



Rua Henrique Schauman, 270, Condição Ceará – São Paulo – SP
CEP 05413-909

PABX: (11) 3613.3000

SAC/DE: 0800 055 7688

De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

zoraivajur@editorasaraiva.com.br

Asses: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RODRIGUES/MORIM/MACE

Rua Celso Lacerda, 56 – Centro

Fone: (92) 3633-4222 – Fax: (92) 3633-4282 – Manaus

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

ISSN 978-85-02-11542-2

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Camara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Dirito e infraestrutura / coordenação Leonardo Toledo da Silva. – São Paulo : Saraiva, 2012.

Vários autores.

1. Construção - Leis e legislação - Brasil 2. Contratos de construção civil 3. Contratos de engenharia 4. Indústria da construção - Leis e legislação 5. Projetos de engenharia I. Silva, Leonardo Toledo da.

11-00941

CDU-34:69(81) (094)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Construção civil : Leis e legislação : Direito 34:69(81) (094)
2. Brasil : Leis e legislação : Direito da construção 34:69(81) (094)

Diretor editorial Luiz Roberto Curi

Gerente de produção editorial Lígia Alves

Editor assistente Raphael Vessio Nunes Rodrigues

Produtora editorial Clarissa Borzochi Mann

Preparação de originais Cíntia do Silva Leitão

Arte e diagramação Cristina Aparecida Aguiar de Freitas

Eliana Calabrone

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati

Regina Machado

Serviços editoriais Andréia Patrícia de Silva

Mina Cecília Coutinho Martins

Capa Cesar de Ibiapé / Daniel Rampazzo

Produção gráfica Moeli Rompin

Impressão Gráfica Salesianas

Academismo Gráfica Salesianas

Data de fechamento da edição: 15-8-2011

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização do Editor Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido no Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

“Eu não procuro saber as respostas, procuro compreender as perguntas.”
Confúcio

1788.045.001.001

- João Eunápio Borges. *Curso de direito comercial terrestre*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- José Xavier Carvalho de Mendonça. *Tratado de direito commercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938. v. V, livro III.
- Lucas Rocha Furtado. *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. Ives Gandra da Silva Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Domingos Franciulli Neto (Coords.) São Paulo: ITF, 2003.
- Modesto Carvalhosa. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito de empresa*. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 617-618. v. 13.
- Oscar Barreto Filho. *Teoria do estabelecimento comercial*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1988.
- Rubens Requião. *Curso de direito comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.
- Sérgio Campinho. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- Waldemar Ferreira. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 6.

OS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP) NA IMPLANTAÇÃO E AMPLIAÇÃO DE INFRAESTRUTURAS

Floriano de Azevedo Marques Neto é professor associado de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da USP. Doutor e livre-docente em Direito Público pela USP. Secretário acadêmico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Advogado em São Paulo.

“Não há óbice constitucional nenhum a que o Poder Público, em regime de livre iniciativa, como é o nosso, se relacione com particulares empreendedores e acerte as fórmulas jurídicas idôneas para obter-lhes a colaboração mediante contrapartida econômica conveniente de parte a parte!”

1. Há mais de quinze anos, em artigo quase visionário do qual se extrai a epígrafe do presente texto, Celso Antônio Bandeira de Mello defendia a possibilidade (e, mais, a necessidade) de adoção de mecanismos de colaboração ou parceria entre o Estado e os particulares com vistas a viabilizar a construção de obras públicas necessárias a prover a infraestrutura básica de que o país necessita. Sustentava que a remuneração do particular que colaborasse com o poder público nestes cometimentos deveria se basear em *contrapartida diversa das tradicionalmente oferecidas*². Assim, deveriam ser buscados arranjos alternativos aos mecanismos de pagamento com recursos do orçamento público (na modalidade de empreitada tradicional) e do pagamento de tarifas pelos usuários (modelo da concessão típica – hoje rebaixada de comum – de serviços públicos).

2. Passados mais de dez anos, o legislador finalmente deu configuração normativa a estas possibilidades, editando a Lei n. 11.079/2004, a Lei na-

1 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra pública a custo zero. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 3, p. 34.

2 Op. cit., p. 32.

cional de parceria público-privada (PPP). Efetivamente a Lei constitui um avanço no cenário legislativo nacional, na medida em que (i) permite que a remuneração do particular não seja oriunda apenas de fontes puras (ou seja, admite o mix de remuneração orçamentária e tarifária, na concessão patrocinada) e, avanço maior, (ii) admite que o particular obtenha ressarcimento não necessariamente pecuniário e tampouco obrigatoriamente advindo do tomador da utilidade ou comodidade que implanta e opera (especialmente no caso da concessão administrativa).

2.1. É bem verdade que no regime legal anterior tais modalidades de realização de obras de infraestrutura para o poder público já eram possíveis, independentemente de lei específica a autorizá-las. Assim é que no antes citado artigo de Celso Antônio Bandeira de Mello, escrito e publicado já sob a égide da Constituição Federal de 1988, vários mecanismos eram sugeridos sem necessidade de alteração legislativa³. Da mesma forma, sustentei em oportunidade anterior⁴ que o art. 11 da Lei federal n. 8.987/95⁵, ainda que a prescrição tivesse alcance limitado à infraestrutura de suporte a serviço público, já permitira a delegação de cometimentos públicos remunerada por outra receita que não a proveniente de tarifas. Por fim, havia já na Lei federal n. 8.666/93 (Lei federal de licitações) a previsão da possibilidade de cessão de bens e direitos a título de dação em pagamento⁶, uma forma de contrapartida a particular pela execução de obras de infraestrutura⁷.

3 Dentre outros, cogitava-se no artigo dos seguintes instrumentos, enunciados a título meramente exemplificativo: exploração imobiliária ou comercial de parte do solo, do subsolo ou do super solo edificável onde se implantem equipamentos urbanos a serem executadas às expensas do particular; exploração de atividades acessórias conjugadas a estas obras; exploração imobiliária do entorno de infraestruturas de tráfego; transferência de propriedade, enfiteuse, concessão de direito real de uso, concessão de uso (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 33).

4 Ver "Concessão de serviço público sem ônus para o usuário". In: *Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*, p. 331 e s.

5 É o texto: "Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei."

6 Cf. art. 17, I, a, da Lei n. 8.666/93.

7 Ver a este respeito nosso artigo "Possibilidade de permissão de uso de bem público para pagamento de contrato de execução de obra pública", *Boletim Licitação e Contratos*, v. 9, p. 434 e s.

2.2. Porém, dúvidas ainda remanesçam e justificaram a edição de uma lei específica para as PPPs. Primeiro, pelo fato de que no regime da Lei federal n. 8.666/93 havia forte resistência a remuneração do particular por meio outro que não o pagamento em dinheiro como contrapartida de medidas periódicas, por força do disposto no art. 40, XIV, a e b, bem como do art. 55, III, ambos da Lei de Licitações⁸. De outro lado, e em especial, a vedação contida no § 3º do art. 7º desta mesma Lei n. 8.666/93 impediria que o particular financiasse a realização da obra para, ao depois, ser remunerado com a outorga de um bem ou direito que lhe permitisse auferir receitas outras que não o pagamento com recursos orçamentários⁹. Embora

8 Diz a lei: "Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...) XIV - condições de pagamento, prevendo: (...) (a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplimento de cada parcela; (b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros". E o art. 55, III: "Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...) III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplimento das obrigações e a do efetivo pagamento". Destes dispositivos decorrerá, numa leitura mais ortodoxa da Lei de Licitações, o entendimento de que o pagamento pela obra por parte da Administração só seria possível mediante uma contrapartida pecuniária (razão pela qual a lei alude a preço e condições de pagamento). Tinha consigo uma leitura mais aberta, interpretando a obrigação de o contrato prever o preço de maneira a impor que houvesse a equivalência econômica do quanto a ser executado pelo particular, o que não necessariamente implicaria um dever de pagamento em pecúnia.

9 Diz a norma: "§ 3º É vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica". É bem verdade que muitos, como eu, não liam este dispositivo como contendo uma vedação absoluta a que o particular financie com seus recursos ou com recursos de terceiros a implantação de uma obra. Sustento meu entendimento por perceber que, tendo em vista o disposto no art. 7º, § 7º, art. 40, XIII e XIV, a, bem como no art. 63, § 2º, III, da Lei federal n. 4.320/65, os pagamentos pelo poder público devem sempre ser feitos em dinheiro e precedidos da entrega do bem ou da prestação de no mínimo parcela do serviço ou obra contratados. Assim, sendo defeso ao poder público antecipar recursos ao contratado, sempre haverá, no prazo entre a execução de parcela do comatimento e o efetivo pagamento, algum financiamento do poder público contratante pelo particular contratado. O que entendo ser vedado pelo § 3º do art. 7º da Lei de Licitações é que se preveja como condição de disputa de uma licitação para obras ou serviços de engenharia o dever de obter alguém que financie, que proveja recursos

possível contornar estes óbices, dentro do próprio regime da Lei de Licitações, a dúvida elevava o risco de questionamentos, inviabilizando operações estruturadas de cooperação entre Administração pública e particulares.

3. As PPPs, na literatura e experiência internacional, têm como principal objeto os investimentos em infraestrutura pública¹⁰. Embora dentro do universo das parcerias público-privadas caiba uma infinidade de arranjos contratuais, será naqueles ajustes que tenham por objeto a implantação de infraestruturas, demandantes de pesados investimentos, que se revelará mais propícia a adoção de uma PPP¹¹. Aliás, essa é a síntese que o Direito Europeu apresenta sobre as PPPs¹².

De fato, quando pensamos nas PPPs como um arranjo contratual ou institucional¹³ pelo qual o poder público se socorre da iniciativa privada

financeiros para o poder público. Dai por que o dispositivo faz referência a vedação de inclusão no objeto da licitação, é dizer, a proibição de conjugar a obrigação de executar a obra com a obrigação de conseguir os recursos para tanto necessários. De onde retiro que não é irrito ao regime da Lei de Licitações que o executor da obra assumira o risco de financiar integralmente sua execução para receber o preço pactuado depois da entrega do bem ou serviço. Afinal, o art. 40, inciso XIV, a, alude a prazo mínimo e não máximo de trinta dias entre o adimplemento e o pagamento. Contudo, esse debate, veremos, restou superado pelo advento da Lei n. 11.079/2004.

10 Embora admita a realização de PPP para prestação de serviços, o Livro Verde da Comunidade Económica Europeia sobre tais parcerias reconhece expressamente que "As autoridades públicas dos Estados-Membros recorrem, com frequência, à constituição de PPP para realizar projectos de infraestruturas, sobretudo no sector dos transportes, da saúde pública, da educação e da segurança pública" (Ver "Livro Verde sobre parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões". Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi:lexplus!pro didDocNumber&lg=pt&sttype_doc=COMfinal&an_doc=2004&nu_doc=327).

11 A esse respeito e fiando-se no sistema britânico, Juarez Freitas assevera: "Ali, observa-se que, superados dogmas ideológicos, são admitidas as parcerias público-privadas para investimentos os mais variados, seja em instalações hospitalares, passando por escolas, prisões e até contratos de defesa, na maior parte das vezes com economia considerável, todavia sem modelo rígido" ("Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica". In: *Curso de direito administrativo económico*, p. 681, v. 1).

12 Mais especificamente: "As PPP designam uma forma de cooperação entre as autoridades públicas e os operadores económicos. Esta cooperação visa nomeadamente financiar, construir, renovar ou explorar uma infraestrutura ou o fornecimento de um serviço" ("Síntese do Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões". Disponível em: <http://europa.eu/scadplus/leg/pl/vb/122012.htm>).

13 Tenho como certo que as parcerias podem atrelar Estado e privados por um vínculo

para viabilizar um empreendimento demandante de forte investimento, pouco importa se este empreendimento servirá para suportar a oferta de uma atividade entendida como serviço público em sentido jurídico, se cuida de uma utilidade a ser fruída pela própria Administração (um bem público de uso especial) ou indistintamente por toda gente (um bem de uso comum) ou então se objetiva prover parcela elegível da população de um bem ou comodidade essenciais ao atendimento do mínimo essencial.

As PPPs pressupõem, pois, a necessidade de realização de investimentos significativos cuja atribuição ao particular se mostre mais vantajosa economicamente do que sua assunção pelo poder público¹⁴. Como aliás ensina a melhor doutrina¹⁵, esta associação das PPPs com a implementação ou me-

obrigacional bilateral (PPPs contratuais) ou então por meio da participação conjunta em uma pessoa jurídica de natureza empresarial. No primeiro caso, temos parcerias no modelo adotado pela Lei federal n. 11.079/2004, pela qual poder público e iniciativa privada firmam um contrato de natureza especial, não propriamente sinalagmático, comutativo. E também o caso de outras hipóteses de parcerias, como os contratos de gestão com as OSs da Lei federal n. 9.637/98. Já no caso das parcerias institucionais, deixadas de fora da Lei de PPP estamos diante de instrumentos antigos em nosso Direito, como as sociedades de economia mista, as *joint ventures* ou mesmo os consórcios previstos no art. 63 da Lei federal n. 9.478/97.

14 Note-se aqui, e ainda há quem confunda estas três coisas, que a responsabilidade por realizar o investimento não se confunde nem com a origem dos recursos investidos, nem com a origem da remuneração que servirá para amortizá-los. Explícita-se: Responsabilidade pelo investimento significa assumir o ônus de contrair em algum grau o investimento (significando a assunção de riscos inerentes à obtenção e aplicação destes fundos) e não necessariamente se traduz na obrigação de inverter recursos próprios. Outra coisa bastante distinta é a origem da remuneração do investimento. PPP não se confunde com doação do particular ao poder público ou à coletividade. O privado viabiliza a disponibilidade de uma infraestrutura captando e aplicando os fundos para tanto necessários. E o faz tendo a perspectiva de um negócio, no qual alvitra colher uma remuneração suficiente para repor o investimento (eventualmente pagando o financiador, com a devida remuneração do capital), remunerar o custo operacional e assegurar uma remuneração compatível com os riscos assumidos e com a margem de retorno a que entende fazer jus. Em suma, o investimento poderá advir do capital próprio do parceiro privado, de fundos públicos ou privados, de organismos multilaterais, bancos de fomento, lançamento de papéis, e outras tantas modalidades estruturadas de financiamento. A responsabilidade pela tomada destes recursos será do parceiro privado. E a remuneração correspondente a esse empreendimento poderá provir isolada ou combinadamente, do valor pago pelos usuários, dos recursos públicos, de fundos de ressarcimento ou universalização ou mesmo de receitas associadas ou ganhos económicos subjacentes aquele objeto principal da parceria.

15 É essa a lição de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado: "[O]s contratos

lhorria de infraestruturas demandantes de pesadas inversões está presente desde a gênese desta modalidade de parcerias, no âmbito das *Private Finance Initiative* da Grã-Bretanha.

Pode haver PPPs que tenham por escopo meramente a gestão de um serviço ou infraestrutura, como ocorre com o *trespasse* de gestão de suprimentos hospitalares ou com a operação de uma infraestrutura de transportes previamente implantada pelo e às expensas do Estado. Porém, nestes casos o que se busca junto ao privado não é a capacidade e a criatividade de montar estruturas de inversão sofisticadas ou a capacidade de inovação na concepção de projetos. Nestas PPPs de mera gestão busca-se a eficiência própria aos modelos privados de gestão, a partir da flexibilidade que lhes é característica.

Tal fato não elide, contudo, a ideia principal que ora sustento. As PPPs são instrumentos mais aptos e adequados para empreendimentos públicos que envolvam a implantação de infraestruturas demandantes de intensos investimentos.

4. Aqui nos deparamos com um aspecto bastante peculiar do direito brasileiro. Nosso direito administrativo tem arraigada uma forte concepção do serviço público, que ora se apresenta com uma conotação ampla, quase sinônimo de função pública, ora se mostra numa acepção mais restrita, associada à utilidade ofertada aos cidadãos, frutível individualmente e economicamente apreciável¹⁶. Disso adveio uma tendência de dar muito mais atenção à atividade prestada do que ao regime dos bens que lhe dão suporte. Não é por outra razão que uma típica concessão de exploração de um bem público, como são para mim as concessões de rodovias, é tratada como uma concessão de serviço público¹⁷. Não por outra é que, entre nós, restou praticamente esquecida a concessão de obra pública, subsumida que foi pela concessão de serviço público pela Lei de Concessões (Lei Federal n.

insetidos no PFI em regra têm a mesma estrutura econômica das PPPs brasileiras, conforme já mencionada – qual seja: de um lado, a exigência de investimento consistente, pelo parceiro privado, na implementação ou melhoria de uma infraestrutura e, de outro, a obtenção da amortização desse investimento e da remuneração sobre o capital investido por meio da exploração (operação e manutenção) dessa infraestrutura pelo parceiro privado” (*Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada*, p. 30-31.)

16 Para um aprofundamento dessas ideias ver nosso “A nova regulamentação dos serviços públicos”. *Revista de Direito Administrativo*, n. 228, abr./jun. 2002. Ver também ARA-GÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 143 e s.

17 Desenvolvo este raciocínio no artigo “Notas sobre a concessão de rodovias”, *Boletim de Direito Administrativo*, v. 4, p. 245 e s.

8.987/95)¹⁸. Bem, é verdade que ainda encontramos no ordenamento jurídico referências autônomas à concessão de obra pública¹⁹, mas esta, como espécie de concessão comum, encontra-se hoje em desuso.

4.1. Esta discussão não tem caráter meramente acadêmico. Não é uma tertúlia conceitual. Ocorre que muitas vezes é necessária a implantação de uma infraestrutura que, não obstante ser pública, não tem por finalidade suportar a prestação de um serviço público propriamente dito. É o célebre exemplo do estádio de futebol municipal ou estadual. Embora possa se tratar de um bem público, nele não se cogita a prestação de um serviço público, o que impediria se pensar em uma concessão comum de serviço público precedida da obra pública consistente na edificação de um estádio²⁰. Neste caso, fosse o empreendimento autossustentável exclusivamente com a exploração da praça de esportes, sem necessidade de qualquer contrapartida pública, poder-se-ia cogitar de uma concessão pura de obra pública, instrumento que, insisto, está em desuso, mas não se tornou vedado pelo fato de a Lei de Concessões tratar tudo como se só houvesse concessão de serviço público.

4.2. Quando nos debruçamos sobre as obras de infraestrutura (já que seria certo exagero tratar do estádio de futebol como uma obra de infraestrutura propriamente), notamos que a concessão de obra pública, longe de estar expurgada de nosso ordenamento, paulatinamente passa a retomar sua importância. Exemplo veemente disso me parece ser o recém-aprovado projeto de Lei do Gás.

18 Que contempla a seguinte definição: “Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...) III – concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”.

19 Como é o caso da legislação do Estado de São Paulo que, seja na sua lei de concessões (art. 2º, II, da Lei paulista n. 7.835/93), seja na sua lei de PPP (art. 5º, I, da Lei paulista n. 11.688/2004) trata da hipótese de concessão de obra pública ou da implantação de infraestruturas públicas como espécie autônoma e distinta da concessão de serviços públicos.

20 Embora, como veremos adiante, possa se cogitar deste cometimento lançando mão da concessão administrativa.

É sabido por todos que o transporte de gás desde os polos de produção até os consumidores industriais (indústrias ou termelétricas) ou até o *gateway* das concessionárias estaduais de distribuição é uma atividade econômica, não subsumida ao regime de serviço público, que constitui um monopólio natural dependente de uma infraestrutura de dutos de transporte cuja implantação requer pesados investimentos, cuja amortização só pode se dar a longo prazo. O projeto de lei recentemente aprovado pelo Congresso Nacional contemplou a hipótese de concessão da implantação e operação de redes de gasodutos de transporte de gás, expressamente afastando, contudo, que tal concessão se caracterize como outorga da prestação de serviço público²¹.

Nos quadros em que foi aprovado o regime de outorga no projeto de lei, creio que estamos diante de típica concessão de obra pública, embora o texto fale em concessão das atividades econômicas de transporte de gás natural por meio de condutos. Isso porque a atividade em si só é possível (diria eu, é indissociável²²) se houver investimento do particular que será amortizado mediante a exploração industrial de uma infraestrutura, que reverterá para a União ao fim e ao cabo do prazo de exploração²³.

5. Retorno o tema das PPPs em infraestrutura. Como vimos acima, no regime pauteado exclusivamente pela Lei de Concessões restavam muito difíceis os investimentos privados em infraestruturas não amortizáveis exclusivamente pela prestação de serviço público remunerado exclusiva ou ao menos predominantemente pela tarifa cobrada diretamente do usuário tomador deste serviço. Essa impossibilidade afastava dos modelos de concessão

21 É o que se lê no art. 1º, § 2º, do texto aprovado pelo Congresso Nacional: "§ 2º A exploração das atividades decorrentes das autorizações ou concessões e que trata esta Lei ocorrerá por conta e risco do empreendedor, não se constituindo, em qualquer hipótese, prestação de serviço público". É bem verdade que a nova lei contempla uma hipótese absolutamente *sui generis* de concessão, pois, embora trate da concessão de uma atividade (e não de uma obra, bem ou infraestrutura), expressamente afasta o regime de serviço público. Tal prescrição normativa, contudo, reforça o entendimento de que, para o direito brasileiro, o instituto da concessão é muito mais amplo do que a hipótese de concessão de serviço público.

22 Veja-se que o art. 10 obriga que a concessão identifique os bens e instalações a ela vinculados.

23 Diz o art. 14: "Art. 14. Extinta a concessão, os bens destinados à exploração da atividade de transporte e considerados vinculados serão incorporados ao patrimônio da União, mediante declaração de utilidade pública e justa e prévia indenização em dinheiro, ficando sob a administração do poder concedente, nos termos da específica regulamentação a ser editada".

são comum tanto as infraestruturas que, malgrado imprescindíveis ao desenvolvimento do país, não serviam de suporte a serviços públicos divisíveis e tarifáveis. Excluíam também outros empreendimentos que, suportando tais serviços, resultassem numa tarifa de valor econômico proibitivo ou incompatível com o caráter de universalidade de acesso e fruição que caracterizam estas utilidades.

A Lei n. 11.079/2004 veio, então, para tentar superar os obstáculos e dar base legal para projetos de parceria aptos a destravar os investimentos em infraestrutura de que o país fortemente necessita. Porém, a lei de PPP contém uma aparente contradição. Explico.

Tentando evitar que o regime de PPP fosse utilizado para a contratação de obras com pagamento diferido, a Lei n. 11.079/2004 vedou expressamente seu emprego para contratações que tenham por objeto único a execução de obra pública (art. 2º, § 4º, III) e que tenham reduzido prazo de prestação do serviço (art. 2º, § 4º, II). Tal prescrição poderia dar a impressão de que a implantação de infraestruturas por intermédio de PPP só seria possível se associada à prestação de um serviço público. Porém, se assim fosse estaríamos diante da negação do próprio objetivo central destas parcerias.

Deve-se, portanto, interpretar o dispositivo a partir do contexto global da lei. Primeiro, tenhamos em vista que o mesmo art. 2º, § 4º (agora no inciso I) veda também a adoção do regime de PPP para contratos com valor inferior a 20 milhões de reais. Isso já indica a aderência do regime a contratos que envolvam investimentos significativos. De outro lado, agora no inciso II, veda também a celebração de contratos de parceria cujo prazo seja inferior a cinco anos, o que de certa forma antepõe-se aos singelos contratos de prestação de serviços de natureza contínua²⁴.

Assim, o que a lei de PPP exclui é, nos seus próprios termos, a mera contratação de obra pública. Indaga-se então se haveria margem para realização de PPP cujo objeto não seja propriamente a delegação de um serviço público e nem incorra na vedação legal de caracterização de uma obra pública como seu objeto único.

6. A chave de interpretação deve ser buscada, então, no cotejo entre a concessão patrocinada e a concessão administrativa. O legislador pátrio, como sabemos, lançou mão do instituto da concessão, entendido como o instrumento de conferência ao particular, pelo poder público, do direito de

24 Regidos pelo art. 57, II, da Lei n. 8.666/93.

explorar uma utilidade (bem, serviço, atividade) em nome e por outorga do poder público, para a partir dele desenhar o regime jurídico das PPPs²⁵. Porém ao fazê-lo, modelou dois regimes bastante distintos de concessão no tocante ao seu objeto.

6.1. As concessões patrocinadas são, nos termos da lei²⁶, concessões típicas de serviço público (que pressupõem, portanto, a prestação de uma utilidade individual e diretamente fruível pelo administrador), que admittam a remuneração por meio de tarifa, mas cuja realidade econômica ou social predique um subsídio ao utente, mediante complementação (contrapartida). Esta contrapartida, na concessão patrocinada, pode ser ou não atrelada à tarifa individualmente paga pelo usuário direto. Será quando ela envolver um custo unitário complementar a cada tarifa paga pelo tomador individual do serviço, amarrando-se o desembolso do poder público à variação de demanda da utilidade pelos cidadãos²⁷. De outro lado, não será atrelada

25 Seguiu assim a tradição do direito europeu continental. No direito português, Eduardo Paz Ferreira identifica essa aproximação entre as PPPs de origem no direito anglo-saxão e nossa tradição, até certo ponto realenga, de concessão. Diz: "Trate-se de um contrato individual ou de uma união de contratos, a definição e o esquema legal das PPP traduz, essencialmente, uma recuperação da figura centenária da concessão, ajustando o seu elemento essencial – a contribuição dos recursos privados para criação de infraestruturas públicas – às necessidades e ao modelo de Estado e de Administração dos nossos dias" (*O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal*, p. 76).

26 Consoante a definição da Lei federal n. 11.079/2004: "Art. 2º (...) § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado" (grifo meu). Seja pela definição, seja pela remissão à Lei de Concessões, não parece haver dúvidas de que o objeto da concessão patrocinada é a prestação de um serviço público, em sentido estrito, precedido ou não de obra pública.

27 Esta primeira hipótese tem a vantagem de deixar mais explícito o caráter de subsídio direto ao usuário. Porém, mostra-se desaconselhável, pois ela transfere ao poder público uma grande indefinição do quanto tal subsídio operará os orçamentos públicos ao longo do tempo, já que a dimensão da demanda não é administrável pela Administração. De outro lado, sendo a receita do parceiro privado uma variável dependente do volume da demanda (até certos limites, quanto maior a demanda, maior a remuneração e maior o retorno sobre o capital investido), na hipótese de valor do subsídio em contrapartida unitária atrelada às unidades de tarifa pagas pelos usuários, sem um teto predefinido, resultará que a partir de um determinado volume de demanda, a contrapartida estará servindo apenas para elevar a margem de retorno do privado e não para assegurar a modicidade específica da tarifa cobrada do utente. Daí por que se recomenda, na grande maioria das PPPs patrocinadas, o atrelamento dos

quando a contrapartida for definida através de um valor *flat*, pago de uma vez ou em parcelas, mas com um limite máximo²⁸.

6.2. Por seu turno a concessão administrativa apresenta-se com um objeto bastante distinto. Efetivamente ela não requer a delegação de um serviço público divisível e fruível diretamente pelo cidadão. Isso se percebe desde logo da definição legal²⁹. Embora ela esteja atrelada a uma prestação de serviços, a retência à Administração como usuária direta ou indireta e à execução de obra ou instalação de bens torna o objeto da concessão administrativa mais amplo do que apenas a prestação de serviços públicos em sentido estrito³⁰. Assim não fosse, não haveria sentido em se falar em Administração usuária direta da utilidade objeto da concessão administrativa.

7. Na concessão administrativa a Administração pode ser usuária direta dos bens e serviços a serem implantados pelo particular. É o que ocorre quando a utilidade prestada pelo concessionário é usufruída pelos agentes públicos, porquanto necessária ao exercício de uma função pública. Neste caso, os cidadãos serão usuários indiretos desta utilidade. É o que ocorre, por exemplo, nas PPPs para construção ou operação de centros administrativos. Ao construir e operar bens públicos de uso especial destinados à instalação de repartições do poder público, o concessionário presta um serviço diretamente à Administração e indiretamente ao cidadão beneficiário de sua atividade. Por outro lado, a Administração será usuária indireta quando estiver representando o cidadão que se utiliza do bem ou serviço

montantes de contrapartida a valores fixos ou à estipulação de teto de unidades tarifárias ensejadoras da contrapartida unitária.

28 Este foi o modelo adotado, por exemplo, na concessão patrocinada para complementação e operação da linha 4 do Metrô de São Paulo.

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

30 Explica Carlos Ari Sundfeld: "A concessão administrativa de serviços públicos é uma espécie de concessão de serviços públicos a que se refere o art. 175 da CF, juntamente com a concessão comum e a concessão patrocinada. A distinção entre as três espécies corre por conta da forma de remuneração do concessionário, como vimos. Já, a concessão administrativa de serviços ao Estado é uma espécie do gênero contrato administrativo de serviços ao Estado. Esse gênero inclui duas espécies: o contrato administrativo de serviços da Lei de Licitações, cujo objeto se restringe ao fornecimento de serviços; e o contrato de concessão administrativa de serviços ao Estado, cujo objeto inclui também a realização de investimento privado para criar, ampliar e recuperar infraestrutura pública" ("Guia jurídico das parcerias público-privadas". In: *Parcerias público-privadas*, p. 30-31).

objeto da concessão. Isso ocorre nas situações em que o objeto são serviços indivisíveis e a Administração figura como usuária única (porquanto indireta); ocorre quando o usuário direto o faz não por opção individual mas compulsoriamente (como no caso das PPPs de presídios); ou ainda quando o objeto envolve a consecução de uma política pública em que, embora o destinatário concorra com algum pagamento, a Administração se beneficia do particular concessionário para a consecução de uma tarefa material que lhe é própria (como ocorre nas PPPs de habitação popular).

Temos então que os contratos de PPP, na modalidade de concessão administrativa, podem ter objeto que não envolva a prestação, diretamente aos usuários finais, de serviços públicos em sentido estrito. Incluem-se aí, obviamente, a implantação, ampliação e melhoria de infraestruturas públicas, o que não se confunde com a contratação de *objeto único de execução de obra pública*. Numa PPP para execução de uma infraestrutura na modalidade de concessão administrativa a obração do concessionário não pode se consumir meramente com a execução da construção, reforma ou ampliação da obra de infraestrutura. O objeto contratual não se dá por concluído com o término da obra. Ainda que o objeto não envolva propriamente a prestação de um serviço público, o privado deve se incumbir de operar, conservar e manter em condições ótimas de utilização a infraestrutura por ele executada ou aprimorada.

8. Disso decorrem duas consequências que demarcam o regime das PPPs. Primeiro, que em sede de PPP não se fala em recebimento provisório ou definitivo da obra constante do objeto, ao menos até que resse exaurido o prazo de exploração do objeto. Segundo, o fato de ser inerente ao regime da PPP que a remuneração do privado esteja atrelada à efetiva utilização da infraestrutura e ao seu desempenho (qualidade, durabilidade, eficiência desta execução)³¹, ainda que a remuneração não advenha diretamente da-

31 Ensinna, uma vez mais, Carlos Ari Sundfeld: "Ao impedir que, nos contratos de PPP, a prestação se limitasse à execução de obras ou o fornecimento de equipamentos (art. 2º, § 4º, III), a Lei das PPP fez com que a remuneração dos parceiros privados ficasse diretamente vinculada à fruição dos serviços pela Administração ou pelos administrados (art. 7º) e viabilizou sua variação de acordo com o desempenho do parceiro privado, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade fixadas (art. 6º, parágrafo único). Portanto, a boa ou má qualidade das obras ou bens utilizados na infraestrutura repercutirá diretamente na determinação do valor a ser recebido pelo parceiro privado. Isto deve gerar, para ele, um interesse próprio de bem executar a parte relativa à infraestrutura, pois os serviços devem se estender por ao menos cinco anos e a infraestrutura deve ser capaz de resistir bem durante todo este perío-

do que dela se utilize e ainda que não seja possível desmembrar unidades individuais de fruição.

Em outros termos, num contrato que tem por objeto singelmente a execução de uma obra pública, o particular cumpre sua obrigação quando conclui a execução nos estritos termos do projeto elaborado pelo dono da obra ou sobre seus auspícios; e não tem qualquer responsabilidade se aquela obra será pouco ou nada utilizada, se será ociosa ou se foi mal dimensionada. Na PPP ocorre o contrário. Numa PPP de infraestrutura o particular se incumbe da formulação, projeto, planejamento, execução, testes de adequação e eventual equipagem da infraestrutura, tornando-a disponível em condições operacionais e cuidando para que assim ela permaneça ao longo de todo o prazo do contrato.

Mesmo que a operação do bem ou a prestação do serviço que tenha esta infraestrutura como suporte seja cometida a terceiros (outros particulares ou agentes do Estado), será inerente ao concessionário de uma PPP a obrigação de manter o bem em plenas condições de uso e operação, reparando não apenas falhas, mas desgastes inerentes ao uso; promovendo eventuais atualizações tecnológicas, adequações funcionais ou mesmo ampliações que se façam necessárias ao longo do tempo. Daí por que sustento que, diferentemente do que ocorre no contrato de empreitada de obra pública³², não há que se falar em entrega definitiva do bem após a consecução da obra. A obra de infraestrutura pode ser transferida pelo concessionário àqueles que se incumbirão de operá-la. Contudo, não se há de falar em entrega definitiva da obra, pois esta permanecerá na posse e sob responsabilidade do concessionário até o final do contrato de PPP (v.g., pelo prazo mínimo de cinco anos), quando então poderá reverter para a Administração. Revertido, obviamente, cessará a responsabilidade do concessionário da PPP pela conservação, manutenção e preservação do bem em condições operacionais. Neste caso, no entanto, entendo que também estará exaurida a responsabilidade civil do empreiteiro pela solidez da obra prevista na lei civil³³, pois entendo que quando da reversão, por força do art. 2º, § 4º, II, o prazo quinquenal da responsabilidade civil já estará esgotado, tendo em vista que a infraestrutura já estará em pleno uso há pelo menos um lustro.

do" ("Guia jurídico das parcerias público-privadas". In: *Parcerias público-privadas*, p. 34-35).

32 Cf. art. 73, I, b, e seu § 3º, da Lei n. 8.666/93.

33 Art. 618 do Código Civil Brasileiro de 2002.

9. Essa diferença dos contratos de PPP que envolvam a execução de infraestruturas dos contratos de empreitada de obra trazem um outro aspecto relevante. Dissemos, e repetimos, que as PPPs de infraestruturas não podem se traduzir na simples execução de uma obra para o poder público, não podem se resumir à construção de um bem tal como definido e regrado pela Lei n. 8.666/93. O contrato típico de obra pública, em qualquer das modalidades de empreitada, é um *contrato de escopo*. O poder público define o que quer e como quer que seja executado, e o particular se incumba de executar e entregar a obra, nos escritos termos dos projetos que obrigatoriamente lhe foram fornecidos³⁴. Já os contratos de PPP, mesmo os que envolvem a implantação de infraestrutura, são *contratos de desempenho*³⁵. Nesses o poder público não define precisamente o bem que será implantado e muito menos como ele deve ser executado; tem sim que definir o resultado que alvitra, os indicadores, parâmetros de desempenho que terão que ser alcançados pelo bem (obra de infraestrutura) que o particular se obriga a executar³⁶.

Vêja-se que o fato de o contrato de PPP não ser propriamente um contrato de escopo³⁷ não o transforma automaticamente num simples contrato de duração continuada. Os contratos de PPP, como concessões que são, cuidam de contratos híbridos, cujo objeto envolve a execução de obras e a prestação contínua de serviços, porém com a característica de que o particular se obriga pelos resultados e não pelo cumprimento estrito de especificações previamente fornecidas pelo dono da obra. Ou, dito de outro modo, a implantação de uma infraestrutura objeto de um contrato de PPP não deixa de corresponder a uma obra, mas fora do regime típico de empreitada.

34 Cf. art. 7º, § 2º, I, e art. 40, § 2º, I, ambos combinados com o art. 6º, IX, todos da Lei n. 8.666/93.

35 Nesse sentido, inclusive, “[a] observação que se faz necessária é que a remuneração ao parceiro privado poderá ser diretamente proporcional ao seu desempenho, conforme estiver definido no contrato” (QUEIROZ, João Eduardo Lopes; ALVARENGA, José Eduardo de. “O novo regime jurídico contratual: as parcerias público-privadas (PPPs)”. In: *Curso de Direito Administrativo Econômico*, p. 674, v. I).

36 Cf. art. 5º, VII, Lei n. 11.079/2004.

37 Ver a este respeito meu “A duração dos contratos administrativos na Lei n. 8.666/93”. In: *Estudos sobre a Lei 8.666/93*, p. 175. Sobre os contratos de escopo ver JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 666; e PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, p. 821. Ver também o voto do Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvaranga no TC 24405/02/6/91, publicado na *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, n. 77, p. 65-67, jun./jul./ago. 1994.

10. Nisso reside a diferença substancial atinentemente aos projetos. Na empreitada é imprescindível que o dono da obra forneça o projeto do cometoimento que quer ver executado, pois o empreiteiro se obriga a executar o que e no quanto estipulado no projeto³⁸. Na PPP o poder público não tem a obrigação de fornecer os projetos, mas apenas de explicitar os requisitos qualitativos, quantitativos e de desempenho que quer ver atendidos com a utilidade objeto da concessão. Mais do que necessário, numa PPP é inconveniente que o poder público forneça um projeto básico para os potenciais parceiros privados. Isto porque se o fizer o poder público estará a um só tempo (i) limitando a captura da criatividade dos particulares em desenvolverem soluções e alternativas criativas e economicamente interessantes e (ii) chamando para si o chamado risco de projeto (risco de falhas, insuficiências ou inadequações do quanto estipulado ou dimensionado)³⁹.

Não é apenas por incompatibilidade de regimes que sustento não ser requisito para uma PPP a existência ou disponibilidade de projeto básico. E a lei que afirma isso. O art. 11 da Lei n. 11.079/2004⁴⁰ faz aplicável às licitações para PPP o art. 18 da Lei n. 8.987/93, o que obviamente inclui o seu inciso XV. Nele vemos que nas licitações para concessões, quando o objeto envolver a execução de obra, o edital deverá conter *os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização*. Onde se extrai, sem sombra de dúvida, que o regime de concessão comum, patrocinada e administrada não se submete à exigência, própria de obras executadas pelo regime de empreitada, de ser licitado somente quando pronto e disponível o projeto básico, vinculante ao futuro contratado. Dúvida restasse da leitura das normas regentes do regime de concessão e ajudaria a dissipá-las as razões do veto presidencial ao inciso II do art. 11⁴¹.

38 Ver a este respeito os artigos 610 e ss. do CCB/2002.

39 A esse respeito, precisas são as palavras de Juarez Freitas ao chamar atenção para a necessidade de compartilhamento de riscos entre as partes contratantes de PPPs, nos seguintes termos: “O risco compartilhado, porém, deve estar presente. Não se admite como objeto único o fornecimento de bens ou serviços. Certo, o risco está maiormente explícito nas concessões subvencionadas, que implicam delegação, por conta e risco, dado que, por definição, requerem a contraprestação adicional pelo parceiro público” (“Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica”. In: *Curso de direito administrativo econômico*, p. 691-692, v. I).

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

41 Nela vemos: “O inciso II do art. 11 permite que apenas a elaboração do projeto executivo

11. Importante ter sempre em mente que, numa PPP, o particular terá sua remuneração atrelada não à entrega da infraestrutura, mas à exploração dela ao longo do tempo⁴². Sua remuneração, porém, não advirá obrigatoriamente de unidades de preço pagas pelo usuário direto desta infraestrutura. Pode ocorrer, mesmo na concessão patrocinada, que a contratação seja fixa, em valores definidos no edital ou pela proposta vencedora da licitação, valor este pago em parcelas ou em desembolso único. Em qualquer hipótese, sempre após a disponibilidade do serviço⁴³, o que não impede pagamentos de contraprestação parciais, vinculados cada qual a uma parcela fruível do objeto⁴⁴. Isso obriga a que o edital defina o que se vai entender por disponibilidade do serviço, uma vez que o serviço poderá ser vinculado a um só evento ou a eventos parciais, os quais devem guardar relação com alguma disponibilização do serviço ou da infraestrutura para emprego na utilidade que integra o objeto da concessão.

Numa PPP de infraestrutura, cujo serviço esteja atrelado à operação, conservação, manutenção e atualização do bem, as contrapartidas parciais

das obras seja delegada ao parceiro privado. Dessume-se do seu texto que a Administração teria a obrigação de realizar o projeto básico das obras. Isso seria reproduzi para as parcerias público-privadas o regime vigente para as obras públicas, ignorando a semelhança entre as parcerias e as concessões – semelhança esta que levou o legislador a caracterizar as parcerias público-privadas brasileiras como espécies de concessões, a patrocinada e a administrativa. As parcerias público-privadas só se justificam se o parceiro privado puder prestar os serviços contratados de forma mais eficiente que a administração pública. Este ganho de eficiência pode advir de diversas fontes, uma das quais vem merecendo especial destaque na experiência internacional: a elaboração dos projetos básico e executivo da obra pelo parceiro privado. Contratos de parcerias público-privadas realizados em diversos países já comprovaram que o custo dos serviços contratados diminui sensivelmente se o próprio prestador do serviço ficar responsável pela elaboração dos projetos. Isso porque o parceiro privado, na maioria dos casos, dispõe da técnica necessária e da capacidade de inovar na definição de soluções eficientes em relação ao custo do investimento, sem perda de qualidade, retraindo no menor custo do serviço a ser remunerado pela Administração ou pelo usuário⁴⁵.

42 Note-se que aqui estamos nos aproximando da concepção de uma concessão de obra pública, definida pela melhor doutrina como aquela em que o particular tem para si transferido “o exercício de uma atividade de conceber, projetar, construir e, ulteriores, explorar obras públicas”. Ver neste sentido FREITAS DO AMARAL, Diogo; TORGAL, Lino. *Estudo sobre concessões*, p. 111.

43 “Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. Parágrafo único. É facultado à Administração Pública, nos termos do contrato, elevar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível de serviço objeto do contrato de parceria público-privada.”

44 Cf. parágrafo único do art. 7º da Lei n. 11.079/2004 retrocitado.

podem estar vinculadas à execução e disponibilidade de parcelas da infraestrutura. Assim, por exemplo, uma PPP para execução de um complexo hospitalar poderá atrelar o início do desembolso de contrapartidas ao início da utilização de um prédio, andar ou instalação ambulatorial ou clínica específica. Não se coaduna, portanto, com o regime de PPP atrelar estes eventos à conclusão de uma etapa de obra a qual não permita o emprego efetivo e consentâneo com a finalidade do bem.

12. Na concessão patrocinada, é verdade, parte da remuneração deverá necessariamente advir do pagamento pelos usuários de tarifa correspondente a parte dos custos. O que não impede que, nesta espécie de concessão, o particular obtenha, para além da tarifa e da contraprestação pecuniária, outras receitas alternativas atreladas ao objeto da concessão e que sejam consideradas aptas a reduzir o valor cobrado do usuário e a pressão sobre os orçamentos públicos⁴⁶.

Já na concessão administrativa, a remuneração do particular pode assumir as mais variadas formas. É que nela não há necessidade de receita tarifária (há mesmo uma incompatibilidade com essa receita), nem que a contrapartida pública se dê em pecúnia. Aqui estaremos diante de qualquer das alternativas previstas no art. 6º da lei de PPP⁴⁶. Assim, para além do pagamento em dinheiro (mediante ordem bancária), a remuneração poderá advir de qualquer meio que seja admitido em lei, como demonstra o rol meramente exemplificativo do art. 6º da lei.

Dentro das alternativas listadas neste dispositivo, duas merecem comentário. O inciso III permite que o particular se remunere mediante a outorga de direitos em face da Administração Pública. O rol de possibilidades é amplo. Ele compreende a cessão de patentes, o direito de uso privativo e secundário de bens de uso comum ou especial, o direito de exploração de subprodutos da atividade⁴⁷, a cessão de direitos associados ao objeto concedido⁴⁸, e outros tantos, a depender do descortino e da criatividade tangentes a cada projeto.

45 Sim, pois, consoante a definição legal (art. 2º, § 1º, da Lei n. 11.079/2004), a contraprestação pública adicional à tarifa deverá ter natureza pecuniária.

46 “Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: I – ordem bancária; II – cessão de créditos não tributários; III – outorga de direitos em face da Administração Pública; IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V – outros meios admitidos em lei.”

47 De que é exemplo a cessão do direito de utilização de resíduos sólidos como biomassa para geração de energia nas PPPs de saneamento ambiental.

48 Como, por exemplo, a cessão do direito sobre créditos de carbono em projetos am-

Doutro turno, a outorga de direitos sobre bens dominicais envolve várias possibilidades de remuneração lastreada no patrimônio disponível do poder público. Nela vemos desde a dação em pagamento de bens imóveis, como a atribuição de direitos reais sobre estes bens (direito real de uso, direito de superfície, entre outros⁴⁹) sem que isso demande a transferência de propriedade pelo poder público ao particular.

13. Aqui cumpre uma nota essencial. Não se deve confundir a transferência de bens que é feita como cessão de uso necessária à realização do objeto da PPP daquela que é feita como parte da contratação ao particular. É natural que uma PPP envolva a transferência da posse de bens públicos para que neles o particular possa implantar, adequar ou ampliar uma utilidade pública, como ocorre com a cessão das redes de suporte a serviços públicos ou na assunção da faixa de domínio de uma estrada na concessão rodoviária. Embora o valor econômico da concessão (*lato sensu*) esteja na exploração deste bem, não há nestes casos transferência de domínio (o concessionário não será nunca proprietário da rede ou da estrada), inclusive porque o bem será automaticamente transferido de volta ao poder público no final da outorga, no bojo da reversão. Diverso ocorrerá no caso de uma PPP que contemple como contrapartida ao particular a outorga de direitos sobre bens dominicais. Nesta hipótese a transferência do bem se dá em pagamento e não há que se falar em reversão. O bem em tela poderá ou não estar atrelado à infraestrutura objeto da PPP. Em todo caso, porém, ele entrará no contrato como um ativo dado em remuneração e não como um bem cuja posse é cedida de modo a permitir a execução do contrato.

No caso da outorga de direitos sobre bens a título de remuneração, desta feita, a assunção da propriedade pelo particular só poderá se dar após a disponibilização, total ou parcial, do serviço objeto da PPP, em sintonia com o art. 7º da Lei n. 11.079/2004. O que fará com que, em algumas parcerias, haja a outorga de dois direitos sucessivos sobre o mesmo bem: logo quando da contratação haverá a outorga de um direito real de uso condicionado à execução de obrigações objeto da PPP e com cláusula de convalidação a uma alienação (dação em pagamento) se e quando cumpridas em definitivo estas obrigações. Tomemos por exemplo a hipótese de uma

bieniais ou a cessão do direito de construir em projetos urbanísticos.

49 Vale lembrar que o Código Civil vigente alargou sobremaneira o rol dos direitos reais, como demonstra o seu art. 1.225: "Art. 1.225. São direitos reais: I – a propriedade; II – a superfície; III – as servidões; IV – o usufruto; V – o uso; VI – a habitação; VII – o direito do promitente comprador do imóvel; VIII – o penhor; IX – a hipoteca".

PPP que pressuponha a execução de uma infraestrutura num grande terreno dominical e cujo pagamento do particular se dê em parte com a dação da parcela do imóvel que, após desmembramento, não for utilizada na implantação da infraestrutura alvitrada pelo poder público. Como o bem inicialmente corresponderá a um único imóvel e como o processo de parcelamento do solo depende da existência de um direito real, a solução será justamente aquela aventada. É dizer: haverá a outorga do direito real de uso do bem integral e após o parcelamento e a disponibilização da infraestrutura alvitrada, a transferência do domínio da área remanescente para que, com seu aproveitamento imobiliário, o particular seja remunerado.

14. A quantidade de questões que podem surgir nas PPP de infraestrutura é diretamente proporcional ao quase infinito potencial de alternativas que a Lei n. 11.079/2004 abre para tais empreendimentos. Em especial no caso da concessão administrativa, as PPPs possibilitam para os investimentos em infraestrutura um leque considerável de possibilidades, cuja configuração de amplitude de objeto, repartição de riscos, formas de remuneração e arranjos de garantias poderão variar de contratos para contratos.

A título meramente exemplificativo, podemos citar quatro campos em que tais PPPs permitem a implantação ou ampliação de infraestruturas conjugadas com uma operação que não envolva trespassse da execução direta de serviços públicos em sentido estrito, abrindo alternativas importantes para o poder público, franqueando-nos a possibilidade de contratos de concessão de infraestrutura próximos aos contratos de *concessione di sola costruzione* do direito italiano⁵⁰.

14.1. O primeiro setor é o de saneamento básico, que já há alguns anos apontava a importância da Lei de PPP para alavancar os investimentos neste setor⁵¹. Neste segmento tais PPPs permitem que, sem entrar na discussão sobre a titularidade pública dos serviços de saneamento e sem enfrentar as resistências ideológicas que envolvem o trespassse de tais atividades à iniciativa privada, sejam carreados investimentos para ampliação das redes de captação de água ou coleta de esgotos, ou seja, torna possível a implantação ou ampliação de tratamentos, como foi recentemente feito em São Paulo

50 Ver a respeito LEONE, Giovanni. *Opere Pubbliche tra Appalto e Concessione*, p. 56 e ss.

51 Vide nosso "As parcerias público-privadas no saneamento ambiental". In: *Parcerias público-privadas*, p. 276 e ss.

com a ampliação da Estação de Tratamento de Água de Taiacupeba⁵² ou na Bahia, com a construção do emissário de Jaguaribe⁵³.

14.2. Outra iniciativa que nos ocorre envolve a ampliação da infraestrutura de presídios. Aqui o problema está no fato de que a atividade que se serve destes equipamentos envolve indissociavelmente o manejo do poder extroverso, do monopólio estatal da violência legítima (refiro-me obviamente à atividade central de contenção prisional e não às atividades acessórias de hotelaria e conservação). Neste passo, as concessões administrativas podem permitir o cometimento ao particular da construção, manutenção e gestão operacional dos estabelecimentos prisionais, sem envolver as atividades inerentes à contenção, disciplina e correição prisional ou à execução penal.

14.3. Um terceiro campo em que os investimentos são necessários é a área de habitação popular, que também se mostra fértil para a implementação dessa espécie de PPP. Nessa seara o privado pode se comprometer a executar e gerenciar conjuntos habitacionais para um público elegível pelo Estado (v.g., população de baixa renda), construindo estas moradias, gerindo a gestão de crédito para os mutuários, conservando a infraestrutura condominial (áreas comuns, serviços de conservação básicos etc.), implementando e gerindo a infraestrutura urbana e, após certo prazo, deixando aquela comunidade em condições plenas de um bairro estruturado. Nesta espécie de PPP, que teve recentemente conluído o processo licitatório no Distrito Federal, inclusive, a remuneração do particular pode estar precipuamente atrelada à remuneração pelos adquirentes dos bens e à transferência de áreas acessórias para incorporação comercial ou mesmo alienação.

14.4. Por fim, um último campo que vislumbramos é o aberto para investimentos de entes federados para prover infraestrutura de suporte a serviços públicos que não sejam de sua titularidade, mas para cuja universalização o ente queira concorrer. Serve de exemplo a possibilidade de municípios promoverem PPP para prover infraestrutura de acesso à internet

52 Trata-se de projeto para ampliação da Estação de Tratamento de Água (ETA) do Reservatório de Taiacupeba, construção de adutoras e serviços correlatos, viabilizado por meio da contratação de uma PPP, mais especificamente de uma concessão administrativa.

53 Trata-se de projeto para a construção e operação do Sistema de Disposição Oceânica (SDO) do Jaguaribe, executado por meio de uma PPP. O SDO Jaguaribe se destina à ampliação e melhoria do sistema de saneamento básico no Município de Salvador e envolve obras referentes à ampliação do sistema de dutos de transporte de esgoto e construção e melhoria de uma Estação Elevatória (EE Saboeiro) e de uma Estação de Condicionamento Prévio (ECP).

em banda larga, de modo a concorrer com contrapartidas para que particulares, devidamente habilitados (concessionários, permissionários ou autorizados) perante o órgão regulador federal, firmem concessão administrativa pela qual se comprometem a prover a infraestrutura sobre a qual será prestado o serviço público de competência federal.

15. Em suma, são ainda inexploradas as possibilidades franqueadas pela Lei de PPP para a construção de infraestruturas no país. Embora reconheça as dificuldades geradas pela resistência cultural de parte da doutrina e dos órgãos de controle (entre nós, lamentavelmente, o novo é sempre suspenso) e pela baixa confiança do Estado em adimplir suas obrigações de longo prazo, tenho comigo que o desenvolvimento dos projetos de infraestrutura passa pelos arranjos contratuais mais desortunados e corajosos, que rompam com a tradição inercial da empreitada e com a armadilha da concepção estrita de serviço público delegável. Rompido o preconceito inicial, temos um mundo a construir. É chegada a hora de colocar em prática o que se elaborou com criatividade institucional.

Referências

- ARAÇÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Obra pública a custo zero. *Revista Trimestral de Direito Público*, 1993, v. 3.
- FERRERIA, Eduardo Paz; REBELO, Marta. O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 4, p. 63-79, out./dez. 2003.
- FREITAS DO AMARAL, Diogo; TORRAL, Lino. *Estudo sobre concessões*. Lisboa: Almedina, 2002.
- FREITAS, Juarez. "Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica". In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 678-770. v. 1.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- LEONE, Giovanni. *Opere Pubbliche tra Appalto e Concessione*. Padova: CEDAM, 1990.
- "Livro Verde sobre parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões". Disponível em

<http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!lexplus!pro
d!DocNumber&lg=pt&type_doc=COMfinal&an_doc=2004&nu
doc=327>. Acesso em: jan. 2009.

“Síntese do Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito co-
munitário em matéria de contratos públicos e concessões”. Disponível
em: <http://europa.eu/scadplus/leg/pv/lv/b/122012.htm>. Acesso em: jan.
2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “A duração dos contratos adminis-
trativos na Lei n. 8.666/93”. In: GARCIA, Maria (org.). *Estudos sobre a
Lei 8.666/93*. São Paulo: Forense Universitária, 1995, p. 168-184.

_____. “A nova regulação dos serviços públicos”. *Revista de Direito Admi-
nistrativo*, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002.

_____. “As parcerias público-privadas no saneamento ambiental”. In:
SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo:
Malheiros, 2005, p. 276-325.

_____. “Possibilidade de permissão de uso de bem público para paga-
mento de contrato de execução de obra pública”. *Boletim Licitação e
Contratos*, v. 9, p. 434-439, 1999.

_____. “Concessão de serviço público sem ônus para o usuário”. In: WAG-
NER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Direito Público: estudos em ho-
menagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey
Editora, 2004, p. 331-351.

_____. “Notas sobre a concessão de rodovias”. *Boletim de Direito Adminis-
trativo*, v. 4, p. 245-257, 2001.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações
da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes; ALVARENGA, José Eduardo de. “O novo
regime jurídico contratual: as parcerias público-privadas (PPPs)”. In:
CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes;
SANTOS, Márcia Walquíria Bausista dos. *Curso de direito administrativo
econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 641-677. v. 1.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de
PPP – Parceria público-privada*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. “Guia jurídico das parcerias público-privadas”. In:
SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo:
Malheiros, 2005, p. 15-44.

PRINCIPAIS ASPECTOS DAS RELAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E TRABALHISTAS ENVOLVIDOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL E EM PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

Juliano Sarmento Barra é doutorando e mestre em Direito
Previdenciário pela PUCSP. Especialista em Direito do Trabalho
pela PUCSP. Membro do Instituto de Direito Social Cesarino
Junior e da Comissão de Direito Previdenciário do Instituto dos
Advogados de São Paulo – IASP. Advogado em São Paulo, com
atuação nas áreas Previdenciária e Trabalhista.

1. Introdução

O cenário macroeconômico vem sendo retratado diturnamente nas
manchetes dos principais jornais do mundo com grande apreensão e com
relativo ceticismo diante dos fatores de “crise” que assolam a economia
global.

Estados Unidos e Europa, parâmetros para as demais economias, seguem
no limiar de contextos de recessão, sendo que os governantes, dia a mais
dia, promovem pacotes de incentivos econômicos nunca antes verificado na
história. O papel do Estado, tão criticado por liberais da escola de Adam
Smith, teve de ser revisito sendo escrita uma nova fase da doutrina econô-
mica neste início de século XXI.

Os conceitos de livre concorrência, livre mercado e a própria “mão in-
visível do mercado” tornaram-se um verdadeiro castelo de cartas, frágil,
diante das atitudes insensatas daqueles que operavam em Wall-Street e que
não mediram consequências para bateram metas e trizerem para si bônus
milionários em detrimento das perdas de milhões de investidores, grandes
e pequenos, de todo o mundo.

Vejamos que a doutrina keynesiana tem sido revisitada e muito citada por
comentaristas e pensadores que têm buscado respostas para os reais motivos