

**Floriano de Azevedo Marques Neto**  
**Vitor Rhein Schirato**  
Coordenadores

# **ESTUDOS SOBRE A LEI DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**



**ef** Editora Fórum

Esta obra tem como objetivo apresentar alguns dos pontos mais relevantes e inovadores da Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004) a partir de uma abordagem bastante prática. Estruturada a partir de curso sobre o tema das PPP no Brasil, esta obra apresenta, de forma didática, quais as maiores inovações incorporadas ao Direito brasileiro pela Lei das PPP e quais os maiores desafios a serem vencidos na sua aplicação. Tudo calcado na experiência empírica vivida pelos autores no exercício de suas atividades profissionais e acadêmicas com relação à aplicação da Lei das PPP, com a finalidade de apresentar ao leitor os aspectos que deverão ser objeto de maior atenção na análise e na aplicação da Lei das PPP.

## SUMÁRIO

Fundamentos e Conceituação das PPP  
*Floriano de Azevedo Marques Neto*

As PPPs e as Concessões Administrativas  
*Alexandre Santos de Aragão*

Condições Prévias para a Licitação de uma PPP  
*Lucas Navarro Prado*

Licitação na Lei nº 11.079/04  
*Danilo Tavares da Silva*

PPP – Execução dos Contratos: Aspectos Gerais  
*Fernando Dias Menezes de Almeida*

As Formas de Pagamento da Contraprestação Pública  
*Floriano de Azevedo Marques Neto, Vitor Rhein Schirato*

Os Sistemas de Garantia nas Parcerias Público-Privadas  
*Vitor Rhein Schirato*

A Extinção do Contrato de Parceria Público-Privada  
*Bernardo Strobel Guimarães*

ISBN 978-85-7700-385-3



9 788577 003853

[www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)

CÓDIGO: 10000018

© 2011 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

#### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
André Ramos Tavares	Gustavo Justino de Oliveira
Carlos Ayres Brito	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Mário da Silva Velloso	José Nilo de Castro
Carlos Pinto Coelho Motta	Juarez Freitas
Cármen Lúcia Antunes Rocha	Lúcia Valle Figueiredo ( <i>in memoriam</i> )
Clovis Beznos	Luciano Ferraz
Cristiana Fortini	Lúcio Delfino
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Márcio Cammarosano
Egon Bockmann Moreira	Maria Sylvania Zanella Di Pietro
Emerson Gabardo	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Fabício Motta	Paulo Modesto
Fernando Rossi	Romeu Felipe Bacellar Filho
Flávio Henrique Unes Pereira	Sérgio Guerra



Luis Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa  
Revisão: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Bibliotecários: Ricardo Neto – CRB 2752 – 6ª Região  
Tatiana Augusta Duarte – CRB 2842 – 6ª Região  
Indexação: Fernanda de Paula Moreira – CRB 2629 – 6ª Região  
Projeto gráfico: Walter Santos  
Capa e formatação: Derval Braga  
Imagens da capa: Stock.XCHNG

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª/16ª andares – Funcionários – CEP 30130-007  
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949  
[www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br) – [editoraforum@editoraforum.com.br](mailto:editoraforum@editoraforum.com.br)

E82 Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas / Coordenadores: Florianio de Azevedo Marques Neto; Vitor Rhein Schirato. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

228 p.  
ISBN 978-85-7700-385-3

1. Direito administrativo. 2. Direito econômico. 3. Direito civil. I. Marques Neto, Florianio de Azevedo. II. Schirato, Vitor Rhein.

CDD: 341.3  
CDU: 342.9

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARQUES NETO, Florianio de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 228 p. ISBN 978-85-7700-385-3.

APRESENTAÇÃO  
Florianio de Azevedo

FUNDAMENTOS  
Florianio de Azevedo

AS PPPs E A  
Alexandre Sant'Anna

- 1 As parcerias
- 2 As concessões
- 3 As concessões de atividades
- 4 Conclusão

CONDIÇÕES DE  
Lucas Navarro I

Introdução .....

- 1 Condições relativas à
- 2 Condições de estudo de PPP .....
- 2.1 Os aspectos relativos ao valor econômico existentes
- 2.2 Se houver a parcela c
- 2.2.1 O valor econômico incluído? ..
- 2.2.2 Advertências
- 2.2.3 Não incluído no cálculo
- 2.2.4 As despesas dependentes da RCL .....
- 2.3 A exigência de licenciamento
- 2.4 A previsão de conclusão

# FUNDAMENTOS E CONCEITUAÇÃO DAS PPP

Floriano de Azevedo Marques Neto

1 Discutir as parcerias entre o poder público e a iniciativa privada para provimento de utilidades públicas envolve, antes de tudo, refletir sobre a relação entre o poder público e os particulares. Isso nos remete, de certa forma, a discutir o papel e os pressupostos do Estado. Estamos acostumados a imaginar o Estado como uma entidade atemporal e cuja existência se justifique como um dado natural, independente das suas finalidades. Assim não é. O Estado, devemos sempre ter em vista, é uma construção histórica e que só se justifica na medida em que se presta a cumprir certas finalidades numa sociedade organizada que, sem ele, não seriam alcançadas, pondo a perecer objetivos civilizatórios.

2 O Estado que temos é uma construção jurídica e política legatária do advento da modernidade. Ele corresponde a uma dada manifestação do poder político marcada a um só tempo pelas características da concentração e da delimitação (diria eu contenção) do poder.<sup>1</sup> Concentração na medida em que seu poder não aceita confrontação, não convive com outro poder dentro do seu território nem com ingerências de outros Estados sobre ele (corolário da soberania). Contenção, pois esse poder, ainda que uno e incontrastável no âmbito territorial, não é despejado, condicionando-se a limites postos (primado da legalidade). Os cidadãos aceitam se submeter a este poder soberano na exata medida em que (i) sabem que ele não poderá ser exercido de forma arbitrária, além de certos limites, e (ii) são convencidos de que tal sujeição é benéfica a todos, porquanto necessária aos objetivos de interesse geral (segurança, paz, garantias organizacionais e provisão de recursos comuns).

3 Tal verificação nos coloca diante da contradição central do direito administrativo. A de lidar com uma disciplina jurídica

<sup>1</sup> Sobre o tema, ver meu *Regulação estatal e interesses públicos* (São Paulo: Malheiros, 2002).

de um ente que, antes de receber personalidade jurídica, era a representação do poder absoluto. Essa contradição se reflete no direito administrativo, dividido entre os instrumentos de intrusão na esfera dos direitos individuais (eixo de efetivação do poder) e dos instrumentos de proteção dos indivíduos (eixo de contenção do poder). A tensão entre autoridade e liberdade é, pois, o cerne, a base, da construção jusadministrativista. Daí sempre haver entre os doutrinadores o conflito de visão entre aqueles que privilegiam um direito administrativo *ex pars principis* e aqueles que dão mais relevo a um ângulo *ex pars populi*.

4 Porém temos que reconhecer que o direito administrativo possui um legado forte do absolutismo. Não é por outra razão que até hoje uma das funções administrativas mais relevantes é a assim chamada função de polícia ou poder de polícia, em que pese o esforço de alguns doutrinadores para requalificá-la (e não apenas renomeá-la) por função ordenadora.<sup>2</sup> Vez por outra ainda encontramos na doutrina referências ao poder de império dos alemães ou à *puissance public* dos franceses de antanho.

5 Com a evolução da doutrina, a figura do príncipe dá lugar a uma entidade mais diáfana, a figura do interesse público.<sup>3</sup> Por esta concepção, haveria sempre um interesse maior, distinto dos interesses individuais, uma razão superior que a um só tempo autoriza e justifica o agir da Administração Pública. Como ela sempre persegue o interesse público (fórmula que independe do seu conteúdo), sempre deverá o agir administrativo sobrepujar os interesses — necessariamente menores — dos administrados com quem se confronta. Esta concepção, em que pese ter cumprido um papel fundamental na estruturação da doutrina jusadministrativista do século passado,<sup>4</sup> hoje se encontra fortemente questionada.

Na doutrina estrangeira, encontramos a razão nas palavras de Gaspar Ariño Ortiz para quem “a ilusão de um interesse público objetivo, mensurável, de aquilo que é ‘o melhor’ para todos, está cada vez mais longe da realidade. E não é fácil identificar o que seja este

<sup>2</sup> Refiro-me à obra seminal de Carlos Ari Sundfeld (*Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993).

<sup>3</sup> Alguns autores com verve dizem que o interesse público, dado o seu caráter absoluto e abstrato, poderia ser comparado com o “mistério da fé” da doutrina católica. Nesta acepção o interesse público seria algo em que se acredita como eixo da construção do regime jurídico administrativo, ao qual os doutrinadores devem aderir sem muito perquirir sobre o que seja seu conteúdo. Sobre a alegoria, disputam sua precedência Marçal Justen Filho e Romeu Felipe Bacellar.

<sup>4</sup> Sobre esta concepção ver, por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 58 et seq.).

inalcançável ‘interesse’ não existe um só ‘público’. E, portanto, se faz difícil de titularidade exclusiva de maneira arcana e com todos o que mais nos

E na doutrina para quem “afirmar que particular e Estado se público é uma afirmação se passa precisamente tudo, um conjunto de Estado. A supremacia em Estados totalitários de sujeito de direito.”<sup>6</sup>

6 O fato é que e bastante operacional, p de um conteúdo (é des público no caso concre a derrogação dos dire público envolvido, a privados. A colocação e fator de legitimação e outras formulações. De traduzida na presunção Pública haverá um ún aferido pela autoridade lado, a formulação da s público. Esta tem em si interesse público é sempre interesses privados e (ii) relevante, elevado que malgrado como dissemit legítimar quase sempre c maiores explicações), olvi

<sup>5</sup> ARINÓ ORTIZ, Gaspar. *Transparência*. Universidad Carlos III, 1994. p. 84. S

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito ad Azevedo*; ARAGÃO, Alexandre Sai Horizonte: Fórum, 2008. p. 79.

inalcançável 'interesse público', pela específica razão de que não só não existe um só 'público', senão porque existem muitos 'públicos'. E, portanto, se faz difícil aceitar como indiscutível essa presunção de titularidade exclusiva do interesse público de alguém que, de maneira arcana e como por iluminação divina, nos pode dizer a todos o que mais nos convém."<sup>5</sup>

E na doutrina nacional, encontramos Marçal Justen Filho para quem "afirmar que todo e qualquer conflito de interesses entre particular e Estado se resolve pela prevalência do chamado interesse público é uma afirmação inconsistente com a ordem jurídica. E assim se passa precisamente porque a Constituição contempla, antes de tudo, um conjunto de garantias em favor do particular e contra o Estado. A supremacia do interesse público somente é consagrada em Estados totalitários, que eliminam do ser humano a condição de sujeito de direito."<sup>6</sup>

6 O fato é que essa noção de interesse público passa a ser bastante operacional, pois ao mesmo tempo em que ela prescinde de um conteúdo (é desnecessário explicitar o que seja esse interesse público no caso concreto), também é suficiente para justificar a derrogação dos direitos individuais, pois se há um interesse público envolvido, a ele sempre deverão ceder os interesses privados. A colocação do interesse público como fundamento e fator de legitimação da ação administrativa se apoia em duas outras formulações. De um lado, a unicidade do interesse público, traduzida na presunção de que em cada atuação da Administração Pública haverá um único interesse de natureza pública, a ser aferido pela autoridade detentora do poder-dever de agir. De outro lado, a formulação da supremacia e inoponibilidade do interesse público. Esta tem em si duas consequências: (i) pressupõe que o interesse público é sempre inconfundível e distinguível dos diversos interesses privados e (ii) que ele (o público) será sempre mais denso, relevante, elevado que os interesses privados. Esta formulação, malgrado como dissemos seja bastante operacional (serve para legitimar quase sempre o agir administrativo, sem necessidade de maiores explicações), olvida de que não faz sentido algum se falar em

<sup>5</sup> ARINÓ ORTIZ, Gaspar. *Transparência y Participación en La Administración Pública Española*. Madrid: Universidad Carlos III, 1994. p. 84. Separata.

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal *O direito administrativo de espetáculo*. In: MARQUES NETO, Florian de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 79.

finalidades públicas se elas não coincidirem com alguma aspiração, necessidade ou expectativa de administrados (v.g. interesses dos administrados, privados, portanto), já que estes são os destinatários de qualquer agir da Administração Pública.

7 Da junção destas duas formulações resulta a suposição de que os particulares nunca podem ser promotores do interesse público. Ou seja, de que a consecução do interesse público é monopólio dos agentes públicos ou dos órgãos do Estado. Estes, supõe-se, movem-se pelos elevados interesses públicos. Aqueles são engendrados pela vilania dos interesses privados. Daí a herança, forte entre nós, de desconfiar sempre do envolvimento dos particulares em qualquer atividade que promova as necessidades coletivas. Daí a desconfiança com a iniciativa privada e a preferência, recôndita e subliminar, pelo provimento de utilidades públicas por entes estatais. O que me levou, num pequeno texto publicado há alguns anos,<sup>7</sup> a afirmar que entre nós, apesar da eloquência do texto Constitucional, não se acredita ou louva o mercado: o aceitamos a contragosto, quase como um mal necessário.

8 Pois bem. Por todos os lados vemos que esta formulação do interesse público como fundamento e vetor do Direito Administrativo, como verdadeiro princípio fundamental, encontra-se em cheque. Várias são as origens deste questionamento. Na jurisprudência, os juízos de razoabilidade e proporcionalidade desnudam a inexistência de um interesse público único, uniforme e monista. Na doutrina, pululam<sup>8</sup> fortes críticas a essa configuração estruturante do interesse público (não confundir com uma crítica ao interesse público, como algumas vezes de forma bizarra os defensores da velha ordem tentam desqualificar a doutrina mais hodierna). De um lado, invocando os direitos fundamentais para demonstrar a relatividade de uma supremacia do interesse público. Do outro lado, denunciando a inexistência da singularidade deste interesse público, professando sua substituição por uma multiplicidade de interesses, todos públicos, embatendo-se pelas

<sup>7</sup> Os desafios da regulação, dez anos depois, *Revista da ABAR – Associação Brasileira de Agências de Regulação*, v. 1, p. 58-63, 2007.

<sup>8</sup> A este respeito ver Gustavo Binenbojm (*Uma teoria do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006), Humberto Bergmann Ávila (*O direito público em tempos de crise*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999), Daniel Sarmento (Org.) (*Interesse público versus interesse privado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007), Marçal Justen Filho (Conceito de interesse público e personificação do direito administrativo, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26), além do meu já citado *Regulação Estatal e Interesses Públicos*.

políticas públicas e pelo amplo). Por fim, e esse também, passam a denunciar que para a consecução dos interesses

9 Tomemos o exemplo. A ninguém ocorreria na sociedade moderna, altamente produtiva, que se produzem seus próprios meios de abastecimento ou outra economia centralizada alguma manifestação pública que não é desempenhada pelos particulares. Estes, ainda que movidos por interesses que consagram o interesse público, não se dá que cobram por isso e não se dá que se acredite que a satisfação do interesse público que é bizarramente falsa.

10 Veja-se, então, a busca da saúde, cujo caráter de interesse público é reconhecido pela Constituição ao dizer que a saúde é interesse público. Nem por isso veda-se a atuação dos particulares, amplamente necessária para a satisfação dos interesses privados, que as executam e cobram por seus serviços. O mesmo vale para a busca do pleno emprego. A busca do pleno emprego pelos brasileiros de venda dos produtos de interesse público, tanto quanto a ordem econômica. E na busca das ocupações estatais, oferecidas pelas empresas privadas.

11 O que pretende o interesse público acaba por se confundir com os interesses dos administrados e com a necessidade de envolver os particulares na produção e disponibilização de bens e serviços de interesse público, para a satisfação da população. Temos,

<sup>9</sup> Aqui, como em outras passagens, os interesses públicos e atividades privadas.

políticas públicas e pelos escassos recursos públicos (em sentido amplo). Por fim, e esse é o ponto mais interessante, alguns autores passam a denunciar que o agir privado muitas vezes é serviente para a consecução dos interesses coletivos.

9 Tomemos o exemplo da produção e distribuição de alimentos. A ninguém ocorreria negar o quão relevante é essa atividade na sociedade moderna, altamente urbana, na qual os indivíduos não produzem seus próprios víveres, dependendo de uma complexa rede de abastecimento para obter o que de comer. E salvo uma ou outra economia centralizada ainda hoje encontrada, ou salvo alguma manifestação populista, no mundo todo, essa atividade é desempenhada pelos particulares, em regime de mercado. E estes, ainda que movidos pelo "vil" interesse de acumular riqueza, consagram o interesse público de alimentar milhões de bocas. Dir-se-á que cobram por isso. Mas tal crítica padece do vício original de acreditar que a satisfação do interesse público se faz sem custos, o que é bizarramente falso.

10 Veja-se, então, o caso do provimento de serviços de saúde, cujo caráter de interesse público é reconhecido pela nossa Constituição ao dizer que as atividades são de relevância pública. Nem por isso veda-se que parcela relevante destas atividades, amplamente necessárias ao interesse público, esteja a cargo dos privados, que as executam movidos por interesses particulares seus. O mesmo vale para a educação. Tomemos um exemplo mais. A busca do pleno emprego, ou ao menos a oferta de oportunidades aos brasileiros de vender sua força de trabalho, é de relevante interesse público, tanto que figura entre os objetivos de nossa ordem econômica. E na nossa economia, em que pese a grandeza das ocupações estatais, a maioria das oportunidades de emprego é oferecida pelas empresas privadas, movidas pela busca do lucro.

11 O que pretendo destacar aqui é que (i) todo interesse público acaba por se confundir com o interesse privado de parcela dos administrados e que (ii) não existe qualquer contradição em envolver os particulares na promoção de metas e objetivos de interesse público, mormente quando estes se traduzem na produção e disponibilização de utilidades públicas<sup>9</sup> para fruição da população. Temos, então, que o fato de um bem ou de uma

<sup>9</sup> Aqui, como em outras passagens do texto, sirvo-me desta expressão para referir indistintamente bens, serviços públicos e atividades econômicas de interesse geral.



atividade ser de interesse coletivo e demandar alguma forma de ação estatal (responsabilizando-se pela oferta, fomentando-a ou regulando-a) não deve servir de causa para excluir a atuação dos particulares. A presença de um interesse coletivo (ou, se quisermos, de um interesse público) deixa de ser fator de inibição da atuação privada para ser vetor de busca da forma ótima, mais eficiente, para conjugar esforços públicos e privados, de sorte que aquela utilidade seja posta à fruição dos administrados pelo menor custo e com a melhor qualidade possíveis.

12 É exatamente aí que entram as *parcerias público-privadas*. As parcerias em sentido amplo nada mais são do que ajustes contratuais em que a Administração Pública e os particulares assumem obrigações, recíprocas ou comuns, para a consecução de finalidades de interesse público.

13 A atuação dos particulares para prover necessidades coletivas (promovendo, direta ou indiretamente interesses públicos) pode se dar de forma autônoma ou dependente da ação estatal. Ela é autônoma quando o agir dos privados, no campo de liberdade assegurado pela ordem constitucional, consagra necessidades coletivas, como no exemplo da produção e distribuição de alimentos. Ela é dependente (ou, seria melhor, articulada) com a ação estatal quando o Estado age para incentivar, induzir, compartilhar ou mesmo viabilizar esta ação privada como modo de atingir finalidades públicas.

14 O envolvimento dos particulares no provimento de necessidades coletivas envolverá sempre alguma modalidade de parceria, tomada em sentido amplo. Quando se trata de incentivar ou induzir, estamos frente à função estatal de fomento, com a qual não me deterei neste trabalho. Quando se trata de compartilhar ou viabilizar necessidades públicas, estamos diante dos mecanismos de delegação de cometimentos públicos a particulares, os quais podem assumir as mais diferentes configurações.

15 Digo isso para introduzir a questão terminológica. Como já demonstrou há anos a professora Maria Sylvia Di Pietro, o direito das parcerias é muito mais amplo que as parcerias público-privadas em sentido restritíssimo (PPP).<sup>10</sup> O conceito de parcerias é daquele que, tornado polêmico, se torna plurissêmico a ponto de cada doutrinador ter o seu próprio conceito. Nesta multiplicidade de sentidos e na

busca de definições de parcerias

16 O maior problema com o financiamento que vem desde implantar uma obra. Explico: o financiamento de uma obra confunde com o investimento na sua infraestrutura.

Outro equívoco com o detentor dos riscos pelo Estado. Normalmente, o Estado, do em uma utilidade, serem investidas de instituições investidor, isso importará, sua composição ótima de juros, embora pouca gente saiba de negócio, dados os juros como de devolução, equívoco.

Financiamento deverá ser em dinheiro terá, de seu negócio junto com a receita.

Dou exemplo não é determinado ou privado. Vlançamentos i repassados pela pública. Mas como pois são emp construção. O a ampliação c

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

busca de definições que compreendam todas as inúmeras possibilidades de parcerias, ora e vez se cometem alguns equívocos.

**16** O mais comum deles talvez seja identificar estas parcerias com o financiamento privado de utilidades públicas. Equívoco que vem desde a origem, pois o financiamento é um meio para se implantar uma utilidade pública, e não a fonte que irá remunerá-la. Explico: o financiamento diz com a responsabilidade pelo custo de formação de uma infraestrutura serviente à coletividade. Não se confunde com a origem da remuneração, seja para repor o capital investido na sua formação, seja para remunerar o custo de operação desta infraestrutura.

Outro equívoco está em confundir a origem do financiamento com o detentor da obrigação de obter tais recursos e a assunção dos riscos pelo retorno insuficiente deste custo de formação. Normalmente, teremos parcerias com a assunção, pelo parceiro privado, do encargo e dos riscos de captar recursos para investir numa utilidade pública que será por ele explorada. Se tais fundos a serem investidos provêm de instituições multilaterais de fomento, de instituições financeiras públicas ou privadas ou são do próprio investidor, isso é o que menos importa para o poder público. Importará, sim, para o parceiro privado, que deverá buscar a composição ótima do seu capital, perseguindo as menores taxas de juros, lobrigando a melhor economia fiscal (por exemplo, pouca gente sabe que investir com capital próprio é um péssimo negócio, dados os benefícios fiscais embutidos na consideração dos juros como despesas de capital), manejando carências e prazos de devolução, equilibrando os ônus de contragarantias.

Financiamento, muitos esquecem, é fonte de um dinheiro que deverá ser em algum momento pago pelo tomador. Quem toma este dinheiro terá, cedo ou tarde, que pagar e, portanto, assume o risco de seu negócio não gerar recursos suficientes para solver a dívida junto com a remuneração do capital (juros).

Dou exemplos de como a origem dos recursos financeiros não é determinante para saber se um investimento é público ou privado. Veja-se o mercado imobiliário. Grande parte dos lançamentos imobiliários no país conta com recursos do FGTS, repassados pela Caixa Econômica Federal, instituição financeira pública. Mas os empreendimentos, ninguém discute, são privados, pois são empresas que assumem o risco dos lançamentos e da construção. O mesmo vale para os financiamentos do BNDES para a ampliação de plantas industriais em projetos privados. Nestes

forma de  
do-a ou  
ação dos  
isermos,  
atuação  
nte, para  
utilidade  
e com a

privadas.  
ajustes  
iculares  
ução de

ssidades  
úblicos)  
tatal. Ela  
berdade  
ssidades  
imentos.  
o estatal  
partilhar  
e atingir

ento de  
dade de  
centivar  
m a qual  
tilhar ou  
ismos de  
s podem

Como já  
reito das  
radas em  
uele que,  
trinador  
dos e na

casos, também a circunstância de um empréstimo advir de uma instituição pública (o BNDES) não altera o fato de que é o industrial que assume os riscos da construção, de haver demanda para a capacidade produtiva excedente a ser criada, de eventualmente os preços a serem praticados não corresponderem às suas expectativas e de outras variáveis do empreendimento. Enfim, a existência de instituição de financiamento pública não retira do investidor privado os riscos inerentes a um negócio privado. O mesmo valerá para empreendimentos de interesse coletivo, desenvolvidos sob os auspícios do poder público.

17 Pois bem, financiamento não se confunde com remuneração do particular. Qualquer utilidade pública tem custos (para sua implantação — custos de formação —, e para seu funcionamento — custos de operação). E estes custos deverão ser remunerados por alguém. Há quatro maneiras de remunerar uma utilidade pública, as quais obviamente podem ser combinadas.

A primeira é passar os custos para a sociedade, mediante os mecanismos fiscais e tributários. Quando uma infraestrutura pública é custeada com recursos do orçamento, estamos na verdade compartilhando a conta com todos os contribuintes. Com ou sem mecanismos de distributividade fiscal, a conta é arcada pela sociedade. O “pagador” aqui é o cidadão-contribuinte.

A segunda importa em transferir os custos para aqueles cidadãos que fazem uso desta utilidade pública. É o que acontece com os serviços públicos cobrados por tarifas. Nesta modalidade, não se está repartindo a conta por toda sociedade (por exemplo, o contribuinte que não viaja pela rodovia não pagará pedágio e, portanto, não a remunerará pelo uso direto desta infraestrutura, embora possa pagar como consumidor dos produtos transportados pela rodovia), mas transferindo-a por quem faz uso do bem ou serviço. Temos então como “pagador” o cidadão-usuário.

A terceira forma é transferir o custo para agentes econômicos que, por sua vez, os transferirão para os produtos a serem consumidos na sociedade. É o caso das utilidades públicas custeadas por receitas ancilares. A modalidade mais tradicional é a das utilidades públicas custeadas com receitas de publicidade. O modelo é comumente usado ao redor do mundo para a implantação e manutenção de mobiliários urbanos (abrigos de ônibus, lixeiras, relógios digitais, totens informativos etc.). O cidadão-contribuinte nada paga por estas utilidades, pois não são normalmente recursos orçamentários que as custeiam. Nem o cidadão-usuário, pois a

ninguém ocorreria ou para se abrigar em que não crê em gerações destas comodidades de publicidade remunerada o mobiliário. Portanto, cidadão-consumidor.

A quarta modalidade é nativa viável, mas para nefastas e não deve merecer ela nos legou malefícios ter nos deixado uma conta existiram infraestruturas públicas mediante entes públicos. Tratava sem qualquer lastro e bancarota. Trouxe a história. Tratava da “mágica” das gerações futuras (naqueles que viveram as crises) e forma de custeio de utilidade (melhor) o cidadão-futuro.

Temos, então, o coletivo, importa menos implementação e mais custo, e, principalmente, de onde este investimento, os custos o implantou.

18 As parcerias por atribuição de busca por remuneração deste investimento os mais interessantes podem significar muitas a convergência do poder de um objeto de interesse cada, definir parcerias e

Em sentido amplo, público e particulares com coletivo. Nesta acepção termos de cooperação e qual os particulares com

ninguém ocorreria cobrar tarifa para depositar lixo numa lixeira ou para se abrigar enquanto espera o coletivo. Mas qualquer um que não crê em geração espontânea de riqueza saberá que os custos destas comodidades são repassados aos preços dos produtos cuja publicidade remunera o particular incumbido de instalar e conservar o mobiliário. Portanto, nesta terceira modalidade o “pagador” é o cidadão-consumidor.

A quarta modalidade deve ser exposta não por ser uma alternativa viável, mas para lembrar que ela existiu, trouxe consequências nefastas e não deve mais ser manejada. Muito comum no passado, ela nos legou malefícios até hoje sentidos. O pior deles talvez seja ter nos deixado uma cultura (alvissareiramente decadente) de que existiriam infraestruturas sem custos. Trata-se de custear utilidades públicas mediante o endividamento fiscal inconsequente dos entes públicos. Tratava-se de criar dívida ou emissão de moeda sem qualquer lastro em riqueza real, o que nos levou no passado à bancarrota. Trouxe a hiperinflação e o colapso das contas públicas. Tratava da “mágica” de gerar felicidade gratuita no presente à conta das gerações futuras (nome que no passado poderia ser atribuído aos que viveram as crises dos anos 80 e 90). Nesta quarta e patológica forma de custeio de utilidades públicas o “pagador” é (era, quero crer melhor) o cidadão-futuro, o indivíduo das gerações vindouras.

Temos, então, que num empreendimento de interesse coletivo, importa menos a origem dos recursos necessários à sua implementação e mais quem será o responsável por obter este capital e, principalmente, de onde deverão sair os recursos para remunerar este investimento, os custos de sua operação e a retribuição de quem o implantou.

18 As parcerias permitem, portanto, a adoção de arranjos entre a atribuição de busca pelos recursos necessários e por fontes para remuneração deste investimento que, em cada circunstância, sejam os mais interessantes para o poder público. Como dizia, parcerias podem significar muitas coisas, tendo sempre como núcleo comum a convergência do poder público e de particulares para a consecução de um objeto de interesse comum. Podemos, de maneira simplificada, definir parcerias em sentido amplo, restrito e restritíssimo.

Em *sentido amplo*, temos as *parcerias estabelecidas entre o poder público e particulares com vistas à consecução de finalidades de interesse coletivo*. Nesta acepção estariam os mecanismos de fomento, os termos de cooperação e também toda a atividade contratual pela qual os particulares concorrem com o Estado para provimento de

utilidades públicas (parcerias em sentido restrito). Neste sentido, amplo, estariam também as sociedades de economia mista, formas já vetustas de associação entre público e privado. Temos, pois, que parceria em sentido amplo seria sinônimo de emparceiramento, convergência, entre as duas esferas, consubstanciado ou não numa relação contratual.

Em *sentido restrito* o termo parceria deve ser entendido como a *associação contratual entre poder público e privados para a satisfação de necessidades coletivas*. Nesta acepção teríamos todas as modalidades contratuais como sendo parcerias: os contratos administrativos típicos de obra e de serviço; os contratos de gestão com organizações sociais; as franquias de atividades industriais públicas; os termos de parceria; as permissões e concessões da Lei nº 8.987/95 e mesmo as parcerias previstas na Lei nº 11.079/04.

Por fim, em *sentido restritíssimo*, teríamos as parcerias público-privadas associadas exclusivamente aos dois modelos contidos na Lei de PPP: a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Seriam, então, modalidades de delegação aos particulares da consecução e oferta de utilidades públicas, contando, para tanto, com o apoio do poder público, mediante remuneração pecuniária ou aporte de outros bens como parte da remuneração buscada pelo particular.

**19** Fiquemos inicialmente nas parcerias em sentido restrito. Elas têm natureza contratual, vale dizer, elas são consubstanciadas em um negócio jurídico bilateral no qual são estabelecidos direitos e obrigações do poder público e do parceiro privado, obrigações estas que podem ser contraprestacionais e recíprocas, de natureza comutativa, como podem ter também natureza associativa ou convenial. O objeto desta relação contratual deverá ser a oferta de uma utilidade pública de interesse coletivo, compreendendo todas as atividades necessárias para tal mister (projeto, financiamento, implantação, operação, conservação etc.). A este modelo de parceria corresponde também uma divisão de responsabilidades entre as partes pública e privada, de tal sorte que esta explora a utilidade como um ativo econômico, mas com vistas a atender uma necessidade coletiva que compita àquela (poder público) zelar. Há, ainda, como característica, o fato de esta parceria não ser perene, ou seja, ela há de ser entabulada por certo prazo, pois que o poder público não se desonera da obrigação. Nestes termos, poderíamos chegar a uma definição de parceria, neste sentido restrito, como *o ajuste firmado entre a Administração Pública e a iniciativa privada, tendo*

*por objeto a implantação direta ou indireta da coleta sua estruturação, financiado todo o prazo estipulado assegurar as condições de nos termos do que foi ajustado por cada uma das partes.*

**20** É certo que as entidades privadas são muito presentes nos contratos públicos referidas na Lei nº 11.079/04. Nelas e em outras referidas na Lei nº 8.630/93; as concessões e os contratos para prestação de serviços (Lei nº 9.636/98); e os contratos de concessão de obras e serviços de manutenção (Lei nº 8.987/95). A Lei nº 11.079/04 permite que (i) a iniciativa privada possa ser contratada para a execução de obras e serviços de manutenção, em nome do próprio poder público, e (ii) a possibilidade, expressamente prevista, de serem remuneradas por receitas próprias antes se discutia se tais receitas poderiam ser do orçamento. Assim, a Lei nº 11.079/04 expressamente admitiu a possibilidade de serem delegadas aos particulares as atividades de execução de obras e serviços de manutenção.

Tal lei, porém, é criticada por permitir a contratação de outras entidades privadas para a execução de obras e serviços de manutenção e que tenham a natureza de concessão de obras e serviços de manutenção urbana e de saneamento básico, o que podem servir de exemplo a concessão de obra mediante a execução de obras urbanísticas ou os convênios de saneamento básico.

**21** Crítica frequente é a alegada inconstitucionalidade da Lei nº 11.079/04, hoje menos frequente, na medida em que não há a possibilidade de serem contratadas entidades privadas para a execução de obras e serviços de manutenção e que tenham a natureza de concessão de obras e serviços de manutenção urbana e de saneamento básico. Não pela sua contumeliosidade, mas porque os advogados alegam haver inconstitucionalidade moralidade ou da dignidade da pessoa humana, alegam haver violação dos artigos 175, 100 e nas regras atinentes à contratação de obras e serviços de manutenção urbana e de saneamento básico.

*por objeto a implantação e a oferta de empreendimento destinado à fruição direta ou indireta da coletividade, incumbindo-se a iniciativa privada da sua estruturação, financiamento, execução, conservação e operação, durante todo o prazo estipulado para a parceria e cumprindo ao poder público assegurar as condições de exploração e remuneração pelo parceiro privado, nos termos do que foi ajustado, e respeitada a parcela de risco assumida por cada uma das partes.*

20 É certo que as hipóteses de parceria entre poder público e entes privados são muito mais amplas do que aquelas previstas na Lei nº 11.079/04. Nelas estão compreendidas as franquias de serviços públicos referidas na Lei nº 9.648/98; os arrendamentos portuários da Lei nº 8.630/93; as concessões de florestas tratadas na Lei nº 11.284/06; os contratos para preservação de bens do patrimônio histórico da União (Lei nº 9.636/98); e as próprias concessões ditas comuns regidas pela Lei nº 8.987/95. A Lei nº 11.079/04, porém, veio a introduzir novos modelos de parcerias, inovando especificamente no ponto de permitir que (i) a implantação e operação de utilidades públicas fossem delegadas aos particulares, mas (ii) com a possibilidade da remuneração, em parte ou totalmente, advir de recursos orçamentários ou de outras formas de remuneração advindas do próprio poder público. Embora já na Lei nº 8.987/95 houvesse a possibilidade, expressamente referida no art. 11, de concessões remuneradas por receitas alternativas ou complementares à tarifa, antes se discutia se tais remunerações poderiam provir diretamente do orçamento. Assim, a Lei de PPP acaba por resolver a dúvida, expressamente admitindo a remuneração orçamentária de utilidades delegadas aos particulares.

Tal lei, porém, é importante dizer, não veda ou impede a entabulação de outras tantas parcerias que seja conveniente ao poder público e que tenham amparo na legislação contratual vigente, como podem servir de exemplo a concessão de uso de bem público, a doação de obra mediante vinculação publicitária, a desapropriação urbanística ou os convênios de cooperação econômica.

21 Crítica frequente quando da edição da Lei nº 11.079/04 — hoje menos frequente, mas ainda existente — diz com uma suposta inconstitucionalidade das PPP. É de fato difícil rebater tais críticas. Não pela sua contundência, mas pela sua inconsistência. Alguns advogam haver inconstitucionalidade por afronta aos princípios da moralidade ou da dignidade da pessoa humana (?). Outros, mais moderados, alegam haver afronta ao texto constitucional nos artigos 175, 100 e nas regras atinentes às finanças públicas (artigos 165 a

169). Nenhuma inconstitucionalidade, porém, resiste a um exame um pouquinho mais apurado.

22 O art. 175 da CF está longe de ter uma vedação às concessões patrocinadas e administrativas. A conclusão quanto à suposta contrariedade destas modalidades de concessão ao texto do art. 175 decorre menos da norma constitucional e mais daquilo que a doutrina, ou parte dela, ao longo do tempo extraíram do texto a título de interpretação. *Não diz o art. 175 (i) que só podem ser delegados por concessão serviços públicos de natureza industrial e divisível; (ii) que para se ter uma concessão há que se ter remuneração exclusivamente por tarifas pagas pelo usuário; (iii) nem que deva haver na lei um e apenas um único regime de concessão.* Demonstro a improcedência dos três argumentos, reiterando que eles decorrem mais de uma vetusta e consolidada posição da doutrina e menos do próprio texto constitucional.<sup>11</sup>

22.1 O termo “serviço público”, constante do *caput* do art. 175, admite várias acepções.<sup>12</sup> O fato de tal artigo estar incluído

<sup>11</sup> Já pude registrar em outra oportunidade a tendência da doutrina brasileira de direito administrativo de imaginar-se como fonte de direito. Isso se deve ao fato de que o Direito Administrativo foi, por décadas, baixamente positivado. Na falta de norma posta, cumpriu a doutrina o importante papel de construir por princípios e conceitos o corpo deste ramo do Direito. Seguimos aqui nossa influência dos administrativistas franceses, porém a doutrina naquele país cuidou sempre de comentar e sistematizar as decisões do Conselho de Estado, fonte maior do juspublicismo naquele país. Por aqui, tomamos a herança pela metade. Num sistema de direito positivo e de jurisdição una, construiu-se, especialmente nos anos 60, 70 e 80 uma tradição de construção doutrinária sem referência na jurisprudência administrativa ou judicial e com baixo respaldo no direito positivo. Esse fato legou aos doutrinadores maiores uma importância desconcomunal. Daí para a prepotência foi um pulo. Não era (e, infelizmente, ainda é) incomum citar-se como argumento derogatório uma definição conceitual de um doutrinador, como se estivéssemos citando um texto de lei. Chegou-se ao limite quase esdrúxulo de se citar o entendimento de um célebre autor acerca de um instituto ou norma editado após sua morte, criando-se a peculiar situação de uma “doutrina vinculante *post mortem* (sic)”. Algo difícil de explicar para juristas estrangeiros de passagem pelo país. Pois dizia que a tradição do nosso direito administrativo no século passado legou-nos a falsa impressão de que doutrina é fonte primária do Direito, superior mesmo à lei. Ocorre que, a partir da década de 90 do século passado, passamos a assistir um importante processo de positividade do Direito Administrativo, com edição de leis novas ou até então não existentes (como a lei de processo administrativo, a lei de concessões, lei de consórcios públicos e legislações setoriais para vários serviços públicos). Quando isso ocorre é visível o desconforto de parte da doutrina, que passa a assumir uma postura crítica frontal, quase que a predicar o fim do mundo para o Direito Administrativo. A tal ponto de que alguns doutrinadores maiores chegam a sustentar a não aplicação de um artigo de lei porque ele contraria a definição clássica da doutrina para um instituto. Como se no sistema de direito continental o legislador tivesse que prestar deferência à doutrina. Surge, então, uma nova modalidade de inconstitucionalidade: aquela que se supõe por divergir do entendimento — ou do capricho conceitual — do doutrinador. Aquilo que se poderia designar por “inconstitucional porque não concordo”. A tal ponto de me permitir certa feita dizer que para muitos administrativistas o Direito Administrativo seria no nosso sistema de direito continental, de fonte positiva, uma ilha reservada ao sistema islâmico. Para eles, no Direito Administrativo vale mais a palavra dos guardiães da doutrina, dos oráculos, do que a lei ou a jurisprudência. Não por outro motivo surgem, aqui ou acolá, manifestações de intolerância dogmática e sentenças pela lapidação de algum jovem doutrinador que ouse discordar de alguma fatwa do aiatolá de turno.

<sup>12</sup> A esse respeito ver Alexandre Santos de Aragão (*Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 149).

no capítulo da delimitemos os de serem cons amplo.<sup>13</sup> Contudo envolverem o r não admitiriam que, por serem de concessão c individual imp deixam de ter r objeto de execu clássica emprei podem ser obje que a lei vier a por sua nature: de competênci econômica (po explorados com àqueles serviço Alexandre Sar clássicos, remu frúveis diretar

Nada há Ao contrário. C tuinte delegou Cabe ao legisla (ii) o caráter es usuários de ca — continuidade conformidade; tópico a Const não à obrigato: público decidi: a remuneração ria. Se a lei o pe aderente ao pr

<sup>13</sup> Adoto aqui a concepção de Alexandre Santos de Aragão e Alexandre Malheiros, 2008. p. 149. A referência, não impo

no capítulo da Ordem Econômica na Constituição importa que delimitemos os serviços públicos delegáveis como aqueles passíveis de serem considerados uma atividade econômica em sentido amplo.<sup>13</sup> Contudo, isso excluiria apenas aquelas atividades que, por envolverem o manejo de autoridade, de poder extroverso estatal, não admitiriam delegação. Há, inegavelmente, serviços públicos que, por serem indivisíveis, não poderiam ser delegados por meio de concessão comum (já que a impossibilidade de sua aferição individual impede a cobrança por taxa ou tarifa), mas que não deixam de ter natureza econômica. Tanto que são, há muitos anos, objeto de execução por empresas privadas, contratadas por meio da clássica empreitada de serviços. Ou seja, os serviços públicos que podem ser objeto de delegação nos termos do art. 175 (e na forma que a lei vier a pregar conforme o §1º deste art. 175) não de ser, por sua natureza, delegáveis (sem que isso pressuponha renúncia de competência ou trespasse de poder extroverso), terão natureza econômica (poderão ser objeto de exploração econômica, é dizer, explorados com vistas à obtenção de lucro), mas não estão reduzidos àqueles serviços públicos em sentido restritíssimo de que nos fala Alexandre Santos de Aragão (os serviços públicos industriais clássicos, remunerados por tarifa, que sejam divisíveis e sejam fruíveis diretamente pelo administrado-usuário-consumidor).

Nada há na Constituição que contradiga este entendimento. Ao contrário. Quando vamos ao art. 175, §1º, vemos que o constituinte delegou à lei a definição do que seja o regime de concessão. Cabe ao legislador definir (i) o regime das empresas concessionárias; (ii) o caráter especial do contrato de concessão; (iii) os direitos dos usuários de cada serviço concedido; (iv) a obrigação de manter — continuidade — o serviço adequado — adequação, atualidade, conformidade; (v) a política tarifária. Note-se que neste último tópico a Constituição teve o cuidado de aludir à *política tarifária*, e não à obrigatoriedade de cobrança de tarifas. Assim, pode o poder público decidir, soberanamente, que a política mais adequada para a remuneração de um dado serviço público seja a gratuidade tarifária. Se a lei o permitir, esta será uma decisão política absolutamente aderente ao preceito constitucional.

<sup>13</sup> Adoto aqui a concepção clássica de Eros Grau (*A ordem econômica na Constituição*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 135), embora possa com ela ter alguma discordância, mas que, no contexto da referência, não impede sua utilização.



Ninguém discordará que a decisão sobre na conta de quem caberá o encargo de remunerar o uso efetivo de um serviço público é decisão política que incumbe aos poderes públicos, e não aos juristas. E de resto, já que de dignidade da pessoa humana se trata, parece-me ser consentâneo com este princípio oferecer serviço público de qualidade sem onerar o utente (desde que essa seja a decisão política legítima da autoridade competente para organizar tal serviço).<sup>14</sup>

Ademais, é de sabença geral que o instituto da concessão (tão ciosamente guardado pela doutrina) é de aplicação muito mais ampla que a concessão de serviço público clássica. De há muito convivem entre nós outras formas de concessão, como a concessão de obra pública, a concessão de uso de bem público, a concessão de direito real de uso, a concessão de exploração de atividade petrolífera (que nem serviço público é, diga-se de passagem) e mais recentemente a concessão de florestas e a concessão de direito de uso especial para fins de moradia.

Queiramos ou não, o conceito de concessão, em sentido amplo, remete-nos à ideia de delegação pelo poder público de um direito a ser exercido, por prazo certo e em condições preestabelecidas, com vistas à satisfação de uma necessidade de interesse geral. No seu núcleo conceitual estão, portanto, três aspectos (i) a delegação pelo poder público de um direito a um ou vários administrados; (ii) o seu caráter temporário, por prazo determinado; e (iii) cuja finalidade reporte à satisfação de um objetivo de interesse geral, definido numa política pública. Dentro deste núcleo conceitual, o instituto da concessão pode admitir tantas variações quanto forem previstas na legislação.

22.2 A segunda linha de argumentação diz com o art. 100 da Constituição. Aqui a crítica é mais jurídica e menos ideológica e se funda no seguinte raciocínio: dada a previsão constitucional de que os débitos contra a fazenda pública devem seguir, todos, o regime de precatórios descrito na Carta, não seria constitucional prever-se na Lei de PPP um sistema de garantias que, em última instância, criaria uma exceção à sistemática constitucional. O raciocínio, porém, padece por um vício de origem. Os sistemas de garantia para os débitos gerados em contratos de PPP se prestam justamente a evitar que estes créditos contratuais se tornem “créditos em virtude de sentença judiciária”.

<sup>14</sup> Cf. meu *Concessão de serviço público sem ônus para o usuário*. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Org.). *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 339 *et seq.*

Ninguém d  
pagamento de to  
federação. A exis  
pagos não impedi  
mente, paguem s  
orçamentárias de  
prevê uma regra c  
de sentenças judic  
não alimentares, c  
referido art. 100 a  
que receber seus c  
precatórios. Fosse  
com a Administra  
contratar com o p  
a um regime de j  
Constitucional nº  
moralidade perpe  
cionado para a leg

Se a lei prevê  
o não pagamento  
sentença judicial),  
desta inadimplênc  
sobre o estoque de  
ordem de pagamen  
tais garantias de j  
também por contr  
de obrigações cont  
Administração. M  
decorrentes de sent  
de servidores, tar  
pagamentos de pe  
respectivo, pois qu  
preterição de um c  
Eis porque inexisti  
aos créditos contra

No mesmo  
inconstitucionalida  
de lastro a estas g  
de asseverar que “  
Federal) e, por con  
dupla finalidade. D

Ninguém discorda que a regra do art. 100 não se aplica ao pagamento de todos os créditos da Fazenda nas três esferas da federação. A existência de enormes estoques de precatórios não pagos não impede, nem nunca impediu, que as Fazendas, diariamente, paguem suas obrigações contratuais a custa das rubricas orçamentárias de custeio e investimento. O art. 100 da Constituição prevê uma regra ordenada de pagamento dos débitos decorrentes de sentenças judiciais (na verdade cria várias ordens: alimentares e não alimentares, de pequeno e grande valor etc.). Não se extrai do referido art. 100 a obrigação de que todo credor da Fazenda tenha que receber seus créditos perante o Judiciário e seguindo a fila dos precatórios. Fosse assim, restaria inviabilizada qualquer transação com a Administração Pública, pois nenhum fornecedor aceitaria contratar com o poder público sabendo que estaria subordinado a um regime de precatórios que, especialmente após a Emenda Constitucional nº 62 (uma das maiores violações ao princípio da moralidade perpetradas pelo nosso Congresso Nacional), é vocacionado para a legitimação da inadimplência pública.

Se a lei prevê a possibilidade de um regime de garantias contra o não pagamento de obrigações contratuais (não decorrentes de sentença judicial), tal se presta exatamente a evitar a judicialização desta inadimplência (e reduzir a sobrecarga sobre o Judiciário e sobre o estoque de precatórios) e não é, obviamente, afetado pela ordem de pagamentos prevista no art. 100 da Constituição. Fossem tais garantias de pagamento das PPP inconstitucional, teríamos também por contrário à Constituição todo e qualquer pagamento de obrigações contratuais regularmente liquidadas no dia a dia da Administração. Mais ainda: como existem precatórios alimentares decorrentes de sentenças judiciais relativas ao pagamento de salários de servidores, também se tornariam inconstitucionais todos os pagamentos de pessoal do ente Fazendário devedor do precatório respectivo, pois que o pagamento em dia do servidor importaria em preterição de um crédito anterior (só que decorrente de sentença). Eis porque inexistente inconstitucionalidade no sistema de proteção aos créditos contratuais decorrentes de PPP.

No mesmo sentido, entendo também inexistir qualquer inconstitucionalidade na destinação de bens ou recursos para servir de lastro a estas garantias. Sobre este tema já tive oportunidade de asseverar que “[a] regra do artigo 100 (agora da Constituição Federal) e, por conseguinte, a impenhorabilidade têm, a nosso ver, dupla finalidade. De um lado, ordenar o sistema de exigibilidade de

ta de quem  
ço público é  
aos juristas.  
ata, parece-  
o público de  
isão política  
serviço).<sup>14</sup>  
a concessão  
muito mais  
te há muito  
a concessão  
a concessão  
e atividade  
gem) e mais  
e direito de

tido amplo,  
um direito  
tabelecidas,  
e geral. No  
a delegação  
ministrados;  
e (iii) cuja  
resse geral,  
conceitual, o  
tanto forem

o art. 100 da  
ológica e se  
onal de que  
s, o regime  
al prever-se  
a instância,  
raciocínio,  
irantia para  
stamente a  
em virtude

créditos contra a Fazenda, impedindo que a satisfação dos créditos dos particulares sirva para desorganizar as finanças públicas ou para cometer, aos distintos juízos de execução ou aos credores, liberdade para escolher bens que servirão para satisfazer os débitos. De outro, cumpre uma função de homenagear os princípios da moralidade, da impessoalidade e da isonomia (interditando deferências de privilégios no recebimento dos créditos contra o poder público). Ora, nenhuma das duas finalidades (e nenhum dos dois princípios, por suposto) seria afligida com a oneração de bens dominicais para fazer frente a certos débitos. Isto porque a disponibilização do bem em garantia, pressupõe-se, é antecedida por uma decisão do poder público (e não do credor), amparada em lei permissiva".<sup>15</sup>

22.3 Por fim, há a alegação de que as PPP ferem as regras de direito financeiro previstas na Constituição. Aqui também não calham os argumentos. Não há contrariedade entre as PPP e a sistemática dos orçamentos públicos na exata medida em que os recursos necessários a fazer frente à remuneração total (na concessão administrativa) e parcial (na concessão patrocinada) deverão, por óbvio, constar da lei orçamentária, nos termos do previsto no art. 165. Neste sentido a Lei nº 11.079/04 teve suficiente preocupação com a higidez fiscal dos contratos de PPP prevendo no art. 10, incisos I, "b" e "c", II, III, IV e V, regras bastante rigorosas para assegurar que os gastos projetados com uma PPP estejam aderentes aos orçamentos públicos. De mais a mais, as obrigações pecuniárias decorrentes de uma PPP, como concessão administrativa ou patrocinada, têm a natureza de obrigações contratuais como quaisquer outras, sejam estas decorrentes de contratos de empreitada, de obras ou serviços, ou de compra e venda.

23 Vê-se, portanto, serem improcedentes os argumentos de inconstitucionalidade das PPP no direito brasileiro. Não creio que valha tecer argumentos para demonstrar o quão insubsistentes são as alegações de violação da moralidade ou do princípio da dignidade da pessoa humana. Apenas registro com relação a este último (que, por ser extremamente dúctil, tem se tornado um último recurso apelativo à falta de argumento melhor) que a meu ver a dignidade de um cidadão é preservada com a adequada oferta das utilidades públicas necessárias a satisfazer seus direitos fundamentais, e não

<sup>15</sup> Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 300.

pelo regime jurí  
prestações. E bas

24 As PPP:  
da Administração  
da destruição de  
isso). São um me  
públicas aos cida  
sempre analisad  
benefício. Primei  
eficiência entre in  
pela Administra  
(contrato adminis  
concessão (comu  
deve ser feito cor  
modelo de deleg  
ponto ótimo de e  
as modalidades d  
pagamento dos us  
fruição) à utilidad  
Após isso se deve  
para cada parte,  
objetivo e fundam  
será fundamental  
apto a selecionar  
assim assenhorear  
eficiência dos parti

25 Todos est  
nos capítulos que  
espero tê-lo feito, q  
permitir a oferta de  
à Constituição e qu  
antes de tudo, deix

pelo regime jurídico por meio do qual se logra disponibilizar tais prestações. E basta.

24 As PPP não são nem o apanágio para todas as necessidades da Administração Pública. Também não são a manifestação última da destruição do interesse público (seja lá o que se entenda por isso). São um mecanismo a mais para permitir a oferta de utilidades públicas aos cidadãos. A opção por um modelo de PPP deverá ser sempre analisada pelo poder público a partir de testes de custo benefício. Primeiramente, deve-se avaliar os ganhos em termos de eficiência entre implantar e operar tal utilidade pública diretamente pela Administração, pelos mecanismos contratuais tradicionais (contrato administrativo típico) ou por uma das modalidades de concessão (comum administrativa ou patrocinada). Este estudo deve ser feito com isenção e responsabilidade. Decidido por um modelo de delegação por concessão, deve-se tentar verificar o ponto ótimo de envolvimento de recursos públicos e privados e as modalidades de remuneração mais aderentes à capacidade de pagamento dos usuários, objetivos de universalização (de acesso e fruição) à utilidade e capacidade de pagamento do poder público. Após isso se deve buscar a melhor alocação dos riscos e obrigações para cada parte, adotando um critério de avaliação econômica objetivo e fundamentado (a chamada matriz de risco). Por fim, será fundamental recorrer a um processo de licitação aberto e apto a selecionar efetivamente a melhor proposta, conseguindo assim assenhorear para o erário ou para o usuário as vantagens da eficiência dos particulares na gestão dos serviços.

25 Todos estes aspectos de detalhes serão desenvolvidos nos capítulos que seguem. Por agora, cumpria demonstrar, e espero tê-lo feito, que as PPP são um importante instrumento para permitir a oferta de utilidades públicas absolutamente conformes à Constituição e que, para avançarmos na sua efetivação, devemos, antes de tudo, deixar de lado velhos preconceitos.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fundamentos e conceituação das PPP. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 13-29. ISBN 978-85-7700-385-3.

créditos  
ou para  
verdade  
e outro,  
alidade,  
cias de  
úblico).  
ncípios,  
ais para  
do bem  
lo poder

s regras  
ém não  
PPP e a  
1 que os  
ncessão  
ção, por  
art. 165.  
ão com a  
sos I, "b"  
r que os  
amentos  
entes de  
a, têm a  
as, sejam  
serviços,

entos de  
reio que  
entes são  
ignidade  
mo (que,  
o recurso  
ignidade  
tilidades  
ais, e não

públicas. Belo