL

Por outra parte, em relação ao direito civil, também, ocorreu uma constitucionalização focada no novo contratualismo, em que a sociedade se revela nos seus interesses sociopolíticos por intermédio da negociação legislativa²⁹¹, a que são expostos quando da sua interligação com a Administração Pública, particularmente nos contratos em que estes estão cada vez mais com funções de gestão de serviços tidos tipicamente públicos, e somente ao poder estatal cabia prestá-los.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁹² adverte que a fuga do direito administrativo não pode e não será total; em primeiro lugar, porque o próprio contrato de parceria público-privada é de natureza pública, estando sujeito aos controles da Administração Pública; em segundo, porque, da mesma forma que ocorre na concessão de serviço público tradicional, o regime jurídico a que se submete o parceiro privado é híbrido, porque, se é verdade que a empresa atua sob o regime das empresas privadas, não é menos verdade que são de direito público as normas acerca dos bens utilizados na prestação dos serviços, a responsabilidade do parceiro privado, como também os princípios aplicáveis à prestação do serviço e os poderes exercidos pelo parceiro público.

Considera-se complexa a relação público-privado, na medida em que deverão ter compromissos combinando eficiência econômica, aliada às demandas sociais, como premissas de desenvolvimento. O desenvolvimento trazido com a implantação da PPP somente pode ser compreendida como o processo em que os riscos e ganhos a repartir, no porte desse investimento, não se restrinjam puramente à abordagem técnica, econômica, ambiental, mas prioritariamente ao social, na medida em que a sociedade é a legítima beneficiária do negócio.

Vislumbra-se uma PPP de cunho social, haja vista que as necessidades da sociedade não se restringem apenas, prioritariamente, à infraestrutura (estradas), mas, também às áreas de saúde e educação, principalmente. Tem-se em mente: a

²⁹¹NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno* (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 43.

²⁹²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 159-160.

empresa não deverá apresentar apenas um negócio que visa a lucros, mas um sistema vivo, inserido num contexto que envolve diversos grupos de interesses, sendo capaz de mobilizar recursos para transformar e desenvolver o ambiente em que convive e atua²⁹³.

Nesse afã de inserir o Estado na Era moderna de gestão dos serviços públicos, deve-se estabelecer um novo paradigma por meio dos contratos de PPP: captação de investimentos privados, responsabilidade fiscal com o intuito de promoverem – parceiro público e parceiro privado – a responsabilidade social. A nova arquitetura do contrato de concessão de PPP deve compartilhar os riscos e ganhos, compatibilizar pluralidade e características empresariais, inspirar a consensualidade, e, principalmente, implantar uma mentalidade de confiança entre os parceiros.

Na esteira de uma visão responsável em atender aos anseios sociais, sem se limitar apenas ao fator econômico, a Lei nº 12.234, de 13 de janeiro de 2005²⁹⁴, dispõe sobre normas para licitação e contratação de parcerias público-privadas, institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Rio Grande do Sul – PPP/RS estabelece para julgamento de propostas como critério de desempate, demonstração da responsabilidade social dos licitantes, com base no Balanço Social²⁹⁵ das empresas. Fica, portanto, evidente a possível convivência de equilíbrio das contas públicas com responsabilidade fiscal, desenvolvimento econômico, aliada à responsabilidade social.

²⁹³KARABOLAD, Natalia. Os caminhos e desafios para a governança global e a responsabilidade socioambiental como ferramenta à sustentabilidade. In: _____ *et al. Responsabilidade Social das Empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Peirópolis, v.6, p.57, 2006.

²⁹⁴RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). *Lei nº 12.234, de 13 de janeiro de 2005*. Dispõe sobre normas para licitação e contratação de parcerias público-privadas, institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Rio Grande do Sul – PPP/RS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.investimentos.ppp.rs.gov.br/uploads/1211898798Lei_12234_05.pdf>. Acesso em: 15 maio 2009.

²⁹⁵RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). *Lei nº 11.440, de 18 de janeiro de 2000*. Cria o Certificado Responsabilidade Social - RS - para empresas estabelecidas no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/resp_social/legislacao/id2078.htm>. Acesso em: 15 maio 2009.Cf.

Artigo 2º - Para os fins desta lei considera-se Balanço Social o documento pelo qual as empresas e demais entidades apresentam dados que permitam identificar o perfil da sua atuação social durante o exercício, a qualidade de suas relações com os empregados, o cumprimento das cláusulas sociais, a participação dos empregados nos resultados econômicos e as possibilidades de desenvolvimento pessoal, bem como a forma de interação das empresas e demais entidades com a comunidade e sua relação com o meio ambiente.

Enfim, a contratação de PPPs é realidade brasileira, por meio do sistema de concessão de serviços públicos, de forma contratual. Podendo ser de empreendimentos autossustentáveis, economicamente, e aqueles necessários à complementação ou sustentação pela Administração, como a patrocinada e administrativa, respectivamente.

Para a concretização desse sistema, o contrato administrativo evoluiu acompanhando as tendências transformadoras da Administração Pública, por contingência de carência de recursos como também de melhor atuação de mercado de serviços públicos, em face das demandas da sociedade.

Dentro dessa seara, a gestão fiscal responsável tem o seu papel fundamental, na medida em que busca desenvolvimento, porém dentro de parâmetros de equilíbrio, impondo, ao administrador público, limitações no que se refere ao comprometimento orçamentário e endividamento. Por sua vez, com a implantação das PPPs, há uma aproximação do público com o privado para solução e concretização de políticas públicas eficientes, imputando-lhes responsabilidades, repartindo riscos e ganhos, compartilhando não apenas fatores econômicos, mas, inexoravelmente, na seara social, nessa governança negociada.

O instrumento contratual se afirma como canal da realidade dos fatos, portanto, as PPPs estão relacionadas entre as novas técnicas gerenciais típicas do setor privado que podem ser utilizadas na provisão de serviços públicos, com economia pública incorporando arranjos de mercado²⁹⁶.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma do Estado representou a transformação nas relações estruturais da Administração Pública brasileira, em que a realidade das demandas clamadas pela sociedade não se mostravam materializadas em termos de prestação de serviços públicos. Por sua vez, a Constituição Federal de 1988, por meio das emendas constitucionais, impulsionaram para o novo momento do Estado,

²⁹⁶SILVA, Fernando Antonio Rezende da; CUNHA, Armando Santos Moreira de. *Disciplina fiscal e qualidade do gasto público*. Fundamentos da reforma orçamentária. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 67.

influenciável pela globalização e pela prática da privatização, com o intuito de diminuir a participação estatal nas atividades públicas.

Detectava-se a necessidade de ajustamento orçamentário e fiscal das contas públicas para se alcançar desenvolvimento com investimentos, principalmente em infraestrutura e, ao mesmo tempo, proporcionar serviços de qualidade à população. Porém, o Estado via-se limitado à escassez de recursos financeiros para atender as demandas da sociedade.

Harmoniza-se, portanto, a forma relacional entre a sociedade e o Estado, entre a Administração Pública e o administrado, inicia-se, contudo, a construção de um relacionamento entre o público e o privado. Dentro dessa conjuntura, a concessão de prestação de serviços públicos torna-se o instrumento equalizador de operacionalização pela forma contratual.

As parcerias público-privadas como instrumento proporcionador de serviços públicos em áreas que necessitam de alto investimento de recursos financeiros, representam a alternativa viável ao Estado brasileiro. Para tal fim, adota-se o modelo de concessão pelo sistema contratual, que serão realizadas pela via de licitação pública. As modalidades contempladas na caracterização de exercerem atividades de serviços públicos poderão ser na forma patrocinada e administrativa. A concessão patrocinada direciona-se a investimentos autossustentáveis, em que a cobrança tarifária será realizada pela cobrança aos usuários dos serviços, podendo ser complementada pelo parceiro público, diferentemente da forma de cobrança até então adotada pela concessão comum.

A concessão administrativa, por sua vez, inova o sistema jurídico brasileiro quando contempla a possibilidade da Administração Pública ser usuária de forma direta como também indireta, em que a contraprestação não figura a participação do usuário. Tem-se, assim, que o parceiro público assume a responsabilidade de assegurar o pagamento dos serviços, independente de quem os utiliza. Justificando-se por se tratar de serviços que envolvam execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

O contrato administrativo tem seu papel na conjuntura da Administração Pública em que representa o instrumento operacionalizador das atividades de serviços públicos, já que assim consignou a Constituição Federal de 1988, quando da instalação do modelo pela via de concessão.

Acompanhando a evolução das transformações ocorridas no sistema estatal, o direito administrativo redireciona-se a esse tempo, exigindo-se a incorporação de novas concepções na dinâmica econômica, política e social. O Direito não pode ser estático e passional, tendo em vista as demandas existentes na sociedade. Saindo da subordinação estrita à lei, encaminhando-se para visualizar a centralidade normativa contemporânea da Constituição, com o intuito de melhor equalizar as necessidades auferidas pela sociedade para que o Estado venha alcançar a concretização do interesse público.

Assim, o Direito Administrativo não pode deixar de realizar o seu papel de criar, de renovar, de proporcionar e de estabelecer regras institucionais entre os agentes econômicos, que venham a compartilhar os riscos de empreendimentos entre eles, consignados em contrato público.

O paradigma na cultura jurídica brasileira da atuação administrativa tem no contrato administrativo o instrumento modal verticalizado, com cláusulas exorbitantes, traduzidas em impositivas pela Administração Pública, com encargos assumidos em sua grande maioria pela própria Administração, em nome da proteção daqueles que contratam com o setor público.

Porém, em ambiente desenvolvimentista e globalizado, em que se prepondera à escassez de recursos o Estado, não se pode esquivar de buscar alternativas para investimentos em atividades de atuação pública; assim, baseado em experiências estrangeiras, a aproximação com o setor privado se mostra conveniente. Por outro lado, a Administração Pública brasileira tem um histórico negativo em cumprir os acordos jurídicos. Alteram-se regras de relação na contratação com o fito de promover essa aproximação e, ao mesmo tempo, dirimir esse impasse. Nesta seara, os contratos administrativos prevêm a consensualidade e a negociação em que devem se harmonizar com os princípios da boa-fé e a prossecução do interesse público, os quais são instrumentos essenciais na flexibilidade contratual.

Nessa linha de pensamento expansionista, o modelo estratificado do contrato administrativo não se coaduna com o modelo de contrato de parceria público-privada, tendo em vista sua finalidade de serviços com viés negocial. Diferentemente do adotado pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para aquisição de bens e serviços e de concessão comum, disciplinado pela Lei nº 8.987,

de 13 de dezembro de 1995, em que preponderam a rigidez e imposições em via única, notadamente, justificáveis para as finalidades às quais foram designadas.

O Estado, no afã de atrair recursos privados para investimentos em serviços públicos através de parcerias público-privadas, conduziu-se à tendência a contratualização em que se possa abranger os diversos ajustes. Nesse diapasão, a inserção de garantias contratuais por parte da Administração Pública ao parceiro privado, é essencial à obtenção da segurança jurídica do contrato, em face do cumprimento aos compromissos assumidos pelo Estado, como também para fins de confiança entre os agentes.

No entanto, o sistema de garantias visa assegurar ao parceiro privado possibilidades previsíveis no que diz respeito ao ressarcimento de prejuízos suportados em caso de inadimplemento do parceiro público, ou seja, tem o propósito de proporcionar a segurança advinda do risco do negócio, principalmente porque o risco será repartido de forma objetiva entre os parceiros.

Daí inferir-se que conciliar interesse de parceiros, de direito público e de direito privado, na relação contratual da repartição dos riscos, introduz concepções importantes na seara pública, quando se verifica a incidência de institutos de direito civil, enfatizando que o conjunto do negócio público são conexos com outros institutos, para fins de cooperação entre os parceiros, em que a distribuição dos riscos efetuar-se-á caso a caso, em função das capacidades respectivas das partes, portanto, há complementariedade e não antagonismo entre os agentes.

Para alocação dos riscos entre os parceiros, o planejamento estatal se mostra o cerne da implementação da concessão, na medida em que se configura como projeto de políticas públicas de longo prazo, abrangendo estudos de viabilidades do negócio, em que são demonstrados alguns riscos específicos e seus impactos sobre o empreendimento.

Os riscos que nos contratos administrativos são assumidos pela Administração Pública, com a estrutura jurídica da parceria público-privada passarão a serem compartilhados objetivamente, inclusive os decorrentes de força maior, caso fortuito, fato do príncipe e extraordinário, sem descuidar daqueles que transversalmente interferem na execução da avença. Constatou-se, contudo, que apesar do avanço contratual administrativo, ainda não se evidencia uma superação

do patrimonialismo em relação às imprevisibilidades econômicas daí decorrentes, a favor do concessionário.

Por outro lado, há de se reconhecer a abertura de uma nova perspectiva de superação da dicotomia público-privado na repartição de riscos em que se verificam projetos de investimentos de alta complexidade, de repercussão de sustentabilidade econômica e social.

Outra inferência sobreleva-se quando da compatibilidade da Lei de Responsabilidade Fiscal em decorrência do impacto financeiro pela ocasião da repartição dos riscos entre os parceiros nas finanças públicas. Impõe-se consoante diretriz na celebração e na execução da parceria público-privada. Demonstram-se vetores de sustentabilidade da gestão fiscal responsável à compatibilização do empreendimento com as leis orçamentárias como instrumentos de planejamento governamental. Porém, não se efetiva a gestão responsável somente do ponto de vista fiscal, em termos econômicos, sem a devida relevância à responsabilidade social do impacto do empreendimento em relação à sociedade.

O desafio, de todo modo, permanece, e o contrato administrativo de parceria público-privada deve ser compreendido em suas dimensões complexas, buscando-se preservar, mesmo dentro dessa cooperação público-privado, a viabilidade econômica para o particular, mas sem afastar o bem maior almejado pelo Estado, o interesse público.

REFERÊNCIAS

ADRI, Renata Porto. Planejamento Estatal e Democracia. *Revista Internacional Direito e Cidadania*. n. 2, out./jan. 2009. Disponível em: <<http://www.iedc.org.br/REID/?CONT=00000033>>. Acesso em: 31 jan. 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A 'Supremacia do Interesse Público' no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

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

BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 15. ed. rev. e atual. por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. *Privatização no Brasil 1990-1994/1995-2002*. 2002. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/publicacoes/catalogo/Priv_Gov.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 10 ago.2008.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BINENBOJM, Gustavo. *Da Supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. 2003. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 20 jul. 2008.

_____. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14 nov. 2008.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessões e Permissões de Serviços Públicos*. Curitiba: Juruá, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade, para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BONELLI, Claudia Elena; CINTRA, Antonio Felix de Araujo. A sistemática contratual das PPPs. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 504, 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5973>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

BORGES, Alice Gonzalez. Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n 9, fev./mar./abr. 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 ago.2008

_____. O ressurgimento das concessões de serviços públicos e a eclosão de novas formas de contratos administrativos. In: QUADROS, Cerdônio. *Nova Dimensão – Direito Administrativo – Repertório de Estudos doutrinários e jurisprudenciais*. São Paulo: NDJ, v.1, 1997.

BOURGES, Fernanda Schuhli. *Serviços Públicos Concedidos: acesso e remuneração*. 2007. 230p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007.

BRAGA, Pedro. A sociedade de risco e o Direito Penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 42, n. 168, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_168/R168-11.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2009.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o34.htm>. Acesso em: 24 nov.2008.

_____. *Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm>. Acesso em: 07 jan. 2009.

_____. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf170a181.htm>. Acesso em: 10 nov. 2008.

_____. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao_compilado.htm>. Acesso em: 24 nov. 2008.

_____. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

_____. *Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, com alterações posteriores.* Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. 13. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Zenite, 2007.

_____. *Lei nº 8.987, de 13 de dezembro de 1995.* Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 12 nov. 2008.

_____. *Lei nº 9.307, 23 de setembro de 1996.* Dispõe sobre Arbitragem. Disponível em: <<http://www.unb.br/fd/gt/links/leis.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

_____. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.* Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/LCP/Lcp101.htm>>. Acesso em: 14 maio 2009.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

_____. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 11 nov.2008.

_____. *Decreto nº 5.385, de 4 de março de 2005*. Institui o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada – CGP e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5385.htm>. Acesso em: 26 maio 2009.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Relatório sobre a avaliação do sistema de administração e controle financeiros do Brasil*. Brasília. jun. 2002. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/publicacoes/relatorio_avalicao_sacfb.pdf>. Acesso em: 28 maio 2009.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Projeto de Irrigação Pontal*. [2008?]. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/Projetos/irrigacao.htm>>. Acesso em: 02 maio 2009.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Projeto de Irrigação Pontal*. [2008?]. Disponível em: <http://www.pontal.org/docs/minuta_contrato.pdf>. Acesso em: 15 maio 2009.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual técnico de demonstrativos fiscais: aplicado à União e aos Estados, Distrito Federal e Municípios: volume I anexo de riscos fiscais e anexo de metas fiscais*. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Coordenação de Contabilidade, 2008. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/contabilidade/MTDF1_Volumel.pdf>. Acesso em: 28 maio 2009.

_____. *Portaria nº 614, de 21 de agosto de 2006*. Estabelece normas relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada – PPP, de que trata a Lei nº 11.079, de 2004. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/ppp/downloads/Portaria_614_210806.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2009.

_____. Ministério da Fazenda. *Programa de Estabilidade Fiscal*. 1998. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/ajuste/respef.asp>>. Acesso em: 22 jul.2009.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e crise no Brasil: história, economia e política de Getúlio Vargas a Lula*. 5. ed. São Paulo: 34, 2003.

_____. *Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*. São Paulo: 34, 1996.

_____. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. *Revista de Serviço Público*, Brasília: ENAP, ano 49, n.1, p. 5-42. jan./mar. 1998.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULT-SPIERING, Mirjam; DEWULF, Geert. *Strategic issues in Public-Private Partnerships – an international perspective*. Oxford, Blackwell, 2006.

CACERES, Lucio. *Perspectiva Sul-Americana – visão estratégica do setor público*. In: *Seminário Internacional Parceria Público-Privada na Prestação de Serviços de Infra-estrutura MRE-BID-BNDES*, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/publicacoes/catalogo/s_ppp.asp>. Acesso em: 28 nov. 2008.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2005.

CÂMARA, Jacinto 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, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed . 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, Francisco Galvão; ROCHA, Carlos Henrique. *Reforma do setor público na América Latina: uma perspectiva comparada*. 2000. Disponível em:

<http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/ocde/ocde02.pdf>. Acesso em: 21 jul.2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Alexandre Pimenta da Rocha. *Project Finance*. 2005. 79f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Milton Campos. Belo Horizonte. 2005.

CLARK, Giovani. Política Econômica e Estado. *Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico*, Belo Horizonte, v. 2, p. 25-44. 2008/2009.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro verde sobre as parcerias público-privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*. Bruxelas, 2004. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/ref_bibliografias/index.htm>. Acesso em: 22 set. 2008.

COSSALTER, Philippe. A "Private Finance Initiative". In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do artigo 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 mar.2009.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, ago. 1995. Disponível em: <<http://www.zenite.com.br>>. Acesso em: 11 mar. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2006.

_____. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2003.

_____. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas S. A. 2001.

DINIZ, Eli. *Em busca de um novo paradigma: a reforma do Estado no Brasil dos anos 90*. 1996. Disponível em:
<http://www.seade.gov.br/produtos/spp/v10n04/v10n04_02.pdf>. Acesso em: 08 jul.2009.

DISTRITO FEDERAL (ESTADO). Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF). *Manual sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Brasília: Quinta Inspeção de Controle Externo – 5ª ICE. 2007.

DUTRA, Pedro Paulo Almeida. O Debate acerca do papel do Estado e seu reflexo na gestão pública contemporânea. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n.1, a. XXV, 2007. Disponível em:
<http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2007/01/-sumario?next=4>. Acesso em: 11 maio 2009.

EVANS, Peter B. Análise do Estado no mundo neoliberal: uma abordagem institucional comparativa. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, n. 4, jul./dez. p. 51-85. 1998.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

EUROPEAN COMMISSION. *Guidelines for successful public-private partnerships*. 2003. Disponível em:
<http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm> . Acesso em: 28 fev.2009.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. O contrato como regulador e como produto de riscos. *Prim@Facie*. *Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas*, Universidade Federal da Paraíba. a. 4, n.6, jan./jun. 2005. Disponível em:<<http://www.cj.ufpb.br/primafacie/>>. Acesso em: 04 mar. 2009.

FERRAZ, Luciano. Contrato Administrativo – possibilidade de retomada, prorrogação ou renovação do ajuste – manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial – atenção às exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal. *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF - IDAF*, Curitiba, a. II, n. 21, p. 814-826, abr. 2002/2003.

FERREIRA NETO, Cássio Telles. *Contratos administrativos e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício et al. *Comentários a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FINGER, Ana Cláudia. O público e o privado na Administração Pública. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo*. Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GARCIA, Flávio Amaral. O novo regime da parceria público-privada. *Associação dos Procuradores do Rio de Janeiro*. [2006?]. Disponível em: <<http://www.aperj.org.br/artigos/arquivos/publicoprivada.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2009.

GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parcerias público-privadas: caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico*. 2008. 615p. Tese de Doutorado (Doutorado em Ciências Jurídicas). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do fundo garantidor das parcerias público-privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 597, 25 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>>. Acesso em: 24 fev. 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – IBGC. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 3. ed. 2007. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br>>. Acesso em: 16 ago.2008.

_____. *Origem da Boa Governança*. São Paulo. [2007?]. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br>>. Acesso em: 16 ago.2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 01, fev. 2005. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 11 nov. 2008.

_____. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, e com a Lei federal nº 9.648, de 27 de maio de 1988)*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998.

LONDRES: The Stationery Office. *Public-Private Partnerships – The Government's Approach*. 2000. Disponível em: < http://www.ibl.uni-stuttgart.de/05forschung/ppp/pdf/HM_Treasury/PPP_The_Governments_Approach_pdf_2000.pdf >. Acesso em: 16 nov.2008.

MARQUES, Carlos Henrique de Magalhães. As parcerias público-privadas (PPPs) no âmbito da Alca e do Mercosul. *Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico*, Belo Horizonte, n. 01. p. 47-74, out./mar. 2008. Disponível em:< <http://www.fbde.org.br>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em:< <http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 19 nov.2008.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do Estado regulador. *Novos Estudos: CEBRAP*, São Paulo, n.76. nov. p.139-156. 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contrato Administrativo e a Lei de Arbitragem. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, out. 2000. Disponível em: <<http://www.zenite.com.br>>. Acesso em: 11 mar.2009.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

_____. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELO, Lígia. Novas perspectivas para o direito administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 43. p. 117-136. maio/jun. 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs)*. 2006. Disponível em: <http://www.irbcontas.org.br/irb/interna.asp?p_codmnu=3&p_codgrpnot=2&p_codnot=33>. Acesso em: 01 nov.2008.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Lei de Responsabilidade Fiscal, correlação entre metas e riscos fiscais e o impacto dos déficits públicos para as gerações futuras. *Revista de Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, n. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 02 maio 2009.

MINAS GERAIS (ESTADO). Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. *Concorrência para Concessão Administrativa*. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/noticias/ultimas-noticias/uai-unidades-de-atendimento-integrado>>. Acesso em: 04 maio 2009.

_____. Unidade PPP. O que é PPP? *Glossário PPP*. 2007. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/author/quelotti>>. Acesso em: 26 abr. 2009.

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE. *Les contrats de partenariat: principes et méthodes*. 2005. Disponível em: <http://www.ppp.minefi.gouv.fr/guide_contrat_partenariat.pdf>. Acesso em: 28 fev.2009.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 16 nov. 2008.

_____. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “serviço público”, “serviços de relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.10, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

MONCADA, Luís S. Cabral. *Direito Económico*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Os Contratos Públicos: uma introdução a relação jurídica administrativa e a actividade administrativa*. 2009. Disponível em: <http://www.fbde.org.br/artigos/moncada_contratos_publicos_uma_introducao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2009.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Recursos e Instrumentos atuais no campo da gestão contratual. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.zenite.com.br>>. Acesso em: 16 mar.2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 65, p.21-32. jul./set. 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Aspectos jurídicos do Brasil contemporâneo. O pós-positivismo chega ao Brasil. Inaugura-se um constitucionalismo de transição. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 6, jun./jul./ago. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 23 fev.2009.

_____. O novo papel do Estado na economia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, a. 3, n.11, p. 99-120, jul./set. 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. Contrato de concessão de serviço público: sua compreensão contemporânea. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, ano XII, n. 138. p. 675-685, ago. 2005.

_____. Riscos, incertezas e concessões de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, a. 5, n.20, p. 35-50, out./dez. 2007.

MUKAI, Toshio. Concessão e Permissão de Serviço Público. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano XVIII. n. 11, p. 853-866, nov. 2002.

NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NASCIMENTO, Carlos Valder de. Comentários de artigos 1º a 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Comentários da Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo; DEBUS, Ilvo. *Lei Complementar nº 101/2000 – Entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Secretaria do Tesouro Nacional. 2. ed. [200-]. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/EntendendoLRF.pdf>>. Acesso em: 20 fev.2009.

NASSER, Imad. As privatizações à luz do ditado constitucional . *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2449>> Acesso em: 28 nov.2008.

NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento das parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da; FIGUEIREDO, Carlos Maurício Cabral. *Lei de Responsabilidade Fiscal: aspectos gerais*. 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/bf_bancos/e0001340.pdf>. Acesso em: 22 jul.2009.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Parcerias público-privadas nos serviços de loterias estaduais*. 2001. Disponível em: <<http://www.utp.br/tuiuticienciaecultura/FCJ/FCJ%2030/PDF/art%204.pdf>> . Acesso em: 20 nov. 2008.

_____. Parceria público-privada e direito ao desenvolvimento: uma abordagem necessária. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, ago./set./out, 2005. Disponível no site:< <http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 02 jan.2009.

_____. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. O processo licitatório das parcerias público-privadas (PPP) na Lei 11.079/2004. Parte 3: Licitações e Lei de Responsabilidade Fiscal. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PINHEIRO NETO ADVOGADOS (Coord.). *Cartilha parcerias público-privadas – PPPs*. Conselho Empresarial Brasil-China. [200-]. Disponível em:< <http://www.cebc.org.br>>. Acesso em: 04 jan. 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar. *As Reformas Estruturais. Privatização no Brasil: Por quê? Até onde? Até quando?*. 1999. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro/eco90_05.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição dos riscos nas parcerias público-privadas. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v.13, n. 25, 2006.

PORTO NETO, Benedicto Pereira; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. Contratos celebrados pela Administração Pública – ampliação do papel do acordo de vontades entre as partes. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, Doutrina - 125/180/FEV/2009. p.125-131. Disponível em: <<http://www.zenite.com.br>>. Acesso em: 02 mar.2009.

PUCEIRO, Zuleta. O processo de globalização e a reforma do Estado. In: FARIA, José Eduardo (org.) *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros. 1998.

REALE, Miguel. *Um artigo-chave do Código Civil*. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2008.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Risco e assimetria informacional nas relações empresariais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, a. 6, n. 24, p. 173-200, out./dez., 2008.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). *Lei nº 12.234, de 13 de janeiro de 2005*. Dispõe sobre normas para licitação e contratação de parcerias público-privadas, institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Rio Grande do Sul – PPP/RS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.investimentos.ppp.rs.gov.br/uploads/1211898798Lei_12234_05.pdf>. Acesso em: 15 maio 2009.

_____. *Lei nº 11.440, de 18 de janeiro de 2000*. Cria o Certificado Responsabilidade Social - RS - para empresas estabelecidas no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/resp_social/legislacao/id2078.htm>. Acesso em: 15 maio 2009.

SENNA, Luiz Afonso dos Santos; MICHEL, Fernando Dutra. *Rodovias auto-sustentadas: um desafio do século XXI*. São Paulo: cia, 2007.

SILVA, Fernando Antonio Rezende da; CUNHA, Armando Santos Moreira de. (Coord). *Disciplina fiscal e qualidade do gasto público. Fundamentos da reforma orçamentária*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

SILVA, Mario Cesar da. Parcerias Público-Privadas: as realidades de um sonho. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 534, 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6087>>. Acesso em: 19 jan. 2009.

SOARES, Ricardo Pereira; CAMPOS NETO, Carlos Alavares da Silva. *Considerações sobre o projeto de Lei de parceria público-privada (PPP) em face da experiência recente no Brasil. Texto para Discussão nº 1010*. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. IPEA. Brasília, mar. 2004. Disponível no site: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/2004/td_1010.pdf>. Acesso em: 04 jan.2009.

SOUSA, Luiz Gonzaga de. *Ensaio de Economia*. 2003. Disponível em: <<http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/lgs-ens/lgs-ens.htm>>. Acesso em: 15 maio 2009.

SOUZA JR., Lauro Gama e. *Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (A construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado)*. 2005. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 14 jun. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In:_____ *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, out./dez. 1995.

TARTUCE, Flávio. A realidade contratual à luz do novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 190, 12 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4389>>. Acesso em: 14 abr. 2009.

THE CANADIAN COUNCIL FOR PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS. *Definitions*. [200-]. Disponível em:< http://www.pppcouncil.ca/aboutPPP_definition.asp>. Acesso em: 22 fev.2009.

TOLEDO Jr., Flávio C.; ROSSI, Sérgio Ciqueira. *Lei de Responsabilidade Fiscal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: NDJ, 2001.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública*. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

VALLE, Vanice Lírio do. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Responsabilidade fiscal e parcerias público-privadas: o significado das diretrizes contidas no artigo 4º da Lei nº 11.079/2004. *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF*, Curitiba, a. IV. n. 45. p. 854-864. abr. 2004/2005.

ZYMLER, Benjamin. As licitações no âmbito das parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WALD, Arnold. As novas tendências do Direito Administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n.7, p. 546-555, jul. 2003.

KARABOLAD, Natalia. Os caminhos e desafios para a governança global e a responsabilidade socioambiental como ferramenta à sustentabilidade. In: _____ et al. *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Peirópolis, v.6, 2006.

KNIGHT, Frank Hyneman. *Risk, Uncertainty and Profit*. Cosimo, Inc. 2005