

CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: INSTRUMENTOS PARA VIABILIZAÇÃO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

Lívia Maria Oliveira Maier

No direito positivo brasileiro, a concessão de serviço público encontra fundamento no art. 175 da Constituição Federal, segundo o qual *“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”*. Referido dispositivo encontra-se regulamentado pelas Leis nº 8.987/1995 e nº 9.074/1995.

Di Pietro define a concessão de serviço público como

[...] o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço (DI PIETRO, 2010, p. 294).

Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho classifica as concessões de serviços públicos em: a) concessões comuns, reguladas pela Lei nº 8.987/1995; e b) concessões especiais, disciplinadas pela Lei nº 11.079/2004 (parcerias público-privadas). As concessões comuns, por sua vez, subdividem-se em concessões de serviços públicos simples e concessões de serviços públicos precedidas de execução de obra pública, enquanto as concessões especiais subdividem-se em concessões patrocinadas e concessões administrativas (CARVALHO FILHO, 2012, p. 364).

O autor destaca que o objeto mediato da concessão corresponde à *“vontade administrativa de gerir, de forma descentralizada, determinado serviço público, calcada na necessidade de agilizar a atividade, de conferir maior celeridade na execução e de melhor atender aos indivíduos que a solicitam”* (CARVALHO FILHO, 2012, p. 367).

Por sua vez, o objeto imediato corresponde à execução de determinada atividade caracterizada como **serviço público**, a ser desfrutada

pela coletividade, cujo conceito é trazido por Celso Antônio Bandeira de Mello nos seguintes termos:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo (MELLO, 2005, p. 628).

Os requisitos necessários à prestação de serviços públicos sob regime de concessão, consoante Lucas Rocha Furtado, são os seguintes:

1. deve tratar-se de serviço privativo do Estado, definido na Constituição Federal ou em lei como serviço público;
2. o serviço a ser delegado deve admitir a sua exploração em caráter empresarial, em que as receitas auferidas pelo concessionário sejam suficientes para cobrir as despesas necessárias à prestação do serviço;
3. o serviço deve ser prestado à população, sendo o concessionário remunerado pelo usuário por meio do pagamento de tarifa;
4. deve-se tratar de serviço *uti singuli*; e
5. a existência de lei específica ou de dispositivo constitucional que autorize a delegação do serviço à concessionária (FURTADO, 2007, p. 294).

Destarte, são insuscetíveis de concessão os serviços públicos não privativos do Estado, cuja prestação é constitucionalmente facultada aos particulares – a exemplo dos serviços de saúde, de educação, de previdência social e de assistência social – bem como os serviços públicos “*uti universi*”, os quais, pelo seu caráter de indivisibilidade, são prestados pelo Estado sem oferecimento de vantagens fruíveis individualmente pelos usuários, impossibilitando a cobrança de tarifa (MAZZA, 2012, p. 9).

As concessões de serviços públicos simples diferem das concessões de serviços públicos precedidas de execução de obra pública porque envolvem apenas a delegação da prestação do serviço, enquanto esta pressupõe a execução prévia de uma obra pública que será futuramente explorada pelo concessionário, mediante cobrança de tarifa.

No entanto, o regime jurídico das concessões comuns somente pode ser utilizado quando as receitas oriundas da exploração do serviço público concedido, decorrentes basicamente das tarifas pagas pelos usuários, são suficientes para remunerar o concessionário pela sua prestação.

Não obstante, existem diversos projetos de infraestrutura que, apesar de não serem autossustentáveis, possuem inegável relevância social e apresentam grandes externalidades positivas, “*porque seu retorno econômico e social excede a receita que as empresas privadas podem extrair deles diretamente*” (PINTO, 2005, p. 4).

Com o objetivo de solucionar esse entrave, e dando prosseguimento ao processo de desestatização da prestação dos serviços públicos, foi editada a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu os contratos de parcerias público-privadas (PPPs), largamente utilizados em países como Inglaterra, Alemanha, Japão, Portugal, Espanha e Chile.

Seus objetivos principais são a viabilização do pagamento de contraprestação pela Administração Pública nos contratos de concessão de serviço público que não são capazes de se sustentar financeiramente apenas com a tarifa dos usuários, e a utilização da estrutura econômica das concessões para a contratação de serviços antes submetidos ao regime contratual da Lei nº 8.666/1993 (RIBEIRO e PRADO, 2007, p. 46).

A Lei nº 11.079/2004 define parceria público-privada como “*contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa*” (art. 2º). A concessão patrocinada tem por objeto a concessão de serviço público ou de obra pública, distinguindo-se da concessão comum pelo pagamento de contraprestação pecuniária pelo Estado, adicionalmente à tarifa cobrada do usuário do serviço.

Por sua vez, a concessão administrativa tem por objeto a prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, remunerada integralmente por meio de contraprestação pública.

Os contratos de PPP diferem dos demais contratos administrativos pelas seguintes características:

- envolvem contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, cujo pagamento encontra-se vinculado à disponibilização de parcela fruível do serviço objeto do contrato (art. 7º);
- o objeto do contrato deve corresponder à prestação de serviço, sendo vedada a utilização de PPP com objetivo único de fornecimento de mão-de-obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública (art. 2º, §4º);
- compartilhamento de riscos e de ganhos econômicos entre os parceiros público e privado (art. 5º, III e IX);
- oferecimento de garantias pelo parceiro público (art. 8º);
- o prazo de vigência do contrato não pode ser inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluída eventual prorrogação (art. 5º, I);
- vedação de celebração de contrato com valor inferior a R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) – art. 2º, § 4º;
- obrigatoriedade de constituição de sociedade de propósito específico para implantar e gerir o objeto da parceria (art. 9º);
- possibilidade de aplicação de penalidades à Administração Pública em caso de inadimplemento (art. 5º, VI), dentre outros.

Outrossim, o art. 4º da Lei nº 11.079/2004 define as seguintes diretrizes para a contratação de parcerias público-privadas:

Art. 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.

De acordo com Marcos Barbosa Pinto, as funções principais das PPPs são a canalização de recursos privados para investimentos em infraestrutura essenciais para o desenvolvimento do país, além de aumentar a eficiência estatal na prestação de serviços públicos (PINTO, 2005, p. 2).

Segundo o autor, esse aumento de eficiência não decorre da mera delegação do serviço aos particulares, mas da própria estrutura contratual das PPPs, que permite a transferência ao setor privado de tarefas e riscos que este pode executar ou gerenciar a um custo mais baixo, “*incentivando a redução de custos a longo prazo, sem perda de qualidade na prestação do serviço*” (PINTO, 2005, p. 5).

Isso ocorre porque as PPPs vinculam a remuneração do parceiro privado à disponibilização e à qualidade dos serviços prestados, por meio da fixação de metas e padrões de desempenho e mecanismos de remuneração variável, e não à realização da obra em si.

[...] Fica a cargo do particular executar a obra da forma que entender mais eficiente. O parceiro privado procurará, obviamente, formular um projeto, realizar a obra e executar os serviços ao custo mais baixo possível. Porém, atentará sempre para as metas de qualidade e segurança previstas no contrato, pois se estas não forem atingidas, sua remuneração será comprometida (PINTO, 2005, p. 7).

Nesse contexto, a Lei nº 11.079/2004 prevê a repartição objetiva de riscos como uma das diretrizes para a contratação de parceria público-privada (art. 4º, VI), que deverá ser contemplada como cláusula obrigatória no respectivo contrato, inclusive os riscos referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea extraordinária (art. 5º, III), usualmente suportados de forma integral pelo Poder Público nas demais espécies de contratação.

Todavia, as estimativas de eficiência com a utilização das parcerias público-privadas devem levar obrigatoriamente em consideração dois custos relevantes em contratos de PPP:

1) custos de transação, incorridos na preparação e licitação de cada projeto, que podem girar em torno de R\$ 4 milhões, e correspondem à “*obtenção*

pele Poder Público e pelos potenciais parceiros privados das expertises necessárias à avaliação e modelagem técnica, econômico-financeira e jurídica do negócio”, além dos custos administrativos envolvidos na realização da licitação (RIBEIRO e PRADO, 2007, p. 75-76); e

2) custos de agência, envolvidos no gerenciamento dos contratos, que correspondem às despesas que o Estado incorre para fiscalizar as atividades do parceiro privado, e em contrapartida, os custos deste parceiro privado para se adequar às exigências de fiscalização, além das perdas sofridas por eventuais atos oportunistas do parceiro privado (PINTO, 2005, p. 10).

Por esta razão, a Lei nº 11.079/2004 estabeleceu o valor mínimo de R\$20 milhões para a contratação de PPPs (art. 2º, § 4º, inciso I), bem como condicionou em seu art. 10 a abertura do processo licitatório à *“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;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

Em face das questões expostas, Ribeiro e Prado ressaltam que *“a eficiência é a razão principal para a contratação das PPPs”*:

[...] Na verdade, a contratação das PPPs só se justifica quando os ganhos globais de eficiência esperados a partir dessa formatação contratual superem os custos a serem incorridos na sua estruturação e no acompanhamento, fiscalização e regulação do contrato. Por isso, decidido que um dado projeto é prioritário para o país, o passo seguinte deve ser verificar a conveniência e oportunidade de sua realização sob a forma de PPP. A verificação disso deve ser feita tanto qualitativa quanto quantitativamente. Algumas vantagens da contratação das PPPs dificilmente podem ser reduzidas a números, senão por

meio de levantamentos intrincados ou, mesmo, impossíveis de se fazer (RIBEIRO e PRADO, 2007, p. 88-89).

No entanto, os autores ponderam que a realização dessa comparação quantitativa abrangente das vantagens/desvantagens da PPP pressupõe a existência “*de base de dados que permita à Administração acompanhar os custos de implementação dos projetos, separados por forma de implementação e alocados por projeto – o que, no Brasil, é raro*”.

No Brasil, na maioria das vezes, diante das vicissitudes acima narradas, o possível será elaborar uma avaliação que, do ponto de vista quantitativo, permita estimar os custos de implementação do projeto por parceiro privado (incluindo os custos financeiros) e as eventuais receitas a serem geradas e, do ponto de vista qualitativo, considere outros aspectos, como, por exemplo: a estabilidade do marco regulatório do setor em que se pretende implementar a PPP; a estabilidade do cenário macroeconômico, que permita fazer previsões de mais longo prazo; a conveniência, possibilidade e custos de transferir determinados riscos para o parceiro privado; a conveniência do ponto de vista das questões ambientais; a possibilidade de estabelecer especificações contratuais e indicadores de desempenho estáveis ao longo do contrato, que possam ser mensurados de maneira fácil e objetiva; a capacidade do setor privado se prestar o serviço objeto da concessão; etc. (RIBEIRO e PRADO, 2007, p. 92).

Nesse contexto, ressaltam que o que definitivamente não pode ocorrer é a paralisia na implementação dos projetos em razão da “*suposta necessidade de novas análises*”, devendo-se promovê-los com os mecanismos de análise atualmente disponíveis, a fim de fazer face à grave deficiência de infraestrutura que inibe a taxa de crescimento do país (RIBEIRO e PRADO, 2007, p. 92-93).

Além da eficiência, Lucas Rocha Furtado destaca que a “desorçamentação” constitui uma característica marcante das PPPs, em razão das fortes restrições orçamentárias impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000). Este termo corresponde à possibilidade de início da execução do contrato de PPP sem que haja recursos orçamentários disponíveis no momento da contratação, uma vez que a contraprestação apenas será paga quando o serviço, ou parcela fruível deste, for efetivamente disponibilizado pelo parceiro privado, ao qual compete alavancar os recursos necessários à realização do empreendimento (FURTADO, 2007, p. 605).

Não obstante, a contratação da PPP exige cuidado no comprometimento do Estado com encargos futuros, uma vez que se tratam de contratos de longo prazo, razão pela qual a abertura do processo licitatório encontra-se condicionada aos seguintes requisitos orçamentários e financeiros:

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

[...]

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;

Outrossim, o art. 22 prevê que *“a União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subseqüentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios”*.

No que concerne aos Estados, Distrito Federal e Municípios, o art. 28 veda a concessão de garantia ou realização de transferências voluntárias *“se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios”*.

Todos esses dispositivos visam a assegurar o cumprimento das seguintes diretrizes previstas nos incisos IV e VII do art. 4º: responsabilidade

fiscal na celebração e execução das parcerias e sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Neste sentido, Paulo Modesto adverte:

A aplicação das PPPs deve ser a última opção do Poder Público, quando inexistentes os recursos necessários para implantação de serviços e obras fundamentais para o país e for inviável a transferência para o parceiro privado do risco econômico de empreendimentos de interesse público. Se não for assim, serviços auto-sustentáveis serão contratados pelo modelo das PPPs, para melhor conforto dos capitais privados, enquanto demandas sociais sem auto-sustentação continuarão esquecidas no quadro das prioridades públicas (MODESTO, 2007, p. 485).

Depreende-se, portanto, que a contratação das parcerias público-privadas constitui-se em importante instrumento para viabilização de projetos de infraestrutura essenciais para o desenvolvimento socioeconômico do país, porém exigem um cuidadoso planejamento do Poder Público, em virtude do elevado comprometimento de recursos públicos a longo prazo.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 364.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 294.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 294.

Ibidem, p. 367.

MAZZA, Alexandre. **Contrato de Concessão**. Material da 2ª aula da Disciplina “Parcerias Administrativas”, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Administrativo – Universidade Anhanguera – UNIDERP – REDE LFG, 2012, p. 3.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 668.

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, 2007, p. 485.

PINTO, Marcos Barbosa. A função econômica das PPP's. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da

Bahia, nº 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 23.01.2013, p. 4.

RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro . **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público--Privada: fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 46.