

## **AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO DIREITO ESTRANGEIRO E NO DIREITO BRASILEIRO**

**Aluno: Bolsista Máira de Sá Coutinho**  
**Orientador: Professor Manoel Messias Peixinho**

### **Introdução**

A análise do direito estrangeiro foi realizada com o objetivo de identificar e estudar o instituto da modalidade contratual de parceria público-privada surgida no Reino Unido. Esta modalidade de contratação seguia o modelo da concessão clássica, em que a iniciativa privada era chamada a construir e prestar serviço público e utiliza um estabelecimento público por prazo determinado e, ao final, revertia o referido bem e as benfeitorias ao Estado. Porém, no caso do não pagamento pelos usuários dos serviços auferidos, cabia ao Poder Público assegurar os gastos prestados pelo parceiro privado. Foi analisado o surgimento da modalidade no ordenamento jurídico pátrio e identificadas as diferenças e semelhanças com os ordenamentos dos demais países e, para tanto, houve uma avaliação das modalidades de Contratos Administrativos com o objetivo de estabelecer relação entre os dois institutos e sendo cotejadas suas disparidades e similitudes.

### **Características das parcerias público-privadas**

As parcerias público-privadas têm a natureza jurídica de contrato administrativo, mais especificamente, contrato de concessão para a prestação de serviço público ou de utilidade pública. O objeto das parcerias visa, prioritariamente, o financiamento de obras de infraestrutura e outros empreendimentos que exigem a alocação de grandes recursos e significativos investimentos, não tendo o Estado como arcá-los sozinho. Daí é que surge o interesse de incentivar a implementação de parcerias público-privadas em razão da existência de mútuo interesse: o Estado de ingressar com parte dos recursos e o particular também com parte dos recursos e ambos assumem os riscos e os ganhos do empreendimento, uma vez que o Estado isoladamente não teria recursos e a iniciativa privada, por vez não, não conseguiria arcar com os custos do empreendimento somente auferindo a remuneração das tarifas pagas pelos usuários.

### **CARATERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

O contrato administrativo é um pacto firmado entre Estado e particular e tem por objetivo a prestação de interesse público ou de utilidade pública, com o fim de satisfazer o interesse da coletividade. Os deveres e as obrigações dos pactuantes são regidos pelo direito público. Este instituto assume diversas modalidades como o contrato de empreitada, contrato de serviços.

### **Modalidades das parcerias público-privadas**

As parcerias público-privadas se caracterizam por ser espécie de contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. Nos termos do art. 2º da Lei

11.079/2004, “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”. De acordo com o parágrafo primeiro, “concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado”. O parágrafo segundo dispõe que “concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”, mediante contraprestação do parceiro público.

### **Concessão patrocinada**

A concessão patrocinada é a modalidade de concessão de serviço público sujeita a regime jurídico parcialmente diverso da concessão de serviço público comum disciplinado pela Lei 8.987/95, pois a Lei 11.079 dispõe, seu art. 3º, parágrafo 1º, a sujeição à contraprestação pecuniária. É possível definir concessão patrocinada como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao privado.

Na concessão patrocinada, os serviços são fruídos diretamente pelos particulares, através de tarifas, mas com adição de contraprestação pecuniária provida pelo próprio Poder Público. Já a concessão administrativa o próprio Poder Público goza de forma direta ou indireta do serviço prestado e arca com sua remuneração a título de contraprestação. As parcerias público-privadas se inserem num contexto de experiências internacionais. São três as razões que motivaram o crescimento das PPP's: a busca de eficiência, as melhoras proporcionadas na gestão de recursos e a gestão do risco.

Porém, a implantação das parcerias apresenta alguns problemas que devem ser solucionados, a saber: ausência de comprometimento por parte do governo em honrar contratos muitas vezes duradouros ou a utilização das parcerias como pretexto para que o Estado se exonere de compromissos que prioritariamente seriam dele por imposição legal. A legislação vigente impõe certos parâmetros para a utilização da modalidade das PPP's, pois limita os projetos a valores superiores a R\$20 milhões, não podendo o Estado gastar com as parcerias mais do que 1% da sua receita atual e a iniciativa privada tem que contribuir com 20% de recursos próprios e a existência de um Fundo que garanta que o Estado honrará com sua obrigação.

### **Concessão administrativa**

Na concessão administrativa prevista no art. 2º, parágrafo 2º o objeto do contrato é a prestação de serviço (atividade material prestada à Administração e que não tem as características de serviço público) que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, podendo ou não abranger a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens, ao contrário da concessão patrocinada que tem por objeto a execução de serviço público. Na concessão administrativa, o concessionário assume apenas a execução material de uma atividade prestada à Administração Pública, porém esta é que detêm a gestão de serviço

Há uma aproximação conceitual entre a concessão administrativa e empreitada, entretanto não é possível identificar inteiramente as duas: (a) na concessão administrativa o parceiro privado sujeitar-se-á às normas da Lei nº 8.987 e da Lei nº 9.074, enquanto na empreitada aplica-se a Lei nº 8.666. (b) Outros dispositivos levam ao entendimento de que a concessão administrativa terá ou poderá ter por objeto a prestação de serviço público, até porque a Lei veda concessão patrocinada ou administrativa sem ser seguida de prestação de serviço público, art. 2º, parágrafo 4º, inciso III. Essa idéia é reforçada pelo fato de que vários

dispositivos legais referentes à concessão de serviço público serão aplicados à concessão administrativa. Além de alguns dispositivos da Lei n° 8.987, a saber: (a) Que se referem ao contrato (arts. 21 e 23); (b) responsabilidade da concessionária perante o poder concedente, os usuários e os terceiros (art. 25); (c) subcontratação, art. 25, parágrafos 1° a 3°; (d) transferência da concessão, art. 27; (e) encargos do poder concedente art. 29; (f) encargos da concessionária, art. 31; (g) intervenção, arts. 32 a 34; (h) extinção, encampação, caducidade, rescisão, anulação, falência ou extinção da empresa, o falecimento ou incapacidade do titular, (arts. 32 a 39); (i) reversão, (art. 36).

Por isso, o conceito do art. 2° gera confusão, já que alguns destes dispositivos pressupõem a gestão do serviço pelo concessionário. É evidente que em um contrato de empreitada que tenha por objeto a simples execução material de uma atividade não se justificam poderes como esses previstos. Diante disso pode –se dizer que os dispositivos citados da lei 11.079 desmentem o entendimento que trás o art. 2° de que a concessão administrativa tem por objeto a prestação de serviços.

A interpretação sistemática da lei 11.079 aponta dois objetos da concessão administrativa tanto pode ter por objeto: (1) A execução material de atividade e (2) a gestão de serviço público.

Conclui-se, pois, que a concessão administrativa constitui-se em um misto de empreitada (porque o serviço é remunerado pela Administração Pública) e de concessão de serviço público (porque o serviço prestado está sujeito a algumas normas da Lei 8.987).

A forma de remuneração, na concessão administrativa, é fundamentalmente a contraprestação paga pela Administração, por uma das formas previstas no art. 6° da Lei 11.079 e não há impedimento que para que o concessionário receba recursos de outras fontes de receitas complementares, acessórias, alternativas ou decorrentes de projetos associados. Porém, o que não existe é a cobrança de tarifa do usuário.

### **Compartilhamento de ganhos econômicos**

Nas parcerias público-privadas, a lei 11.079 prevê que “o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado.” Isso ocorre porque o poder público poderá oferecer garantias ao financiador do projeto, reduzindo os riscos do empreendimento e possibilitando um maior lucro ao parceiro privado, que ira ser compartilhado com o poder público.

#### **O Fundo Garantidor de Parcerias Público Privadas**

A lei 11.079 prevê “que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata essa Lei”, ela limita-se a dar características e autorizar a União, autarquias e fundações públicas a participar no limite global de 6 bilhões de reais, com base no art. 1° temos a interpretação de que cada pessoa jurídica contribuirá com cotas. Pode a integralização destas cotas ser realizada na forma do art. 16° parágrafo 4°, ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.

#### **Objetivos**

O presente trabalho tem os seguintes objetivos principais. (a) Aprimorar os estudos das parcerias público-privadas no Direito Comparado para identificar os contributos das PPP's em países estrangeiros, a exemplo de Inglaterra, Portugal e Estados Unidos da América. (b) Identificar as motivações jurídicas e políticas que levaram a implantação das PPP's nos ordenamentos jurídicos estrangeiros e brasileiro. (c) Realizar um estudo

comparativo dos dispositivos da lei 11.079/2004 (Lei das Parcerias público-privadas) com as leis 8.987/1995, 9.074/1995 e 8.666/1993, aferindo os dispositivos destes três diplomas legais com as novas disposições da lei 11.079/2004. (d) Avaliar as repercussões da implantação das parcerias público-privadas nos direitos fundamentais, uma vez que no Brasil estas implantações visam a investir em setores da economia considerados fundamentais para a concretização de políticas públicas, tais como saneamento básico e transporte, dentre outros serviços públicos, o que proporciona ao cidadão acessos mais amplos, com custos baixos e eficientes. (e) Sistematização dos principais aspectos teóricos que possam contribuir para o aperfeiçoamento da legislação brasileira.

### **Metodologia**

O estudo comparativo abrange, também, de forma complementar, os contributos da doutrina estrangeira nos países que têm experiência de implantação das parcerias público-privadas, a exemplo de Inglaterra, Portugal, Estados Unidos da América, Chile, França, Canadá, Irlanda, Espanha, Itália e Alemanha e suas contribuições para o direito brasileiro.

A metodologia utilizada baseia-se no estudo comparativo dos dispositivos da Lei nº. 11.079/04 com as leis nº. 8.987/95, nº. 9.074/95 e nº. 8.666/93, cotejando os dispositivos destes três diplomas legais com as novas disposições da lei nº. 11.079.

Analisando as experiências internacionais, pode-se verificar que em cada país esses institutos apresentam-se de formas diferenciadas, com peculiaridades, não seguem uma única lógica, se adaptam as necessidades de cada cultura. E de acordo, com certas experiências, notadamente a francesa que inspirou implantação desses institutos no Brasil, serviram ao fim de moldar sua execução no sistema nacional.

### **Conclusões**

A análise comparativa permite identificar os diferentes fatores que justificam a implementação dessa nova forma de contratação pública. Além disso, o estudo das experiências de cada sistema jurídico permite a identificação das vantagens e dos problemas proporcionados pela adoção das parcerias público-privadas. Estas inovaram no direito público brasileiro, especificamente no Direito Administrativo, em razão da alteração na sistemática tradicional que envolve o denominado risco do empreendimento existente nos contratos de concessão. A transferência do risco do setor público para o setor privado é uma característica fundamental da PPP, sendo normalmente considerada a justificativa principal para o custo do financiamento. Logo, os componentes fundamentais para o sucesso das PPP's são: (a) a participação efetiva dos envolvidos na parceria – comunidade, sindicato de trabalhadores, governo, agências de fomento com expertise e parceiro privado; (b) criação de mecanismos legais capazes de garantir o futuro cumprimento do contrato, coibindo abusos por parte do parceiro privado, mas também da Administração Pública.

Assim como no estudo dos contratos administrativos, em que suas diferenças caracterizam sua existência em cada país, e as experiências servem para estabelecer parâmetros para os países como o Brasil, que incorporam recentemente ao seus ordenamentos jurídicos tais contratos de parcerias com o ânimo de questionar o que é estabelecido para que progressivamente se construa aplicação mais adequada, baseado nas experiências estrangeiras.

### **Referências**

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas: PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XVII. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 51-90.
- BARBOSA, Joaquim Simões. Arbitragem nos Contratos Administrativos: Panorama de uma Discussão a ser Resolvida. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Org.). Arbitragem Interna e Internacional: Questões de Doutrina e da Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.  
BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas: PPPs e a Constituição. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XVII. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 90-108.

\_\_\_\_\_. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: Revista de Direito Administrativo. vol. 239. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2005. p. 01-31.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Financiamento de Proyectos de Infraestructura: Financiamento corporativo, project finance y participación público-privada (PPP). In: Conferencia sobre Financiamento de la Infraestructura, 35ª Reunión Ordinaria de la Asamblea General de ALIDE – Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el Desarrollo. Rio de Janeiro, jun. 2005.

CÂMARA, Jacintho Arruda. A Experiência Brasileira nas Concessões de Serviço Público e as Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 16ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

\_\_\_\_\_. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1996.

FERREIRA, Eduardo Paz; REBELO, Marta. O Novo Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas em Portugal: Revista de Direito Público da Economia, ano 1, nº 04. Belo Horizonte, out./dez. 2003.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. Observância dos Limites Constitucionais Formais na edição da Lei nº 11.079/04.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. Por um Conceito Geral de “PPP.”

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 351.

FONTE, Felipe de Melo. Parcerias Público-Privadas e o novo Direito Administrativo. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5970>>. Acesso em maio/2005.

FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPP's): Características, Regulação e Princípios: Revista Bimestral de Direito Público, ano 06, nº 29. Porto Alegre: Editora Notadez, jan./fev. de 2005.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 4ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas: Art. 8º da Lei 11.079/04. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/pecas/texto.asp?id=615>>. Acesso em maio/2005.

HARRIS, Stephen. Public Private Partnerships: Delivering Better Infrastructure Services. Working paper for the Inter-American Development Bank, Washington, D.C.. In: International Financial Services London. Disponível em <<http://www.ifsl.org.up>>. Acesso em out./2005.

INTERNATIONAL FINANCIAL SERVICES LONDON. Public Private Partnerships: UK Expertise for International Markets. In: International Financial Services London, dez./2002. Disponível em <<http://www.ifsl.org.up>>. Acesso em nov./2005.

INTERNATIONAL FINANCIAL SERVICES LONDON. PFI in the UK: Progress and Performance. PPP Brief. In: International Financial Services London, dez./2003. <Disponível em <http://www.ifsl.org.up>>. Acesso em nov./2005.

JR., Lauro da Gama e Souza. 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.

In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Renovar, v. 241, jul./set. 2005. p. 291-328.

LOPES, Pedro Câmara Raposo. Anotações Preliminares à Lei nº 11079/2004 – Parceria Público-Privada.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo, v. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1969.

MILESKI, Helio Saul. Parcerias Público-Privadas: Fundamentos, Aplicação e Alcance da Lei, Elementos Definidores, Princípios, Regras Específicas para Licitações e Contratos, Aspectos Controvertidos, Controle e Perspectivas de Aplicação da Lei nº 11.079 de 30.12.2004: Revista Bimestral de Direito Público, ano 06, nº 29. Porto Alegre: Editora Notadez, jan./fev. de 2005.

NESTER, Alexandre Wagner. O Risco do Empreendimento nas Parcerias Público-Privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Org.). Parcerias Público-Privadas: um Enfoque Multidisciplinar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 174-192.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. O Futuro das Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XVII. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 3-22.

\_\_\_\_\_. Arbitragem nos Contratos Administrativos: Revista de Direito Administrativo. v. 209. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1997. p. 81-90.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Administrativo. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

NETO, Newton Lima. As Parcerias Público-Privadas no Brasil. Perspectivas de Investimentos para os entes federados.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. As Parcerias Público-Privadas e o Financiamento das Infra-estruturas: Fórum de Contratação e Gestão Pública. nº 29. Belo Horizonte: Editora Fórum, maio/2004. p. xx-xx.

NÓBREGA, Airton Rocha. Parcerias Público Privadas no Distrito Federal: Revista de Direito e Administração Pública. nº 75. Brasília: Editora Consulex, set./2004. p. 16-20.

\_\_\_\_\_. Parcerias Público-Privadas: Mais uma Inútil Proposição Legislativa?: Revista de Direito e Administração Pública. nº 72. Brasília: Editora Consulex, junho/2004. p. 36-38.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

PINTO, José Emilio Nunes. As Parcerias entre o Setor Público e o Setor Privado. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3839>>. Acesso em maio/2005.

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas: Revista do BNDES, nº 25. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, junho de 2006.

POLTRONIERI, Renato. Parcerias Público-Privadas e a Atuação Administrativa: Reflexões sobre a Instituição de Parcerias entre a Administração Pública e o Setor Privado e os Contratos Administrativos Aplicáveis a esta Forma Especial de Concessão de Serviço Público. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

ROCHA, João Luiz Coelho da. As Parcerias Público-Privadas: Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro. vol. 134, abril/2004. p. 130-137.

SAVELLI, Alfredo Mario. Subsídios para a Implementação de Parceria Público Privada (PPP): Operações Urbanas em São Paulo. São Paulo, 2003. xx p. Tese de mestrado apresentada na Universidade de São Paulo.

SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. Mecanismos de Atuação Estatal: As Parcerias Público-Privadas (PPP's): Revista Brasileira de Direito Público. nº 06. Belo Horizonte: Editora Fórum, jul./set. 2004. p. xx-xx.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo das Parcerias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. Parcerias Público-Privadas: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XVII. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 23-50.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Arbitragem nos Contratos Administrativos: Panorama de uma Discussão a ser Resolvida. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Org.). Arbitragem Interna e Internacional: Questões de Doutrina e da Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

VALLE, Vanice Lírio do. Parcerias Público-Privadas e Responsabilidade Fiscal: Uma Conciliação Possível. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005.

SHAFFER, Gregory C. Defending Interests Public-Private Partnerships in WTO Litigation. Washington, D.C.: Brookings Institution Press.

ROSENAU, Pauline Vaillancourt. Public Private Policy Partnerships. Massachusetts: The MIT Press Massachusetts Institute of Technology Cambridge.

ZYMLER, Benjamin. As Licitações no âmbito das Parcerias Público-Privadas. Fórum Administrativo – Direito Público. Ano 5, n.º 47, Belo Horizonte, janeiro. 2005.