

# PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS: o instituto e seus aspectos polêmicos

Rogério Carlos Rost\*

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. **1. A Inserção Das PPPs no Direito Brasileiro.** 1.1. Justificativa da implantação das PPPs. 1.2. A lei 11.079/04. 1.3. Conceito e Modalidades. 1.4. Objeto, limites e vedações das PPPs. **2. O Procedimento das Parcerias Público-Privadas.** 2.1. Etapas da contratação de PPP. 2.2. Garantias ao parceiro privado. 2.3. Garantias à Administração Pública. 2.4. Licitação. 2.4.1. Edital. 2.4.2. Remuneração do parceiro privado. 2.5. Sociedade de propósito específico – SPE. 2.6. Contrato. **3. Aspectos Polêmicos da Lei Nº 11.079/04.** 3.1. Limite mínimo para celebração de contratos de PPP. 3.2. A vinculação de receitas públicas como forma de garantia. 3.3. Fundos especiais como forma de garantia. 3.4. Utilização da arbitragem para resolução de disputas. **CONSIDERAÇÕES FINAIS.** Referências Bibliográficas.

## RESUMO

O presente artigo apresenta uma análise das parcerias público privadas, instituídas através da Lei nº 11.079 de 30-12-2004, que se destinam à captação de recursos privados para o desenvolvimento de atividades em relação às quais a atuação isolada do Estado tem se revelado insuficiente. É visto como se inserem as PPPs no Direito Administrativo e Constitucional brasileiro e a justificativa de sua implantação, definindo sua aplicação, em comparação com a Lei nº 8.987/95 (Concessões) e com a Lei nº 8.666/93 (Licitações). São destacados o conceito de PPP e as principais características das três modalidades de concessão resultantes do surgimento desta lei: concessão patrocinada, concessão administrativa e concessão comum. São examinados o objeto, limites e vedações de sua aplicação, o procedimento e etapas de implementação e outros aspectos peculiares das PPPs. Também são abordados temas controvertidos com o registro dos argumentos de doutrinadores sobre aspectos polêmicos da Lei nº 11.079/04.

---

\* Graduado em Administração de Empresas – PUCRS, Pós-graduado em Administração – Especialização em Marketing - PUCRS, Graduando em Direito – PUCRS.

Palavras Chave: Direito Administrativo, concessão de serviço público, parceria público-privada, licitação, contrato administrativo.

## **ABSTRACT**

The present article presents an analysis of the public-private partnerships, instituted through the Law number 11.079 of 30-12-2004, that if they destine to the captation of private resources for the development of activities in relation which the isolated performance of the State if has disclosed insufficient. It is seen as if they insert the PPPs in the Administrative law and Constitutional Brazilian and the justification of its implantation, defining its application, in comparison with the Law number 8.987/95 (Concessions) and with the Law number 8.666/93 (Licitations). The PPP concept of and main characteristic of the three resultant modalities of concession of the sprouting of this law are detached: sponsored concession, administrative concession and common concession. The object, limits and prohibitions of its application are examined, the procedure and stages of implementation and other peculiar aspects of the PPPs. Also they are boarded subjects controverted with the register of the arguments of specialists on controversial aspects of the Law number 11.079/04.

Key Words: Administrative law, utility concession, public-private partnership, licitation, administrative contract.

## **INTRODUÇÃO**

O desenvolvimento econômico de um país está relacionado à capacidade de seu governo para proporcionar obras de infra-estrutura necessárias para alavancar o crescimento, tais como construção e manutenção de estradas de rodagem, ferrovias, portos, hidroelétricas, entre outras. Os governos municipais, estaduais e até mesmo o Federal, têm demonstrado historicamente uma falta de recursos para investimentos em infra-estrutura.

Nesse contexto é que surge a Lei das Parcerias Público-Privadas. Publicada em 31 de dezembro de 2004, sob o número 11.079, elaborada para propiciar ingresso de recursos do setor privado na consecução de serviços públicos, mediante o compartilhamento de riscos. A lei define as normas gerais para o novo contrato administrativo (PPP), delimita seu âmbito de aplicação, estabelece seu conceito e enumera os princípios a que se subordina.

A PPP envolve, por um lado, a utilização de recursos privados para que o Estado atinja seus objetivos e, por outro, possibilita ao setor privado a atuação em atividades cuja natureza sempre foi mais afeita ao setor público. O mecanismo catalisador da parceria, e uma das principais inovações da lei, é a garantia prestada pelo setor público ao setor privado sobre suas possibilidades de retorno, mecanismo até então não previsto na legislação atinente às concessões.

O objetivo deste artigo é analisar o texto da Lei das PPPs visando identificar suas inovações no cenário das concessões públicas, seu funcionamento, vantagens e riscos, bem como apontar questões controversas.

Será abordado o instituto das PPPs em seus aspectos mais importantes, a legislação, como se deu sua inserção no Direito brasileiro, comparado-se a nova lei com a legislação vigente, especialmente com a Lei nº 8.987/95 (Concessões) e com a Lei nº 8.666/93 (Licitações), com uma ênfase maior ao caso da União. A cada ponto em que haja crítica relevante da doutrina ao texto legal, será, abordada na seqüência, visando não perder a lógica da apresentação do tema. Porém, alguns pontos específicos da legislação que mereceram maior atenção de autores de renomada, por serem polêmicos, receberão destaque na parte final desse artigo.

## **1. A INSERÇÃO DAS PPPS NO DIREITO BRASILEIRO.**

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até a publicação da Lei das PPPs em 2004, houve um grande movimento no ordenamento jurídico brasileiro no sentido da diminuição do tamanho do Estado. Seguindo uma forte tendência mundial o Brasil ingressou em um processo de retirada do Estado da economia.

Várias normas constitucionais e infraconstitucionais atestam esse movimento. Em 1990, foi criado o Programa Nacional de Desestatização – PND (Lei

8.031/90). A Constituição Federal, a partir de 1995, experimentou uma série de mudanças em suas regras através de emendas constitucionais que em sua maioria tinham teor privatista, desnacionalizador e neoliberal<sup>1</sup>. Com essas emendas (EC 05, 06, 07, 08 e 09) foram quebrados monopólios estatais e de tratamentos diferenciados a empresas brasileiras.

A partir de 1996 surgem as agências reguladoras. A primeira foi a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, através da Lei 9.427/96. Em 1998 surgiu a “Reforma Administrativa”, através da EC 19 que também acrescentou, de forma expressa no *caput* do art. 37, o *princípio da eficiência*<sup>2</sup>. Esse princípio é o norteador do modelo das PPPs, pois além de interessar-se pelo capital privado, a Administração Pública visa a eficiência na gestão dos negócios, própria da iniciativa privada.

### **1.1. Justificativa da implantação das PPPs.**

As Parcerias Público-Privadas se mostram uma modalidade de contratação entre o setor público e o setor privado, por meio de uma empresa privada ou um consórcio de empresas, em acordos de longo prazo, acima de cinco anos e até trinta e cinco, visando o fornecimento de um produto ou serviço, em que o parceiro privado é o responsável pelo financiamento do empreendimento. A remuneração só se efetiva após a disponibilização do serviço e segundo o seu desempenho na execução do contrato.

A formatação mais completa para organização do acordo é aquela na qual o parceiro privado: projeta, constrói, financia, opera e mantém o empreendimento. A sinergia ou a conjugação entre esses elementos é o que possibilita a obtenção de ganhos de eficiência e economicidade para os projetos<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 660.

<sup>2</sup> O princípio da eficiência administrativa consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade com razoável rapidez, consoante o inciso LXXVIII do art. 5º CF, e em condições econômicas de igualdade dos consumidores. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 672.

<sup>3</sup> COSTA, José Andrade. **As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e o Programa do Estado da Bahia**. Disponível em: <[http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/PPP/Revista\\_Bahia\\_Invest\\_V\\_04\\_j\\_unho\\_2006.pdf](http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/PPP/Revista_Bahia_Invest_V_04_j_unho_2006.pdf)> Acesso em: 10 out. 2007.

Nas PPP's, o que se tem é uma única empresa para projetar, construir, operar e manter. Ao saber que a sua remuneração somente se dará após o início da operação, a tendência é a manutenção de todos os prazos, minimização de custos durante a construção, para que se tenha maiores retornos, e execução do empreendimento com qualidade, para menores custos de manutenção futura<sup>4</sup>.

As PPP's se mostram interessantes porque podem suprir a escassez de capitais do setor público para a realização de investimentos e também porque o modelo se revela mais eficiente.

## **1.2. A lei 11.079/04**

Com a publicação da Lei federal nº 11.079 em 30 de dezembro de 2004, cuja entrada em vigor se deu na data de publicação, instituiu-se normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme traz seu art. 1º. Trata-se de um novo modelo para contratações públicas, implementado sob o regime de concessão pública através das modalidades de concessão patrocinada e concessão administrativa, criadas pela nova Lei.

O fundamento constitucional legitimador da produção desse diploma legal tem assento no art. 22, XXVII, da Constituição Federal, que concede à União poder para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação pública.

Além de normas gerais para a contratação de PPPs, as quais deverão ser observados pelos demais entes federados na criação de suas legislações, editais e contratos, a Lei traz dispositivos aplicáveis unicamente à União, em seu Capítulo VI.

A Lei nº 11.079/2004, assim como as demais leis que tratem sobre PPPs no âmbito dos demais entes da Federação, não é por si só um marco regulatório. A sua criação tem como objetivo principal fomentar a utilização das PPPs e preencher determinadas lacunas legais atualmente existentes, complementando as regras

---

<sup>4</sup> Ao modo tradicional de uma contratação, conforme art. 9º da Lei nº 8.666/93, o setor público, quando pretende a realização de um empreendimento, primeiro procede a uma licitação para a escolha de empresa que elabore o projeto básico. Depois, realiza uma outra licitação para a seleção da empresa, objetivando a construção do empreendimento, mas impedindo que a empresa que elaborou o projeto também participe dessa segunda licitação. Executado o empreendimento, o setor público passa a assumir a sua operação e manutenção.

aplicáveis às concessões públicas, aos procedimentos licitatórios e aos contratos administrativos.

Embora haja semelhanças entre as concessões previstas na Lei das PPPs e as formas de contratação reguladas na lei de Concessões e na Lei de Licitações, os objetivos e o regime jurídico aplicável fazem com que essas novas modalidades contratuais sejam totalmente inovadoras no País.

O objetivo da Lei das PPPs, no sentir de Diógenes Gasparini<sup>5</sup> é motivar e disciplinar, com regras seguras e melhores atrativos econômicos, inexistentes nas atuais parcerias, a participação dos agentes privados e o aporte de recursos financeiros e tecnológicos na consecução do interesse público, de que, em termos de eficiência, com raras exceções, carece a Administração Pública. Visa também o aproveitamento da agilidade da atuação privada na execução do objeto da parceria contratada, pois livre de certas peias burocráticas.

### **1.3. Conceito e Modalidades**

O art. 2º da Lei federal das PPPs define sucintamente a parceria público-privada como o contrato administrativo de concessão na modalidade patrocinada ou administrativa. Os dois primeiros parágrafos do mesmo artigo trazem as definições dessas modalidades de concessão. Diogenes Gasparini conceitua as PPPs como:

[...] um contrato administrativo de concessão de serviço ou de obra pública, por prazo certo e compatível com o retorno do investimento, celebrado pela Administração Pública com certa entidade privada, remunerando-se o parceiro privado conforme a modalidade adotada, destinado a regular a implantação ou gestão de serviços mesmo com a execução de obras, empreendimentos ou outras atividades de interesse público.<sup>6</sup>

Após a edição da Lei nº 11.079/2004, passou-se a ter no Direito Administrativo brasileiro três modalidades de concessão. O artigo 2º da Lei, em seus três primeiros parágrafos definiu as modalidade de concessão patrocinada,

---

<sup>5</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 382.

<sup>6</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 380.

concessão administrativa e concessão comum, das quais somente as duas primeiras constituem-se em parcerias público-privadas.

Concessão patrocinada, conforme definição do § 1º do artigo 2º da Lei 11.079, é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. É regida pela Lei federal das PPPs, aplicando-se subsidiariamente a Lei federal das Concessões e Permissões, ou seja, a Lei nº 8.937/95. Conforme estudo comparativo entre as três modalidades de concessão de Maria Di Pietro<sup>7</sup>, o objeto da concessão patrocinada pode ser a execução de um serviço público ou de uma obra pública, não diferindo substancialmente da concessão comum, em que também é possível contraprestação do poder público, sob forma de subsídio, só que na concessão patrocinada a contraprestação do Poder Público é obrigatória, e na concessão comum excepcional. Além disso, a concessão patrocinada está sujeita ao regime estabelecido pela Lei nº 11.079/04, aplicando-se apenas subsidiariamente a Lei nº 8.987/95.

A concessão patrocinada é aquela que envolve a concessão de serviço ou de obras públicas que não sejam auto-sustentáveis, na qual, além da tarifa cobrada dos usuários do serviço, há a contraprestação do parceiro público ao parceiro privado. O § 3º do art. 10. da Lei nº 11.079/2004 determina que essa contraprestação da Administração Pública não poderá ser superior a 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado, salvo se houver autorização legislativa específica.

É exemplo dessa espécie de parceria público-privada, conforme Diogenes Gasparini<sup>8</sup>, a concessão de serviços de transporte coletivo de passageiros por meio de ônibus com a obrigação de executar, implantar e explorar certa estação rodoviária, em que o concessionário ou parceiro privado cobraria dos usuários pelos serviços prestados uma tarifa e, ainda, receberia do parceiro público um adicional para manter o equilíbrio da equação financeira contratual.

Concessão administrativa, conforme definição do § 2º do artigo 2º da Lei 11.079, é o contrato de prestação de serviços dos quais Administração Pública é a

---

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006, p. 54-55.

usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Ainda conforme a sistematização de Maria Di Pietro, a concessão administrativa, “cuja denominação é inadequada porque toda concessão é administrativa”<sup>9</sup>, constitui um misto de empreitada e de concessão: de empreitada, porque a remuneração é feita pelo poder público e não pelos usuários; de concessão, porque seu objeto poderá ser a execução de serviço público, razão pela qual seu regime jurídico será semelhante ao da concessão de serviços públicos, já que além de ser regulada pela Lei federal das PPPs, irá se submeter a normas aplicáveis à concessão comum, na parte que confere prerrogativas públicas ao concessionário, como as previstas nos artigos 21, 23, 24 e 27 a 39, da Lei nº 8.987/95 e art. 31 da Lei nº 9.074/95, conforme determina o artigo 3º da Lei das PPPs.

Concessão comum, conforme definição do § 3º do artigo 2º da Lei 11.079, é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, não se constituindo parceria público-privada. Nesse sentido, o art. 3º, § 2º, indica que as concessões comuns continuam regidas pela Lei no 8.987, e pelas leis que lhe são correlatas, não se lhes aplicando o disposto na Lei das PPPs.

A concessão comum, ou concessão de serviço público, em sua forma tradicional, ainda conforme a sistematização de Maria Di Pietro<sup>10</sup>, constitui-se num contrato administrativo em que a Administração Pública transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o execute por sua conta e risco mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço; seu objeto é a execução de um serviço público e sua remuneração básica é a tarifa paga pelo usuário, havendo possibilidade de previsão contratual de outras formas de remuneração, alternativas, acessórias, complementares ou decorrentes de projetos acessórios, conforme art. 11 da Lei nº 8.987/95. Existe a possibilidade de haver subsídios pelo Poder Público, limitado pela norma do art. 17 da Lei nº 8.987/95, sendo cabível apenas quando previsto em lei e garantido em igualdade de condições a todos os licitantes.

---

<sup>8</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo** – 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 380.

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006, p. 54-55.



Nas concessões tradicionais, diferentemente do que ocorre com as concessões patrocinadas, o empreendimento é auto-sustentável. A remuneração desse tipo de concessionário é, em regra, auferida da diferença entre o custo necessário para prestar o serviço e o preço obtido com a cobrança. Trata-se do conceito de exploração do serviço público por “conta e risco” do concessionário.

Exemplo de uma concessão administrativa, definida na Lei da Parceria público-privada, seria a construção e administração de uma penitenciária por um agente privado, que receberia o retorno de seu investimento e a remuneração pela prestação dos serviços direta e exclusivamente do Estado, afastando-se assim do conceito de concessão comum, que exige que o pagamento seja feito pelo usuário dos serviços.

#### **1.4. Objeto, limites e vedações das PPPs.**

O regime jurídico das parceria público-privada é um só, mas seu objeto, ou área de aplicação da atividade pública, é múltiplo. Assim, podem ser utilizadas na implementação de políticas sociais, voltadas ao desenvolvimento público, nas áreas: da educação, saúde e assistência social; dos transportes públicos; do saneamento básico; da segurança; do sistema penitenciário; da defesa e justiça; da ciência, pesquisa e tecnologia; do agronegócio; e do sistema portuário, como indicam as leis estaduais, dada a notória carência de recursos públicos para de modo rápido e eficaz atender a demanda comunitária há muito reprimida. A Lei federal nesse particular é omissa, mas as parcerias federais podem ocorrer nessas e em outras áreas, desde que respeitada a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado, conforme determina art. 4º, III<sup>11</sup>.

Por serem as PPPs definidas em lei como modalidades de concessão de serviço público, nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>12</sup>: “obviamente seu objeto só pode ser a prestação de um serviço público (ainda que para isto necessite

---

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006, p. 54-55.

<sup>11</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 382.

englobar outras atividades)”. Assim, segue o autor; “o objeto das PPPs será necessariamente a prestação de utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelos administrados”. Nesse sentido, toda tentativa de efetuar contratos de PPPs tendo como objeto alguma atividade que não seja serviço público seria aberrante, resultando em evidente nulidade do contrato.

O parágrafo 4º do art. 2º da Lei determina que só se admitem contratos de PPP quando o valor for igual ou superior a vinte milhões de reais<sup>13</sup>, por um prazo não inferior a 5 anos e que não tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública. Também está proibido, segundo o art. 4º, I, o contrato de PPP quando seu objeto envolver a delegação das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

Já o art. 5º, que trata das cláusulas obrigatórias dos contratos, determina em seu inciso I que conste cláusula referente ao “prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco) anos, nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação”. Segundo Maria Di Pietro<sup>14</sup>, valem para as PPPs os mesmos critérios da prorrogação nas concessões. Nesse sentido, ressalta a autora que é possível haver prorrogação de contrato desde que tenha sido prevista no edital e no contrato, ainda que a Lei nº 8.987 só trate dessa exigência no art. 23, inciso XII, entre as cláusulas essenciais ao contrato de concessão. Isso porque o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, inerente a todos os tipos de licitação, conforme o art. 3º da Lei nº 8.666, impediria a previsão, apenas no contrato, se não tivesse havido a menção expressa a essa possibilidade no edital da licitação, que é o instrumento adequado para estabelecer os critérios e as condições de que a prorrogação será possível.

Há ainda limites de ordem orçamentária restringindo a capacidade de contratar parceria público-privada. No âmbito da União, o art. 22 autoriza a União a celebrar contratos de PPPs somente quando “a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as

---

<sup>12</sup> MELLO, Celso A Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. revista e atual. até a EC 48/2005. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 728-729.

<sup>13</sup> A fixação de valores mínimos para contratação de PPPs pela lei federal recebeu críticas de boa parte da doutrina, assunto que será mais bem estudado adiante.

despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subseqüentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios”. Regra similar consta no art. 28 da mesma lei, vedando a concessão de garantias pela União, bem como a realização de transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios que ultrapassem esses limites. Funcionando assim como um limitador à celebração de contratos por esses entes, pois do contrário, ficariam esses, sem os repasses federais voluntários, vitais à sobrevivência financeira de Estados e Municípios.

## **2. O PROCEDIMENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.**

Antes de tudo, é necessário o embasamento legal para o uso das PPPs. Sabe-se que o Direito Administrativo tem como princípio básico o da legalidade, conforme art. 37, *caput*, CF, o qual determina que, como já ensinava o saudoso professor Hely Lopes Meirelles<sup>15</sup>: “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”. A Lei nº 11.079/2004 surge como marco legal autorizativo dos processos de PPPs. Trata-se de norma geral, que deve ser seguida pelos Estados, Municípios e Distrito Federal para implantação de seus projetos de PPPs, além de tratar de normas específicas da União. Editada a lei geral, cabe a cada ente elaborar sua própria legislação.

### **2.1. Etapas da contratação de parceria público-privada**

Havendo lei, o Poder Público deverá criar órgão gestor de PPPs federais. Essa exigência contida na Lei não é norma geral, não obrigando assim os demais entes federativos a sua observância. Entretanto, Estados e Municípios têm adotado a criação de órgão análogo. Esse órgão é que vai escolher quais projetos têm condições de viabilizarem-se como parceria público-privada, fazendo os

---

<sup>14</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006, p.184 e 131.

<sup>15</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. (atual. Eurico Azevedo et al.). São Paulo: Malheiros, 1996, p. 82.

encaminhamentos necessários para o desenvolvimento do processo. No âmbito da União, o Decreto nº 5.385/05 (alterado pelo Decreto nº 6.037/07) instituiu o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal – CGP para gerir as PPPs federais.

As principais competências do CGP, estabelecidas pelo art. 3º e incisos do Decreto nº 5.385, são: definir os serviços prioritários para execução no regime de PPP e os critérios para subsidiar a análise sobre a conveniência e oportunidade de contratação sob esse regime, disciplinar os procedimentos, criar modelos e aprovar a apresentação de projetos, editais e contratos de PPP; autorizar a abertura de procedimentos licitatórios, realizar o acompanhamento da execução das PPPs e envio de relatórios ao Congresso Nacional e ao TCU.

Também antes de se tratar especificamente de um projeto, é necessário que estejam constituídas as formas de garantia para as obrigações pecuniárias. No caso da União, foi escolhida a criação do Fundo Garantidor das PPPs - FGP, gerido pelo Banco do Brasil. A função precípua do FGP é a de ressarcir os parceiros privados por possíveis prejuízos no caso de incapacidade do Poder Público para honrar os compromissos assumidos nos contratos de parceria. O FGP é um só, e não está vinculado a uma determinada parceria *a priori*, mas à medida que os contratos forem sendo celebrados, há a vinculação do respectivo valor no lastro garantidor, reduzindo proporcionalmente sua capacidade de garantia para novos empreendimentos. Esse fundo é composto por participações acionárias da União em sociedades de economia mista disponíveis para venda, conforme determina o Decreto nº 5.411/2005.

Para a escolha dos projetos de PPP a serem implementados são levados em consideração estudos prévios realizados pelo órgão da Administração ao qual está afeto o projeto.

Definido o projeto que há interesse de implementar-se através de uma PPP, é necessária a realização de audiência pública com exposição da minuta do edital e do contrato e estudo de impacto ambiental, entre outros.

Após a audiência pública, deve ser realizada a licitação para a escolha do parceiro, o qual, antes da celebração do contrato, deverá proceder a criação da sociedade de propósito específico (SPE), que se constituirá na prática no parceiro privado.

## **2.2. Garantias ao parceiro privado**

Uma das principais inovações trazidas pela Lei nº 11.079/2004 é a garantia ao setor privado de que as obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público serão cumpridas, independentemente de dificuldades financeiras da Administração. Infelizmente o inadimplemento do Poder Público junto a seus credores é prática comum, o que afastaria qualquer investidor das PPPs considerando os grandes volumes de capital envolvidos nesse tipo de negócio.

O art. 8º da Lei das PPPs prevê vários mecanismos de garantia ao parceiro privado. Podem ser através de vinculação de receitas, observadas as vedações constitucionais a essas vinculações contidas no Inciso IV do art. 167 CF; criação ou utilização de fundos especiais; contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; ou outros mecanismos admitidos em lei. Essas opções constam na parte da lei se refere a normas gerais para contratação de PPPs, cabendo a cada ente federado definir qual mecanismo adotará, antes do início do processo de contratação.

A constitucionalidade das formas de garantia ao parceiro privado contidas no art. 8º da Lei das PPPs é questionada por boa parte da doutrina, assunto que será tratado na terceira parte deste trabalho.

## **2.3. Garantias à Administração Pública**

A Lei nº 11.079/2004 determinou em seu art. 5º, *caput* e inciso VIII, que é condição para a celebração do contrato de parceria público-privada a fixação neste, de garantias de responsabilidade do parceiro privado cuja execução seja suficiente e compatível como os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos parágrafos 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666/93. O § 3º limita o percentual dessa garantia em até 10% do valor do contrato. Os ônus e riscos deverão ser avaliados criteriosamente pelo parceiro público de modo a justificar o percentual da garantia imposto em razão do contrato, sempre até o limite de 10% do valor contratado.

O parágrafo 5º do art. 56 da Lei nº 8.666/93, cuja observância também é prescrita pelo inciso VIII do art. 5º da Lei nº 11.079/2004, determina que nos casos em que o contrato envolver a entrega de bens públicos ao contratado que será seu depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens. Nos contratos na modalidade de concessão patrocinada, a prestação de garantias deve atender ao disposto no inciso XV do art. 18 da Lei das Concessões e Permissões. Nesse caso, além da garantia comum de execução do contrato, há outra, específica para obras envolvidas na parceria público-privada.

## **2.4. Licitação**

A licitação para contratação de parceria público-privada é tratada no Capítulo V da Lei nº 11.079/04, que em seu art. 10, determina que esta seja obrigatoriamente feita pela modalidade de concorrência, condicionando a abertura do procedimento à observância de algumas formalidades, que podem ser resumidas às seguintes<sup>16</sup>: (a) autorização pela autoridade competente, devidamente motivada com a demonstração da conveniência e oportunidade da contratação de PPP; (b) demonstração de cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101, de 4-5-2000; (c) submissão da minuta do edital e do contrato a consulta pública, a não menos que 30 dias antes da publicação do edital da licitação, mediante a publicação de aviso na imprensa, no qual serão informados a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato e o seu valor estimado; e (d) licença ambiental prévia ou diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto exigir. O certame licitatório observará o procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos, que é a Lei federal nº 8.666/93.

No âmbito da União, por força dos artigos 14 e 15 da Lei das PPPs, as minutas dos editais deverão ser elaboradas pelo Ministério ou Agência Reguladora cuja área de competência se insira o objeto do contrato. A autorização para contratação será dada pelo órgão gestor, a qual deve ser precedida de estudo técnico sobre a conveniência e oportunidade da contratação e o cumprimento da lei

---

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006, p. 185.

de Responsabilidade Fiscal. Sobre este estudo técnico, haverá manifestação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, quanto ao mérito do projeto, e do Ministério da Fazenda, quanto à viabilidade da concessão de garantia e a sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento do limite que traz o artigo 22 da Lei das PPPs.

#### 2.4.1. Edital

O conteúdo do edital de concorrência para a contratação das PPPs está disciplinado nos artigos 11, 12 e 13 da Lei nº 11.079/2004, o qual deve indicar de forma expressa a submissão da licitação à Lei federal das PPPs.

Por força do art. 11, *caput*, deverão também ser observados nos editais de contratação de PPPs, no que couber, os comandos estabelecidos nos parágrafos 3º e 5º do art. 15, os artigos 18, 19 e 21 da Lei das Concessões e Permissões, o que significa: (a) possibilidade de recusa de propostas manifestamente inexeqüíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação (§3º do art. 15); (b) preferência à proposta apresentada por empresa brasileira quando houver igualdade de condições (§4º do art. 15); (c) elaboração do edital pelo poder concedente segundo os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos, com a inclusão dos itens especialmente indicados (nos incisos do art. 18); (d) observância das normas sobre participação de empresas em consórcio (art. 19); (e) exigência de serem postos à disposição dos interessados os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, cabendo ao vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital (art. 21).

O mesmo art. 11 da Lei nº 11.079/2004, em seu inciso III autoriza (não obriga) a previsão em edital da possibilidade do emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem<sup>17</sup>, decorrentes ou relacionadas com o contrato de parceria público-privada, nos termos da Lei nº 9.307/96;

O edital poderá, conforme autoriza o art. 13 da Lei das PPPs, prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento prevista na Lei nº 8.666/93.

---

<sup>17</sup> A possibilidade do uso de arbitragem solução de conflitos envolvendo a Administração Pública gerou grande controvérsia na doutrina, tema que será aprofundado na terceira parte deste artigo.

Nesse caso poderá ser examinada a habilitação do segundo classificado no julgamento das propostas, apenas se o primeiro for inabilitado ou desclassificado, e assim sucessivamente.

As propostas econômicas terão sua forma de apresentação definidas no edital dentre as seguintes opções, admitidas no inciso III do art. 12: (a) propostas escritas em envelopes lacrados; ou (b) propostas escritas, seguidas de lances em viva voz, os quais serão efetuados na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances. O edital, de acordo como o § 1º do mesmo artigo, poderá restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta seja no máximo 20% maior que o valor da melhor proposta.

A Lei das PPPs prevê ainda, no inciso IV do art. 12, que o edital poderá permitir o saneamento de falhas, a complementação de insuficiências ou ainda correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.

#### 2.4.2. Remuneração do parceiro privado

A Lei nº 11.079/2004 não disciplina de forma expressa a remuneração do parceiro privado. Porém, como salienta Diogenes Gasparini<sup>18</sup>, é evidente que esse personagem faz jus a uma adequada remuneração, sob pena de locupletamento sem causa por parte da Administração Pública. O art. 7º da Lei das PPPs impõe que a contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato da parceria público-privada.

Nos casos de PPP ajustada na modalidade de concessão patrocinada, o parceiro privado será remunerado pela tarifa do usuário conforme sua proposta econômica, acrescida da contraprestação do parceiro público, conforme § 1º do art. 2º, nos termos do edital e do contrato de parceria. O § 3º do art. 10 determina que caso a parcela da remuneração ao parceiro privado paga pela Administração Pública ultrapasse 70% (setenta por cento) haverá a necessidade de autorização legislativa específica.

---

<sup>18</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 385.



Há ainda outra forma possível de remuneração ao parceiro privado, que consta no parágrafo único do art. 6º da Lei das PPPs. Trata-se de remuneração variável, vinculada ao desempenho do parceiro privado, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato e naturalmente estabelecidas no respectivo edital.

## **2.5. Sociedade de propósito específico -SPE**

O artigo 9º da Lei das PPPs determina que antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, cujo “propósito específico” é justamente o de implementar e gerir o objeto da parceria. A constituição desta nova sociedade tem por finalidade precípua separar os negócios da PPP de qualquer outro negócio da empresa, inclusive para a assunção de capital de terceiros.

Embora a lei não traga uma definição da SPE, tampouco indique sua composição societária, Diógenes Gasparini entende ser possível afirmar-se que se trata de “sociedade constituída pelos parceiros público e privado, unidos por força de certo processo de licitação ou em razão de sua dispensa ou inexigibilidade, com quem a Administração Pública ajustará o contrato de parceria público privada”<sup>19</sup>, representando assim, seu instrumento legal. Ainda, segundo o autor, resta notório que para cada parceria público-privada desejada pela Administração Pública haverá uma sociedade de propósito específico para implantá-la e gerir seu objeto.

É possível a transferência do controle da sociedade de propósito específico, mediante autorização expressa da Administração Pública, nas condições do edital e do contrato, conforme o § 1º do art. 9º; desde que observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987/95, ou seja, o pretendente deve atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço e comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

---

<sup>19</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 390.

## 2.6. Contrato

A Lei federal das PPPs estatuiu, de forma expressa, que a relação jurídica existente entre os parceiros é de natureza contratual, regulada pelo Direito Administrativo, mas cujo regime é dado por esse diploma legal. É, em suma, um contrato administrativo que se regula pelas respectivas cláusulas, sendo-lhe aplicável, supletivamente a teoria geral dos contratos.

No contrato de PPP, as partes são denominadas respectivamente: parceiro público e parceiro privado. O parceiro público, pode ser qualquer órgão da Administração Pública direta a cargo do qual está o serviço ou obra a serem executados em parceria com o particular. Também podem contratar PPPs os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e ainda as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em relação à possibilidade de contratação de PPPs pelos fundos especiais ou pelas “demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”, conforme o art. 1º da Lei, Toshio Mukai<sup>20</sup> afirma ser inconstitucional por contrariar o disposto no art. 22, XXVII da Constituição Federal. Quanto aos fundos especiais, segue o autor, pesa ainda o fato de que estes, não tendo personalidade jurídica, não podem exercer direitos e contrair obrigações.

O parceiro privado, conforme Diogenes Gasparini<sup>21</sup>, é empresa privada, pessoa jurídica constituída inteiramente por particulares, sob a égide do Direito Privado, não podendo ser a própria pessoa física o parceiro privado, nem empresa individual, atualmente chamado apenas de empresário.

Embora o próprio contrato faça parte do edital, como anexo, para que seu conteúdo seja válido, é necessário que haja previsão expressa do conteúdo de suas cláusulas no respectivo edital.

A Lei federal das PPPs estabeleceu, em seu artigo 5º, *caput*, que as cláusulas dos contratos de parceria público-privada deverão atender, no que couber, ao disposto no art. 23 da Lei das Concessões e Permissões.

---

<sup>20</sup> MUKAI, Toshio. **Parcerias público-privadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 4.

<sup>21</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 383.

Além disso, o art. 5º em seus incisos, impõe a presença de cláusulas que tratam: do prazo do contrato, sendo mínimo de cinco e máximo de trinta e cinco anos, incluídos neste, eventual prorrogação; das penalidades aplicáveis aos parceiros, em caso de inadimplemento contratual; dos fatos que caracterizam a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, da forma de acionamento da garantia; da repartição de riscos entre os parceiros, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; dos mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços; dos critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado. Também é necessária previsão da prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos; do compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos do projeto e da realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

No que concerne a repartição dos riscos entre as partes, prevista no inciso III do artigo 5º da Lei das PPPs, inclusive os decorrentes de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, Celso Bandeira de Mello<sup>22</sup> lembra que na concessão comum, não há essa repartição, pois o concessionário age por sua conta, riscos e perigos, por serem estes inerentes a qualquer empreendimento, quais sejam os que respondem à chamada álea ordinária<sup>23</sup>. Inversamente, correm por conta do poder concedente os que resultem da chamada álea extraordinária, ou seja, os oriundos do fato do príncipe, os compreendidos no âmbito da teoria da imprevisão e das chamadas “sujeições imprevistas”.

Em relação às PPPs, não obstante conste na Lei, o autor afirma que não devem ser repartidos e sim suportados somente pelo Poder Público os riscos

---

<sup>22</sup> MELLO, Celso A Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. revista e atual. até a EC 48/2005. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 736.

<sup>23</sup> A álea ordinária corresponde aos riscos normais de qualquer empreendimento e que devem ser suportados pelo concessionário. Não ensejam qualquer cobertura por parte do poder concedente. (PERTSCHI, Luciano Karlo. As cláusulas de reajuste e de revisão de tarifas face ao princípio da modicidade nos contratos de concessão de serviço público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1077, 13 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8527>>. Acesso em: 18 maio 2008).

advindos de suas faltas contratuais ou o surgimento de situação imprevista ocasionada pela atuação do parceiro privado orientando-se em informações técnicas oferecidas e afiançadas como bastantes pelo Poder Público caracterizando assim as “sujeições imprevistas”.

Por outro lado, adverte ainda o conceituado autor, deve-se ter cuidado ao analisar o caso fortuito, pois nesse não pode ser incluído o insucesso na estimativa quanto ao afluxo de usuários do serviço ou seu superveniente declínio, sob a argüição de que sobrevieram causas fortuitas para determinar tal resultado. Os prejuízos disto decorrentes terão que ser inteiramente suportados pelo parceiro privado, sem divisão alguma com o parceiro público, pois fazem parte da álea normal do empreendimento.

No que diz respeito ao fato do príncipe tem o autor o mesmo entendimento de Maria Di Pietro<sup>24</sup> que afirma não ser possível onerar-se o parceiro privado com o encargo de repartir riscos oriundos do fato do príncipe, pois o princípio constitucional da responsabilidade (objetiva) do Estado, contida no artigo 37, § 6º CF<sup>25</sup>, impediria tal solução. A autora conclui que a repartição de riscos só pode ocorrer quando o desequilíbrio decorrer de fato estranho à vontade de ambas as partes, como ocorre nos casos de força maior e de álea econômica extraordinária, dando esta última, margem à aplicação da teoria da imprevisão<sup>26</sup>.

Relativo à responsabilidade objetiva do Estado (37, § 6º CF), é oportuno citar decisão do STF:

Entre as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público a que alude o § 6º do art. 37 da CF se incluem as permissionárias de serviços públicos. Pela teoria do risco administrativo, a responsabilidade objetiva permite que a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado demonstre a culpa da

---

<sup>24</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006, p. 171.

<sup>25</sup> O parágrafo 6º do Art. 37 da CF 88, que trata da responsabilidade objetiva do Estado tem o seguinte texto: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

<sup>26</sup> A teoria da imprevisão, também chamada de cláusula *rebus sic stantibus*, consiste no reconhecimento de que a ocorrência de acontecimentos novos, imprevisíveis pelas partes e a elas não-imputáveis, refletindo sobre a economia ou na execução do contrato, autorizam sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes. (GAGLIANO, Pablo Stolze. Algumas considerações sobre a Teoria da Imprevisão . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2206>>. Acesso em: 18 maio 2008).

vítima, a fim de excluir a indenização ou de diminuí-la (RE 206.711-3-RJ, STF/1ª T., RT 770/183)<sup>27</sup>.

Concernente ao compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado, indicado no art. 5º, §2º da Lei das PPPs, não há unanimidade na doutrina. Segundo Maria Di Pietro<sup>28</sup> a regra se justifica, pois o poder público poderá oferecer garantias ao financiador do projeto, reduzindo, dessa forma, os riscos do empreendimento e possibilitando maiores ganhos econômicos pelo parceiro privado, os quais deverão ser compartilhados com o poder público. Cita como exemplo, se o financiador impor encargos financeiros menores pelo financiamento concedido ao parceiro privado, este deverá repartir esse benefício com o parceiro público, reduzindo proporcionalmente o valor de sua proposta.

No entender de Toshio Mukai<sup>29</sup>, trata-se de norma injusta, pois, se o parceiro privado teve redução do risco de crédito dos financiamentos que utiliza, são devido a seus méritos, não havendo porque compartilhar os ganhos econômicos desse fato com a Administração. Em outra linha, Celso Bandeira de Mello<sup>30</sup>, assevera que “a hipótese é aparentemente improvável e de difícil operacionalização prática – com o que seria inseqüente a atribuição de tal vantagem ao parceiro público”.

O conteúdo do contrato de parceria público-privada deve conter também as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais, onde devem ser previstos os reajustes e seus índices, a correção monetária e eventuais revisões, conforme estabelece o inciso IV do artigo 5º da Lei nº 11.079/2004. O parágrafo primeiro do mesmo artigo determina a aplicação de cláusulas de atualização.

A Lei nº 11079/04, não dispõe sobre equilíbrio econômico-financeiro do contrato, porém, como bem observa Maria Di Pietro<sup>31</sup>, não há como negar às partes a observância desse direito. Na concessão patrocinada, esse direito advém da

---

<sup>27</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição federal interpretada pelo STF**. CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira (Org.). 8. ed. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2004

<sup>28</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006, p. 172.

<sup>29</sup> MUKAI, Toshio. **Parcerias público-privadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 10.

<sup>30</sup> Bandeira de Mello, Celso A. Curso de direito administrativo – 20. ed. rev. e atual. até a EC 48, de 10.08.2005. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 737.

aplicação subsidiária dos artigos 9º e 10 da Lei nº 8.987/95. Na concessão administrativa não há disposição expressa nem aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95. Mas o direito ao equilíbrio econômico-financeiro resulta da aplicação de princípios como o da equidade, da razoabilidade, da continuidade e da indisponibilidade do interesse público. Além disso, a indicação obrigatória nos contratos de cláusulas que tratam de repartição de riscos entre as partes e da forma de remuneração e de atualização dos valores contratuais, trazidas pelos incisos III e IV do art. 5º da Lei nº 11.079/04; tratam-se de técnicas consagradas precisamente para garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

O contrato poderá conter ainda, nos termos dos incisos I, II e III, do § 2º do art. 5º da Lei das PPPs: (i) os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando neste caso as exigências previstas no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987/95; (ii) cláusulas prevendo a emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública; e (iii) a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de PPPs. Esses três dispositivos geraram críticas de influentes doutrinadores e serão tratados mais adiante, no capítulo que analisará os aspectos polêmicos da Lei.

As alternativas de contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada estão indicadas no art. 6º Lei das PPPs e podem ser através de ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais ou outros meios admitidos em lei. Como visto anteriormente o pagamento ao parceiro privado poderá ser variável, vinculado a seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato, no que se assemelha ao contrato de gestão.

Por força do art. 7º da Lei das PPPs, deverá constar no contrato que a contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da

---

<sup>31</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006, p. 170.

disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. E o parágrafo único desse artigo faculta à Administração Pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível de serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

As penalidades contratuais e administrativas serão aplicadas conforme a Lei no 8.987/95, no que não for contrariada pela Lei das PPPs, a qual, em seu artigo 29, prescreve que, além das sanções financeiras previstas nos contratos de PPPs, serão aplicáveis, no que couber, as penalidades previstas no Código Penal, Decreto-lei nº 2.848/40, na Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/92, na Lei dos Crimes Fiscais, Lei nº 10.028/2000, na comumente chamada de Lei de Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, no Decreto-Lei no 201/67, e na Lei de Crimes de Responsabilidade, Lei nº 1.079/1950.

A extinção do contrato de parceria público-privada não foi tratada na Lei nº 11.079/2004, tampouco incluiu entre as cláusulas que devem constar no contrato alguma que indique os casos em que se daria seu desfazimento. Por força do art. 5º da Lei nº 11.079/2004 deverão constar no contrato de PPP, quando couber, as relacionadas no art. 23 da Lei no 8.987/95, que em seu inciso IX, ordena a inclusão de cláusula relativa aos casos de extinção da concessão.

A Lei das PPPs também comandou de forma expressa no *caput* do art. 3º, referente às concessões administrativas, que deve ser aplicado entre outros, o disposto no art. 23 da Lei das Concessões. Em relação à modalidade de concessão patrocinada, esse comando da consta no § 1º do art. 3º da Lei das PPPs, onde há a determinação de ser aplicada subsidiariamente a Lei nº 8.987/95.

Com a extinção do contrato de parceria público-privada, ocorrem as conseqüências previstas no art. 35 da Lei nº 8.987/95, que são: a reversão dos bens e a retomada de todos os direitos e privilégios transferidos ao parceiro privado; a imediata assunção dos serviços pelo parceiro público; a ocupação das instalações e a utilização de todos os bens reversíveis.

### **3. ASPECTOS POLÊMICOS DA LEI Nº 11.079/04.**

Chama a atenção o volume de críticas que recebeu a redação final da Lei nº 11.079/2004. Autores de renomada possuem muitas vezes posições antagônicas

quanto à constitucionalidade de várias regras contidas na Lei, as quais são a seguir abordados.

Saliente-se que até junho de 2008, não se tem conhecimento do ingresso de Ação direta de inconstitucionalidade no STF, permanecendo tais reclamos de constitucionalidade somente no âmbito doutrinário.

### **3.1. Limite mínimo para celebração de contratos de PPP.**

Conforme foi abordado quando do estudo do objeto, limites e vedações das PPPs, a Lei nº 11.079/2004 em seu art. 2º, §4º, inciso I, veda a celebração de contrato de parceria público-privada cujo valor seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Essa regra sofre críticas da doutrina que entende que o dispositivo, por fixar um valor mínimo para PPP, não tem a natureza jurídica de norma geral, não sendo aplicável, portanto, a todos entes federados, somente à União, ou, ainda, afirmando ser essa regra inconstitucional.

Entre aqueles que afirmam não ter a regra natureza jurídica de norma geral, encontra-se Gustavo Binenbojm<sup>32</sup>, que defende ser a regra de conteúdo específico, argumentando que:

[...] a ordem de grandeza dos projetos e empreendimentos levados a efeito no âmbito federal é consideravelmente maior que a da maioria dos demais entes federativos. Assim [...] entendo que cada ente federativo deve fixar seus próprios limites mínimos, compatíveis com a realidade sócio-econômica, mas sem descurar do fato de que as PPPs se destinam a situações excepcionais e que requeiram investimentos iniciais vultuosos do parceiro privado.

Na mesma linha encontra-se Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira<sup>33</sup>, que afirma não poder ser norma geral de contratação a Lei das PPPs, por fixar um valor único, aplicável indistintamente a todos os entes da federação, sem se respeitar o princípio da igualdade federativa que estaria a exigir alguma espécie de proporção entre o montante mínimo exigido do investimento / financiamento objeto da parceria público-

---

<sup>32</sup> BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPP) e a Constituição. **Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, mai-jun-jul, 2005. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINE NBOJ M.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINE%20BOJ%20M.pdf)>. Acesso em: 24 mar. 2007.



privada e o porte orçamentário da pessoa pública, qual, por exemplo, um percentual sobre sua receita líquida, como foi o caso adotado nos artigos 22 e 28 da própria Lei nº 11.079/2004. Finaliza o autor afirmando que se for considerada essa regra como norma de caráter geral, não o será de contratação administrativa, mas de direito financeiro, entendido assim como “um conjunto de princípios e normas que regulam a obtenção, a gestão e o dispêndio dos meios financeiros públicos”.

Toshio Mukai<sup>34</sup> entende ser inconstitucional essa regra, mesmo pretendendo constituir-se em norma geral, “eis que se imiscui na autonomia financeira e administrativa dos Estados e Municípios”.

Em sentido contrário, Carlos Ari Sunfeld<sup>35</sup> insiste na constitucionalidade da regra do investimento mínimo, sustentando que o valor mínimo estabelecido na lei é o critério identificador do cabimento da parceria público-privada – “... *donde tratar-se de norma geral*”. Qualificou, ainda, de “*retórica vazia*” o argumento referente ao tamanho ou à pobreza de alguns Estados e Municípios, pois está despido de qualquer fundamento normativo.

Defesa consistente da constitucionalidade da regra e de sua validade como norma geral faz Alexandre Aragão, principalmente em relação ao argumento de que R\$ 20 milhões é muito elevado para muitos municípios. Dessa tese, discorda, veementemente, o autor, pois as normas que limitam o uso de PPPs relacionam-se com o objetivo geral de as PPPs serem utilizadas seletivamente apenas para grandes projetos de infra-estrutura, e ainda, “[...] no caso de PPP’s com prazos muito longos, a diluição desse valor ao longo de décadas o torna bem menos significativo/restritivo [...]”<sup>36</sup>.

De fato o valor mínimo de R\$ 20 milhões refere-se ao valor total do contrato, o qual, como já se viu, pode ter um prazo de vigência de 5 a 35 anos. Assim, se a parceria público-privada durar 35 anos, o valor mínimo do contrato por ano será de R\$ 571.428,57, o que não se configura um valor exageradamente alto.

---

<sup>33</sup> FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. **Parcerias público-privadas: aspectos constitucionais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 36 e 37.

<sup>34</sup> MUKAI, Toshio. **Parcerias público-privadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 6.

<sup>35</sup> SUNFELD, Carlos Ari. *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 27. Citado em CASTRO, José Augusto Dias de; TIMM, Luciano Benetti. (Org.) **Estudo sobre parcerias público-privadas**. 1 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

<sup>36</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As parcerias público-privadas – PPPs no direito positivo brasileiro*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da

### 3.2. A vinculação de receitas públicas como forma de garantia.

O artigo 8º em seu inciso I estabelece a possibilidade da vinculação de receitas, respeitada a disposição do art. 167, CF (dispositivo que indica as receitas que podem e as que não podem ser vinculadas a órgão, fundo ou despesa), como uma das opções de oferecimento de garantia das obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada.

Juristas renomados como Celso Bandeira de Mello<sup>37</sup> e Maria Di Pietro<sup>38</sup> manifestaram-se pela inconstitucionalidade desta previsão legal. Nesse sentido, ambos mencionaram os argumentos utilizados por Kiyoshi Harada<sup>39</sup> em seu parecer a pedido da Comissão de precatórios da OAB/SP, no qual esclarece que a proibição de vinculação de receitas contida no art. 167, IV, da Constituição só pode ser excepcionada nos casos que especifica, consoante ali mesmo está previsto e estampado de maneira extremamente clara. A única remissão que nesse é feita em relação ao tema de prestação de garantias, concerne a operações de crédito por antecipação de receita, ou a pagamentos de créditos da União, de acordo com o § 4º do mesmo artigo. Além disso, no primeiro caso, a prestação de garantias suposta naquele dispositivo constitucional não tem o mesmo sentido que lhe é próprio no Direito privado, pois sua finalidade não é garantir credor algum, mas “preservar o equilíbrio entre o montante do empréstimo público, que é a dívida pública, e o valor da receita antecipada, evitando-se situações de desequilíbrio orçamentário”. Assim, nas palavras de Celso Bandeira de Mello, a “receita pública jamais pode ser vinculada a garantia de créditos de particulares, sob pena de escandalosa inconstitucionalidade<sup>40</sup>”.

---

Bahia, nº. 2, mai-jun-jul, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-ALEXANDRE%20ARAGÃO.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2007.

<sup>37</sup> MELLO, Celso A Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. revista e atual. até a EC 48/2005. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 739.

<sup>38</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006, p. 174.

<sup>39</sup> HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 597, 25 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>>. Acesso em: 13 abr. 2007.

<sup>40</sup> MELLO, Celso A Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. revista e atual. até a EC 48/2005. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 739.

### 3.3. Fundos especiais como forma de garantia.

A instituição ou utilização de fundos especiais como garantia ao parceiro privado, conforme consta no inciso II do art. 8º da Lei nº 11.079/2004 é, segundo Celso Bandeira de Mello<sup>41</sup> grosseiramente inconstitucional. Na mesma interpretação encontra-se Maria Di Pietro<sup>42</sup> e Kiyoshi Harada<sup>43</sup> em seu parecer a pedido da Comissão de precatórios da OAB/SP. Celso Bandeira de Mello afirma ainda que a autorização constante no art. 16, para um Fundo Federal de 6 bilhões de Reais, Garantidor de PPPs, consegue alcançar o desprimoroso resultado de incidir simultaneamente em diversas inconstitucionalidades.

Sustenta o autor que tais fundos se constituiriam com bens públicos, os quais não são suscetíveis de penhora, nem de qualquer modalidade de apoderamento forçado, visto que a forma pela qual os credores públicos recebem seus créditos, quando não hajam sido regularmente pagos é a contida no art. 100, CF, isto é, com o atendimento dos precatórios na ordem de sua apresentação, pelas correspondentes verbas consignadas no orçamento ou nos créditos adicionais para tal fim abertos.

Outra inconstitucionalidade da utilização de tais fundos em benefício dos parceiros privados, como aponta Celso Bandeira de Mello<sup>44</sup>, reside no privilégio que estes gozariam em relação aos demais credores públicos, restando assim agredidos os princípios da igualdade, consagrado no art. 5º, *caput*, da impessoalidade e da moralidade, estes impostos pelo art. 37 da Constituição.

Kiyoshi Harada em seu parecer já citado, anota que o inciso II do art. 8º:

Atenta contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da publicidade (art. 37 da CF); dribla o art. 165, § 9º, II da CF e o art. 36 do ADCT; infringe o art. 167, IV da CF; contraria o princípio da quantificação dos créditos orçamentários inserto no art. 167, VII; violenta o princípio das fixação prévia das despesas que está previsto no art. 167, II. Ademais, esvazia, em parte, o conteúdo dos arts. 70 e 71 da CF, que cometem ao Congresso Nacional a

<sup>41</sup> MELLO, Celso A Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. revista e atual. até a EC 48/2005. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 740.

<sup>42</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006, p. 174.

<sup>43</sup> HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 597, 25 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>>. Acesso em: 13 abr. 2007.

<sup>44</sup> MELLO, Celso A Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. revista e atual. até a EC 48/2005. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 741.

importantíssima missão de fiscalizar e controlar os gastos públicos, ferindo de morte o princípio da legitimidade que deve presidir o controle sob o prisma da legalidade e da economicidade da execução orçamentária e financeira<sup>45</sup>.

Para Fernando Albino, advogado especialista em PPPs, não haverá privilégios na ordem de pagamentos. “É uma interpretação equivocada porque não se trata necessariamente de recursos orçamentários”. Ele explica que o fundo é constituído de bens da União, que podem ser ações ou imóveis, por exemplo. O fundo serve como garantia em possíveis casos de descumprimento dos pagamentos. “Há um grande mal-entendido. As PPPs não são nada mais do que um tipo de concessão pública com características diferentes<sup>46</sup>”, afirma Albino.

### 3.4. Utilização da arbitragem para resolução de disputas.

A Lei das PPPs, em seu art. 11, III, permite a utilização da arbitragem para resolução de disputas, regra que gerou algumas críticas. Entre os autores contrários ao uso da arbitragem destaca-se Celso Bandeira de Mello<sup>47</sup> que entende não ser aceitável perante a Constituição que árbitros possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisa *extra commercium*. Ressalta que tudo o que diz respeito ao serviço público (condições de prestação, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento desses mesmos recursos, instrumentos jurídicos compostos em vista dessa prestação) é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de particulares, por envolverem interesses de elevada estatura, pertinentes à sociedade como um todo; e, bem por isto, quando suscitar algum quadro conflitivo entre partes, só pode ser soluto pelo Poder Judiciário. Conclui o autor afirmando que:

---

<sup>45</sup> HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 597, 25 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>>. Acesso em: 13 abr. 2007.

<sup>46</sup> Opinião veiculada na reportagem Parcerias x precatórios: OAB-SP diz que lei das PPPs tem pontos inconstitucionais. **Revista Consultor Jurídico**, 21 de janeiro de 2005 Disponível na Internet: <<http://conjur.estadao.com.br//static/text/32526,1>>. Acesso em: 24 mar. 2007.

<sup>47</sup> MELLO, Celso A Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. revista e atual. até a EC 48/2005. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 743.

Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja, dessarte, com ele imbricada, ofenderia o papel constitucional de serviço público e a própria dignidade que o envolve<sup>48</sup>.

É, contudo, posição da maioria dos autores administrativistas aquela no sentido da possibilidade do uso da arbitragem para solução de conflitos entre a Administração Pública e particulares. Ponto crucial da argumentação de Celso Bandeira de Mello é tocado na obra de Hely Lopes Meirelles<sup>49</sup>, ao questionar se é possível conciliar a indisponibilidade de interesse público com as matérias que podem ser objeto da arbitragem, ou seja, os direitos patrimoniais disponíveis. Para tanto, preliminarmente, cita que a própria Lei nº 9.307/96 - Lei da arbitragem, em seu art 25, dispõe que, sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo-se o procedimento arbitral. Para dirimir a questão, segue o autor:

[...] é importante distinguir o interesse público primário do interesse público secundário. O primeiro é a meta, o objetivo a ser atingido pela Administração Pública no atendimento das necessidades sociais. O segundo é instrumental, ou seja, é a utilização de meios capazes de permitir a consecução do primeiro. Ao alugar uma casa para instalar um centro de saúde, o interesse público primário está na implantação daquela unidade, sendo a locação um interesse público secundário, ou derivado do primeiro, já que não existiria sem aquele.

A satisfação dos interesses públicos secundários concretiza-se geralmente sob a égide do Direito Privado e se resolve em relações patrimoniais. Relações patrimoniais que, por estarem no campo da liberdade contratual da Administração, são *direitos disponíveis*. (grifos nossos)<sup>50</sup>

Por isso, enfatiza ainda o autor, não há dúvida de que nos contratos celebrados pela Administração há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis, que podem ser objeto de arbitragem, e arremata argumentando que:

---

<sup>48</sup> MELLO, Celso A Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. revista e atual. até a EC 48/2005. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 743.

<sup>49</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. (atual. Eurico Azevedo et al.). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 252.

<sup>50</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. (atual. Eurico Azevedo et al.). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 251.

Se é verdade que “na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”, “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe”, a Lei 9.307/96 permitiu expressamente a todas pessoas capazes de contratar (aí se incluindo a Administração Pública direta e indireta) a possibilidade de se valerem da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Autorização legal, portanto, existe. Facultativa é sua utilização.<sup>51</sup>

Também nesse sentido, Arnold Wald<sup>52</sup>, em extenso comentário ao art. 23 da Lei nº 8.987/95, enfatiza a pacífica possibilidade do uso da arbitragem para solução de conflitos entre a Administração Pública e particulares, especialmente em contratos de concessão, mesmo sem que haja para tal previsão legal, podendo o contrato estabelecer tal mecanismo<sup>53</sup>. Afirma o autor que a arbitragem é o instrumento que melhor atende à premente necessidade de segurança jurídica para a atração de investimentos particulares, nacionais ou estrangeiros, por garantir soluções neutras e confidenciais, presumidamente emanadas de especialistas escolhidos pelas partes ou por entidades confiáveis. Restaria, nesse caso, à Justiça estatal o imprescindível papel de apoio, para assegurar a efetividade das decisões arbitrais, visto que o árbitro ou tribunal arbitral não tem poder de império. Ademais, segue o autor, o Poder Judiciário exerce a função de controlar a observância dos limites da Lei nº 9.307/96 – Lei de Arbitragem – e a de homologar a sentença arbitral estrangeira, como determinado nos artigos 32, 33 e 35 da referida Lei, ou ainda na situação prevista pelo art. 25 desta, nos casos em que a disputa não for arbitrável, quando, então, será unicamente competente o Judiciário.

No sentido da possibilidade da indicação do uso de arbitragem para solução de conflitos em contrato em que seja parte a Administração Pública, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolida a posição de dar validade ao juízo arbitral como solucionador de conflito nos contratos de natureza econômica e

---

<sup>51</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. (atual. Eurico Azevedo et al.). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 251.

<sup>52</sup> WALD, Arnoldo; MORAES, Luíza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a lei de concessões**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 373-385.

<sup>53</sup> A propósito, saliente-se que Arnold Wald em sua obra, editada em 2004, sugeria a indicação no próprio texto legal da utilização da arbitragem como instrumento de composição dos conflitos e divergências oriundos do contrato de concessão, com o intuito de eliminar-se qualquer dúvida sobre essa possibilidade. Pois seu alvitre obteve êxito com a publicação da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, que incluiu o art. 23-A ao texto da Lei nº 8.987/95, com a seguinte redação: “23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

estende às sociedades de economia mista a possibilidade de recorrerem à arbitragem nos contratos de natureza puramente comercial. A Segunda Turma do STJ em julgamento do Recurso Especial Nº 606.345 - RS (2003/0205290-5) decidiu:

[...] São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste [...]<sup>54</sup>

Sobre a possibilidade de a sociedade de economia mista recorrer ao juízo arbitral, definiu o STJ no mesmo julgamento que quando os contratos envolverem serviço de natureza industrial ou tipicamente econômica, os direitos e obrigações são transacionáveis, portanto sujeitos à arbitragem. Quando as atividades decorram do poder de império da administração e sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público, não é possível a arbitragem.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação da Lei das PPPs, efetivamente, é mais um passo no sentido da diminuição do papel do Estado e de sua retirada da economia do país. Trata-se de fenômeno mundial, de cunho neoliberal, na esteira da globalização, do qual, por ser instrumento novo e de longa duração, não se tem claro qual será o resultado final obtido, qual será a eficácia da lei.

A Lei inovou em vários aspectos em relação às normas vigentes até então referentes aos contratos administrativos. Muitas dessas inovações são exclusivas dos contratos de parceria público-privada, sendo imprescindíveis para o seu funcionamento. Se não houvesse algumas dessas novidades, principalmente aquelas que dão garantia de retorno do investimento, certamente não haveria interesse da iniciativa privada nesse tipo de investimento.

Quanto aos aspectos polêmicos da Lei, concernente ao uso de arbitragem para solução de conflitos, fica claro que somente poderá ser utilizada a arbitragem

---

<sup>54</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 606345**. Recorrente: AES Uruguiana Empreendimentos Ltda. Recorrido: Companhia Estadual De Distribuicao De Energia Eletrica - Ceee-D Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?tipo=num\\_pro&valor=Resp606345](http://www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?tipo=num_pro&valor=Resp606345)> Acesso em: 20 mai. 2008.

quando estiverem envolvidos na disputa bens patrimoniais disponíveis, conforme a Lei da Arbitragem. Seu uso em disputa que envolva outros bens é inconstitucional. Nos demais pontos, relacionados às garantias ao parceiro privado, do cotejo das duas linhas de pensamento, a avaliação que se tem é de que a nova lei está suficientemente amparada em preceitos constitucionais que autorizam sua vigência.

Merece destaque também a adoção nas PPPs de práticas mais avançadas em termos de licitações, como a possibilidade da inversão das fases de habilitação e julgamento, do oferecimento de lances para reduzir os valores propostos. Também inovou permitindo o saneamento de falhas, a complementação de insuficiências ou ainda correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.

A expectativa é de que com a implementação dos projetos de PPPs previstos pelos governos de todas as esferas se possa ampliar significativamente o volume e a qualidade de equipamentos e serviços públicos postos à disposição da população e a infra-estrutura necessária ao desenvolvimento econômico do País. Proporcionando assim, além da prestação do serviço em si, a geração de postos de emprego de forma direta e a possibilidade de melhora da qualidade de vida dos brasileiros.

De todo o exposto, entende-se positiva a adoção das PPPs no Brasil.

## **Referências Bibliográficas**

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPPs no direito positivo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, mai-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-ALEXANDRE%20ARAGÃO.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2007.

BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPP) e a Constituição. **Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, mai-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.



BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição federal interpretada pelo STF.** CUSTÓDIO. Antonio Joaquim Ferreira. (Org.). 8. ed. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2004.

BRASIL. Decreto nº 5.385 de 4 de março de 2005. Institui o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal - CGP e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 04 mar. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5385.htm)> Acesso em 20 dez. 2007.

BRASIL. Decreto nº 5.411 de 6 de abril de 2005. Autoriza a integralização de cotas no Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP, mediante ações representativas de participações acionárias da União em sociedades de economia mista disponíveis para venda e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 abr. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5411.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5411.htm)>. Acesso em 20 dez. 2007.

BRASIL. Decreto nº 5.977 de 1º de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 3º, caput e § 1º, da Lei no 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a aplicação, às parcerias público-privadas, do art. 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e do art. 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995, para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 04 dez. 2006. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Ato2004-2006/2006/Decreto/D5977 .htm# art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm#art1)> Acesso em 20 dez. 2007.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 10 mar. 2007.

BRASIL. Lei nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 10 mar. 2007.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 fev. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8987cons.htm#art15v](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm#art15v)> Acesso em 10 mar. 2007.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 10 mar. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 606345**. Recorrente: AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. Recorrido: Companhia Estadual de Distribuicao de Energia

Elétrica - Ceee-D. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?tipo=num\\_pro&valor=Resp 606345](http://www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?tipo=num_pro&valor=Resp%20606345)> Acesso em: 20 maio 2008.

CASTRO, José Augusto Dias de; TIMM, Luciano Benetti. (Org.) **Estudo sobre parcerias público-privadas**. 1 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

COSTA, José Andrade. **As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e o Programa do Estado da Bahia**. Disponível em: <[http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/PPP/Revista\\_Bahia\\_Invest\\_V\\_04\\_junho\\_2006.pdf](http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/PPP/Revista_Bahia_Invest_V_04_junho_2006.pdf)> Acesso em: 10 out. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. **Parcerias público-privadas: aspectos constitucionais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 597, 25 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>>. Acesso em: 13 abr. 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. (atual. Eurico Azevedo et al.). São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. (atual. Eurico Azevedo et al.). São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso A Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. revista e atual. até a EC 48/2005. São Paulo: Malheiros, 2006.

MUKAI, Toshio. **Parcerias público-privadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Parcerias x precatórios: OAB-SP diz que lei das PPPs tem pontos inconstitucionais. **Revista Consultor Jurídico**, 21 de janeiro de 2005 Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br//static/text/32526,1>>. Acesso em: 24 mar. 2007.

PERTSCHI, Luciano Karlo. As cláusulas de reajuste e de revisão de tarifas face ao princípio da modicidade nos contratos de concessão de serviço público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1077, 13 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8527>>. Acesso em: 18 maio 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luíza Rangel de; WALD, Alexandre de M. O direito de parceria e a lei de concessões. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.