



## Desafios jurídicos das Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desenvolvimento nacional sustentável

*Legal challenges of Public-Private Partnerships (PPPs) and national sustainable development*

**Irene Patrícia Nohara**

Livre-Docente, Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por onde se graduou. Professora-Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. Advogada, conferencista e autora de livros na área do Direito Administrativo. SP-Brasil, São Paulo.

**Sumário:** 1. Considerações introdutórias; 2. Contexto de surgimento das parcerias público-privadas; 3. Vantagens efetivas e pseudo-vantagens na atração de investimentos; 4. Concessões administrativas e impactos futuros na gestão pública; 5. Conclusões; 6. Referências Bibliográficas.

---

### Resumo

O objetivo deste artigo é analisar as vantagens e as pseudo-vantagens do sistema de parceria público-privada. Inicialmente, será contextualizado o cenário de introdução das Parcerias Público-Privadas no ordenamento jurídico brasileiro. Depois, haverá a delimitação de vantagens e de pseudo-vantagens, isto é, de pretensas vantagens que, no fundo, não são tão transformadoras assim em relação ao modelo das concessões comuns. Intenta-se também

apreciar os limites jurídicos estabelecidos pelo legislador para que as parcerias público-privadas mantenham o equilíbrio atuarial do orçamento público.

**Palavras-chave:** Parcerias Público-Privadas. Desenvolvimento nacional sustentável. Concessão de serviços públicos.

### **Abstract**

*The objective of this paper is to analyze the advantages and pseudo-advantages of public-private partnership system. Initially, it will be contextualized the stage of introduction of Public-Private Partnerships in the Brazilian legal system. Then there will be the delimitation of advantages and pseudo-advantages, that is, the presumed advantages that, deep down, are not that innovative when compared to the model of common concessions. It also intends to verify the legal limits established by the legislature so that public-private partnerships maintain the actuarial balance of the public budget.*

**Keywords:** Public-Private Partnership. National sustainable development. Public services concession.

---

## **1. Considerações introdutórias**

O desenvolvimento de um País está relacionado, entre outros fatores, com a disponibilidade de infraestrutura, considerada como conjunto de equipamentos e serviços necessários à realização das atividades produtivas. No período em que o Brasil sedia a Copa do Mundo, fica ainda mais evidente, diante das críticas à disparidade entre as exigências do padrão internacional e as encontradas no cotidiano pela população nacional, a questão do acesso coletivo à infraestrutura de qualidade.

As grandes metrópoles brasileiras não apresentam, no geral, ainda um sistema de transportes, seja terrestre, aéreo ou mesmo uma malha de metrô suficiente para suprir com qualidade as necessidades da população, havendo um comprometimento da mobilidade social; também a outorga de concessões de determinadas rodovias por vezes não encontra proponentes dispostos a executar os contratos nos termos ofertados pelo governo, o que aponta não raro para a demanda por novas soluções jurídicas.

Sob um forte apelo de suprir tais lacunas e atrair investidores privados para, em regime de parceria, se realizar obras e executar serviços condicionados ao alcance de resultados, houve a criação, por meio de lei, das Parcerias Público-Privadas (PPPs).

O objetivo da presente reflexão será abordar as vantagens e as pseudo-vantagens do sistema da parceria público-privada. Inicialmente, será contextualizado o cenário de introdução das Parcerias Público-Privadas no ordenamento jurídico brasileiro. Depois, haverá a delimitação de vantagens e de pseudo-vantagens, isto é, de pretensas vantagens que, no fundo, não são tão transformadoras assim em relação ao modelo das concessões comuns. Intenta-se também apreciar os limites jurídicos estabelecidos pelo legislador para que as parcerias público-privadas mantenham o equilíbrio atuarial do orçamento público.

Como contribuição peculiar para o trato do assunto, será problematizada a distorção que se vivencia atualmente no Brasil no tocante ao uso da *concessão administrativa* como modalidade de parceria público-privada. Trata-se de um aspecto ainda não abordado com profundidade do ponto de vista da literatura científica, mas que representa potencialmente um dos maiores “gargalos” pelo qual o regime jurídico administrativo previsto na Constituição poderá se esvaír.

Não se trata, para os objetivos deste estudo, de rechaçar em si os projetos de privatização *lato sensu*, que, ainda que tenham seus problemas, são atualmente realidade nacional; sobretudo quando envolvem construção de infraestrutura, assunto que a iniciativa privada demonstra ter inquestionavelmente maior *know how*; mas se busca refletir sobre o potencial impacto do uso indiscriminado das parcerias público-privadas, o que o próprio legislador já ponderou no momento de fixar limites à celebração das parcerias público-privadas.

Será tomada como ponto de partida da abordagem a noção de que objetivo de modernização do Estado deve acompanhar, de forma sustentável, a proposta constitucional de desenvolvimento nacional. A proliferação e o uso irrestrito das concessões administrativas, para além das questões meramente formais, tem o potencial de comprometer a sustentabilidade da gestão pública futura dos serviços, sobretudo se ela recair sobre serviços públicos.

Espera-se, portanto, contribuir para as reflexões sobre os rumos das parcerias público-privadas, para que elas sejam manejadas pelos

Poderes Concedentes de forma equilibrada, garantindo a lucratividade e a segurança aos investidores, mas, por outro lado, buscando também evitar propostas que, a pretexto de “inovar”, acabam provocando dependência do sistema privado de prestação de serviços.

## 2. Contexto de surgimento das parcerias público-privadas

Parceria público-privada é assunto quase sempre ideológico, dada polarização que, não sem razão, provoca. Existem desde os exaltadores desta solução às insuficiências do modelo de concessões, para dar conta dos desafios de construção e disposição de infraestrutura, ante ao comprometimento dos recursos públicos; até os que enxergam tal solução jurídica do ponto de vista crítico, inserindo-a em um contexto maior de “desmonte” estatal.

Há razões em ambas as visões. As parcerias público-privadas surgiram no cenário das medidas privatizantes “sugeridas” pelos organismos de financiamento internacionais, tendo sido inspiradas no modelo inglês. Foram introduzidas no cenário internacional na década de 80 pelo governo de Margaret Thatcher, tendo sido retomadas em 1992 pelos conservadores da Inglaterra pela fórmula denominada de Programa de Financiamento Privado (*Private Finance Initiatives* – PFI).

Em 1997, as PFIs foram transformadas nas *Public-Private Partnerships*, objetivando expandir investimentos públicos sem o comprometimento do orçamento e da dívida do governo, a partir de um sistema em que os recursos necessários à consecução dos serviços públicos provém inicialmente do setor privado (BRITO, 2005).<sup>1</sup>

As parcerias público-privadas representam alterações no regime de concessões de serviços públicos, tendo sido engendradas para atrair investimentos em infraestrutura, como, por exemplo, a construção de estradas, hidrelétricas, ferrovias, estádios, hospitais, instalações portuárias, num cenário de comprometimento do orçamento estatal. Optou-se por alterar o regime de concessões existente, com vistas a tentar criar um instrumento mais atrativo a investidores privados.

---

<sup>1</sup> Ressalte-se, porém, que há sim o comprometimento do orçamento no médio e no longo prazos, mas o sistema de PPP prorroga o desembolso de caixa do Poder Público.

O modelo de parceria público-privada foi influenciado diretamente pelas propostas neoliberais, que propugnavam o questionamento da soberania do Estado e, conseqüentemente, o protagonismo do Estado na promoção do desenvolvimento nacional, dado fenômeno da globalização e do acirramento da competitividade dos mercados integrados.

Houve a tentativa de mitigar o papel do Estado em promover o bem-estar social, para um Estado voltado a propiciar segurança negociada, atração de investimentos para infraestrutura e “parcerização” com uma elite de investidores. A proposta neoliberal buscou favorecer a expansão da economia capitalista pela flexibilização do trabalho, mesmo com o incremento das desigualdades sociais, tendo em vista o fato de que os detentores do poderio econômico procuram expandir o seu mercado, pouco se importando, na prática, com o impacto de sua ação nas políticas sociais distributivas.

Num cenário em que o Estado nacional se encontra submisso a interesses dominantes, as políticas sociais estão comprometidas, dada falência dos serviços sociais públicos. Este movimento é indissociável das propostas derivadas do *Consenso de Washington*, que impôs aos países periféricos, entre outras, as seguintes medidas: disciplina fiscal, sobretudo com os programas sociais; direcionamento dos gastos públicos para construção de infraestrutura, liberalização financeira, na eliminação de restrições ao capital externo; privatização das estatais; e desregulação econômica.

Pouco restou aos países do eixo-sul, que vivem em insanável dependência financeira, dado endividamento externo, se não adequar seu regime jurídico às imposições provenientes dos organismos internacionais de financiamento, que são influenciados pelos países desenvolvidos, os quais, asseverando-se, pregam para as demais nações aquilo que em geral não seguem à risca, pois se preocupam também com a manutenção dos seus padrões de desenvolvimento nacional.

Segundo expõe Oscar Vilhena (1997, p. 17), a minimização do Estado e a liberdade ao capital internacional encontraram seus referenciais teóricos em Friedrich von Hayek e Milton Friedman, mas foram criticadas a partir da seguinte observação por John Kenneth Galbraith (1997):

nós americanos inventamos este conceito para dissimular nossa entrada econômica em outros países e para tornar respeitáveis os movimentos especulativos de capital, que sempre são causa de grandes problemas.

Ocorre que, como bem ressalta Daniel Wunder Hachem (2013, p. 382), a definição contemporânea de desenvolvimento leva em consideração diversas dimensões, não se restringindo à seara econômica. Para ser alcançado, deve-se ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Interno Bruto. Segundo enfatiza Gilberto Bercovici, além do aumento quantitativo do produto nacional, o desenvolvimento reclama transformações estruturais socioeconômicas que importem a melhora qualitativa dos padrões de vida dos cidadãos, proporcionando a elevação do bem-estar social (BERCOVICI, 2005, p. 53).

Portanto, para os efeitos de análise, pressupõe-se que a modernização deve ser acompanhada de desenvolvimento. Segundo Bercovici (2005, p. 53), “quando não ocorre nenhuma transformação, seja social, seja no sistema produtivo, não se está diante de um processo de desenvolvimento, mas da simples modernização”. Crescimento sem desenvolvimento é mera modernização, que não contribui para melhorar as condições de vida da maioria da população, uma vez que o progresso técnico pode ser limitado ao estilo de vida e ao padrão de consumo de uma minoria privilegiada.

Quando se acresce à proposta de desenvolvimento a questão da sustentabilidade do crescimento, ficam ainda mais claros os mencionados desafios, pois desenvolvimento sustentável é o que busca equilibrar as metas econômicas com os aspectos ambientais e sociais, dada conhecida fórmula do triple *bottom line*:<sup>2</sup> *profit, people and planet*.

Portanto, não dá para deixar de contextualizar as parcerias público-privadas dentro do cenário de retração do Estado, mas ao mesmo tempo elas “aparecem” aos Estados endividados como solução para a falta de recursos em investimentos públicos.

Ressalte-se que apesar de a lei das parcerias público-privadas ter sido aprovada no governo Lula, sua adoção foi ideia herdada do Pro-

---

<sup>2</sup> Ressalte-se que Juarez Freitas (2012, p. 58) traz uma concepção pluridimensional de sustentabilidade, que contempla além das três dimensões conhecidas, outras duas facetas, compreendidas em aspectos éticos e jurídico-políticos.

grama de Reforma do Estado, implantado no governo de Fernando Henrique Cardoso, na década de 90. Passado um período maior de questionamento do modelo, atualmente ele é prática permanente em quase todos os poderes concedentes, independentemente da sigla do partido político subjacente à gestão pública, pois ele apresenta algumas vantagens em relação à adoção do modelo de concessões comuns da Lei nº 8.987/95, que serão expostas na sequência.

Será defendido, contudo, que o instituto das parcerias público-privada deve ser utilizado com equilíbrio, para que o seu impacto não produza efeitos restritos à modernização pela via da construção de infraestrutura, mas que o efeito seja ponderado do ponto de vista da sustentabilidade futura da gestão pública, dentro do contexto dos desafios das políticas públicas<sup>3</sup> que promovem o desenvolvimento nacional.

### **3. Vantagens efetivas e pseudo-vantagens na atração de investimentos**

As normas gerais das parcerias público-privadas encontram-se disciplinadas na Lei nº 11.079/04,<sup>4</sup> aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987/95. No fundo, as parcerias público-privadas não podem ser consideradas parcerias do ponto de vista jurídico, no sentido de uma junção de forças para que se alcance um objetivo comum, pois elas possuem natureza contratual, ou seja, nelas há juridicamente interesses contrapostos.

As parcerias público-privadas veiculam contratos de concessão. Há duas modalidades: (1) a *concessão patrocinada*, que é, na definição contida no art. 2º, § 1º, da lei, a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; e (2) *concessão administrativa*, sendo tida por contrato de prestação de serviços de que a Administra-

---

<sup>3</sup> Observa Romeu Felipe Bacellar Filho (2005, p. 152) que há uma instrumentalidade do serviço público à realização dos direitos fundamentais. Há relação entre os modelos de gestão de serviços públicos e o impacto futuro na realização dos direitos fundamentais.

<sup>4</sup> O que não afasta a possibilidade de os demais entes federativos adaptarem as normas gerais da lei de PPPs, derivadas da competência legislativa privativa da União de criar normas gerais em matéria de licitações e contratos, prevista no art. 22, XXVII, da Constituição, às suas particularidades. Por este motivo, existem diversas leis estaduais que tratam de parcerias público-privadas.

ção seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

As vantagens desta sistemática em relação à concessão comum são: presença de contrapartida pecuniária do Poder Público, no caso da concessão patrocinada; repartição de riscos entre parceiros; sistema de financiamento e ampliação das garantias do investimento.

É em tese vantajoso à empresa vencedora da licitação da concessão patrocinada construir a infraestrutura, para prestar os serviços, se, além da amortização do investimento pela via tarifária, também o Poder Público realizar a contraprestação. Já que inclui tarifa, compreende serviços que são tradicionalmente vocacionados à delegação, mas cuja contraprestação por parte do setor público é justificada em virtude dos elevados gastos com a construção e disponibilidade atual de infraestrutura.

Assim, existe uma mitigação da ideia contida na concessão comum, de que o investimento “corre por conta e risco do concessionário”, sendo que o Poder Público também irá financiar, com a sua contraprestação, os esforços da concessionária na concessão patrocinada. Esse financiamento ocorrerá, no entanto, apenas após a disponibilização do serviço objeto do contrato.

Tal modelo está longe de representar uma “panaceia” para suprir os gargalos enfrentados pelos investidores em infraestrutura no País, que buscam maior segurança jurídica e estabilidade nas relações travadas com o governo, muito menos, no médio ou longo prazo, para as Administrações Públicas, pois a experiência das concessões comuns demonstra que essa pretensão de transferência dos riscos da esfera pública para a privada não passa de “quimera” de um sistema que, na prática, funciona de maneira distanciada do idealizado.

Mesmo diante de índices inflacionários específicos, o Poder Público, que detém o planejamento da política tarifária que recai sobre os serviços públicos, nem sempre promove o reajuste tal qual delimitado no contrato, mas arca com medidas compensatórias para garantir a modicidade do serviço;<sup>5</sup> o que, aliás, não desonera o “empresariado” de ter de negociar a continuidade de seus ajustes.

---

<sup>5</sup> Basta que se reflita sobre a redução de vinte centavos da tarifa de transporte urbano, que ocorreu em 2013, após as manifestações de junho.

Do ponto de vista da liberação de limites do orçamento, trata-se de solução imediatista, pois no curto ou longo prazo haverá sim comprometimento dos recursos públicos, pois para garantir a sustentabilidade orçamentária das parcerias público-privadas, que jogam, no geral, para o futuro a contraprestação do Poder Público, há regras estabelecidas pela lei que objetivam fixar limites à celebração de parcerias público-privadas.

Primeiro, não se admite a celebração de parcerias público-privadas em valor inferior a vinte milhões de reais, o que afasta possíveis abusos no endividamento de pequenas Municípios.

Outra medida limitativa da lei, voltada à União, é o dispositivo do art. 22, que determina que a União só poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado do conjunto de parcerias não tiver excedido, no ano anterior, 1% da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes nos dez anos subsequentes não excederem a 1% da receita projetada para os respectivos exercícios.

Ademais, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que contratarem empreendimentos por intermédio de parcerias público-privadas deverão encaminhar ao Senado Federal e à Secretaria de Tesouro Nacional, previamente à contratação, informações necessárias para o controle do limite de transferências e garantia dos contratos pela União, que é de 3% (percentual que foi aumentado pela Lei nº 12.204/09), conforme dispõe o art. 28, § 1º, da lei.

É necessária autorização legislativa específica para concessões patrocinadas em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado sejam pagos pela Administração Pública. Note-se que essa determinação é aplicada tão somente às concessões patrocinadas, pois nas concessões administrativas há 100% de remuneração do Poder Público.

Outros aspectos que se voltam ao equilíbrio atuarial do orçamento público são também as diretrizes financeiras que determinam a existência de estudo técnico que demonstre a conveniência e oportunidade da opção em adoção da PPP, acompanhado da elaboração de estimativa de impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que vigorará a PPP; declaração do ordenador da despesa de que as obrigações são compatíveis com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e previstas na Lei de Orçamentária Anual; estimativa de fluxo de recursos públicos

suficientes para o cumprimento, durante o contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública, previsão do Plano Plurianual em vigor no momento da celebração do contrato.

Um risco para o setor privado é que no sistema de parcerias público-privadas há a possibilidade de o edital vincular a remuneração ao cumprimento de obrigações de resultado, por exemplo, a disponibilidade de leitos e de tecnologia, após a construção de um hospital.

A remuneração é passível de redução em função da verificação do cumprimento das metas, o que pode gerar futuramente problemas jurídicos complexos, haja vista a constatação de ausência de cumprimento do avençado e a redução do valor, tal qual uma imposição automática de multa, sendo um campo potencialmente infenso a arbitrariedades, a depender da índole dos gestores públicos fiscalizadores do contrato.

A lei fala no inciso IX do art. 5º em ganhos econômicos obtidos pelo parceiro privado em decorrência da redução do risco de crédito nos financiamentos utilizados com a Administração Pública, mas Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 800) considera uma hipótese “aparentemente improvável e de difícil operacionalização prática”, além de ser inconsequente a atribuição de tal vantagem ao Poder Público.

Em vez de a empresa assegurar seus lucros a partir da sua relação com os usuários do serviço, como na concessão comum, sendo eles que irão arcar com o pagamento massificado de tarifas, a partir do momento em que ela acaba dependendo também do Poder Público (integralmente, no caso da concessão administrativa; e parcialmente, no caso da concessão patrocinada), aumenta o seu risco em função das mudanças políticas, haja vista o fato de que uma única parceria público-privada pode durar até 35 anos, hipótese em que passará por cerca de oito governos eleitos.

A repartição objetiva dos riscos é uma diretriz expressa no inciso VI, do art. 4º, da Lei nº 11.079/04, sendo especificada no art. 5º da seguinte forma: “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

A repartição objetiva dos riscos também tem o potencial de ser uma “pseudo-vantagem”, pois as hipóteses de caso fortuito, força maior e a utilização da teoria da imprevisão na ocasião de uma álea econômica

extraordinária, decorrem justamente de um fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis, sendo uma pretensão limitada achar que dá para antever fatos futuros, ainda mais que imprevisíveis, buscando de antemão estabelecer uma repartição mais justa dos sinistros.

Também é questionável que a repartição objetiva de riscos suplante uma possível revisão por parte do Poder Judiciário brasileiro de cláusula que se mostre desequilibrante numa relação pautada por exorbitância e ajustada, portanto, à consecução de interesses públicos cambiantes, os quais caracterizam os contratos administrativos em geral e as concessões no particular.

Mesmo que se utilize arbitragem, que é de uso facultativo, conforme o art. 11, III, da Lei nº 11.079/04,<sup>6</sup> a possibilidade de antevisão dos problemas e a repartição dos riscos por uma sistemática que não seja as soluções clássicas oferecidas pela prudência, como ocorre, por exemplo, na aplicação da teoria da imprevisão, torna tal diferencial da parceria público-privado, a nosso ver, mais retórico do que efetivo, por se tratar de uma determinação ainda não totalmente assimilada à cultura jurídica brasileira, influenciada por outra matriz.

Isto ocorre, pois, não obstante a origem do sistema das parcerias público-privadas no *Common Law*, no Brasil há, no geral, maior ingerência do Judiciário nas determinações apostas em contratos, sobretudo nos contratos administrativos, que são frequentemente revistos para assegurar seu equilíbrio econômico-financeiro.

Logo, se uma repartição que é hoje tida por objetiva dos riscos de uma parceria público-privada, amanhã se revelar, diante de certas características do fortuito ocorrido, desequilibrante da relação jurídico-contratual, não se pode assegurar a concessionária um respeito inquestionável às cláusulas apostas no contrato de concessão, mesmo que na via da parceria público-privada.

Provavelmente o maior benefício prático se dê, então, no sistema de garantias previsto na lei das parcerias público-privadas, pois além

---

<sup>6</sup> Ressalte-se que Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 806) rejeita a possibilidade de que a arbitragem recaia sobre bens indisponíveis, como os assuntos: condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista deste desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes recursos, pois entende se tratar de questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de particulares.

das garantias direcionadas ao concessionário, há, nas parcerias público-privadas, garantias que são voltadas à Administração Pública, para assegurar o cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas.

São garantias facultativas previstas exemplificativamente no art. 8º da Lei nº 11.079/04: a vinculação de receitas, observada a vedação de vinculação de receitas de impostos; a instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;<sup>7</sup> a contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras não controladas pelo Poder Público; a garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público e as garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade. Estas são previsões que asseguram de fato medidas compensatórias dos riscos assumidos.

#### **4. Concessões administrativas e impactos futuros na gestão pública**

A maior crítica que se pode fazer, do ponto de vista público, sobre o sistema de parcerias público-privadas se dá nos rumos de utilização da modalidade concessão administrativa. Esta representa, conforme definição legal, contrato de prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (art. 2º, § 2º, da Lei nº 11.079/04).

Quando surgiram as concessões administrativas, era difícil delimitar na prática a sua aplicação, diante da obscuridade da definição encontrada na lei das PPPs. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 151), à primeira vista dava impressão de que enquanto a concessão patrocinada seria utilizada para delegação de serviços públicos, a concessão administrativa seria modalidade voltada à atividade material prestada ao Poder Público, que não teria características de serviço público, mas de um mero serviço.

Também se extrai da leitura da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p.795) tal percepção, à medida que expõe que dada definição legal, acrescida ao fato de que na concessão administrativa não está

---

<sup>7</sup> Tanto a vinculação de receitas como a utilização de fundos especiais são consideradas inconstitucionais por Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 803-804).

prevista tarifa, a Administração como usuária pagaria uma remuneração contratual como outra qualquer, o que, no fundo, descaracterizaria, na leitura do juspublicista, a parceria como uma concessão.

Acresce, no entanto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro que quando a lei menciona a Administração como *usuária indireta*, daí se descortina também uma hipótese em que os usuários diretos sejam terceiros, aos quais a Administração presta serviços públicos.

Logo, a concessão administrativa tem potencial de recair sobre *atividades-meio*, para que a Administração seja a usuária direta de um serviço contratual, ou sobre serviços sociais<sup>8</sup> não privativos do Estado, pois estes são considerados gratuitos, ou seja, prescindem de tarifa se ofertados pelo Poder Público.

A concessão administrativa abrangeria, por conseguinte, também algo “não privativo do Estado”, em simultâneo desenvolvimento com a atividade privada, mas que será prestado *indiretamente* pelo Estado, sem a cobrança de tarifa, isto é, com contraprestação integral do Poder Público para assegurar sua gratuidade (que adviria, paradoxalmente, da prestação “direta” do Estado).

Muito embora se trate de um sistema de delegação, o que afasta o conceito de privatização em sentido restrito,<sup>9</sup> não se pode deixar de considerá-lo, do ponto de vista amplo, uma forma reflexa de privatização, inimaginável sob o sistema tradicional das concessões.

Nesta perspectiva, esta modalidade representa, em potencial, um instrumento que torna indistintas as fronteiras entre o público e o

---

<sup>8</sup> Há, neste ponto, a possível restauração da conhecida controvérsia acerca da natureza jurídica dos serviços prestados pela iniciativa privada no tocante ao ensino e à saúde. Para Carlos Ari Sundfeld (2003, p. 84), educação e saúde são serviços públicos só quando o Estado o prestar, sendo ao mesmo tempo atividade estatal e atividade dos particulares. Já Eros Grau e Celso Antônio Bandeira de Mello têm resistências a enquadrar saúde e educação no rol de mercadorias e serviços como outros quaisquer, posicionamento que acompanhamos (NOHARA, 2014, p. 453). Peculiar é a leitura de Fernando Herren Aguillar (1999, p. 150-154), que entende que saúde e educação são funções públicas, irrenunciáveis (o que não se confunde com exclusivas) pelo Estado, haja vista a impossibilidade de delegação a particulares mediante concessão. Esta última análise, se for mantida após a alteração toda processada na legislação nos últimos tempos, pois é anterior à criação da lei de parcerias público-privadas, não seria compatível, então, com a possibilidade de delegação via concessão administrativa de tais funções.

<sup>9</sup> Expõe Di Pietro (2011, p. 6) que a palavra privatização possui diversos sentidos. Num conceito mais amplo, também estaria compreendido o movimento de diminuição do tamanho do Estado por meio da concessão de serviços públicos.

privado, provocando problemas de complexo equacionamento, ainda mais que retrata uma situação em que quem fará a *gestão do serviço* para o Poder Público será a iniciativa privada.

Um exemplo de concessão administrativa, premiada em Washington,<sup>10</sup> foi o Hospital do Subúrbio, em Salvador. Trata-se da primeira parceria público-privada do Brasil no setor de saúde. Ele foi eleito, em meados de 2012, uma das cem iniciativas “mais inovadoras” do mundo pela KPMG, empresa internacional de consultoria e auditoria.

É hospital público, construído pelo governo da Bahia, administrado, operado e equipado pela iniciativa privada desde setembro de 2010. A empresa Prodal Saúde venceu a licitação para a concessão, cujo contrato prevê duração de dez anos em leilão realizado na BM&F Bovespa. Os serviços prestados são gratuitos, sendo a contraprestação anual máxima paga pelo Poder Concedente à concessionária, caso esta logre atingir os indicadores quantitativos e de desempenho previstos no contrato.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 154), a concessão administrativa pode ser vista como uma terceirização da gestão do serviço, podendo ou não envolver obra, fornecimento e instalação de bens. Na prática, expõe a autora que é uma forma de delegação que mais se aproxima do que ocorre com as organizações sociais, só que com um regime jurídico diverso, pois enquanto a organização social é associação ou fundação sem fins lucrativos, a concessionária atua com objetivo lucrativo.

Ela acaba subvertendo o regime jurídico administrativo, pois não se admite, como regra, terceirizações de atividades-fim. Segundo expõe Tarso Cabral Violin (2008, p. 379), muitos entes da Administração Pública vêm firmando parcerias com o terceiro setor para fugir dos

---

<sup>10</sup> Não é o fato de ter sido premiada no exterior, que significa necessariamente algo adequado ao nosso contexto social e jurídico. Neste sentido, acompanhamos as críticas de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 1086) sobre o neocolonialismo e o servilismo que não raro se encontra em âmbito nacional, em que: “o certo, o errado, o belo ou o feio, o progressista ou retrógrado, o útil ou inútil não são aferidos por pautas geradas *desde dentro*, isto é, internamente, ao lume de sua própria realidade, de suas características, de suas necessidades ou interesses, mas em vista do olhar, da apreciação que dele façam os países cêntricos. Estes, pelo contrário, justamente por não viverem a situação de dependência, mas de dominação e de supremacia, exercem tal avaliação em função de si próprios; logo, em função de sua própria realidade, características, necessidades e interesses”.

limites de gastos de pessoal fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal, no entanto, assevera que:

qualquer terceirização a ser realizada pela Administração Pública, independentemente do instrumento a ser utilizado, apenas será lícita se o objeto for a execução de alguma atividade-meio do órgão ou entidade estatal.

Logo, já dá para intuir que, num futuro não muito distante, muitas das concessões administrativas, festejadas atualmente como “inovadoras”, povoarão as causas submetidas ao Poder Judiciário. Um fato que pode ser cogitado: como o Estado perde parcela de ingerência na gestão da atividade que, simultânea e paradoxalmente, presta “direta e indiretamente”, há a possibilidade do conhecido uso da extensão jurisprudencial do regime de responsabilidade diante da culpa *in vigilando*, o que pode provocar “no fim das contas” o conhecido “duplo pagamento” dos trabalhadores pelo Poder Público, caso ele não fiscalize adequadamente a gestão da iniciativa privada.

Ademais, o Estado acaba se despindo aos poucos de algumas atividades-fim, provocando um impacto na sustentabilidade da gestão pública futura, pois será mais complicado, principalmente ao término da gestão, retomar o serviço com a mesma eficiência das atividades por anos ali desenvolvidas pela iniciativa privada, haja vista a necessidade de ampla adaptação do regime jurídico, o que o tornará sem dúvida mais dependente da iniciativa privada.

É evidente que em algumas áreas, como as de construção, por exemplo, as empreiteiras privadas possuem mais *know how* do que o Poder Público, sendo indispensável na maior parte dos casos recorrer à licitação para a construção de obras, mas na parte exclusiva da gestão de serviços em atividades-fim do Estado é equivocado tomar-se por pressuposto que a iniciativa privada seja sempre mais eficiente.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Segundo Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 187), “a qualidade prestação de serviços no Brasil, em geral, é muito baixa, mesmo no âmbito privado”. Ademais, há nichos de excelência na Administração Pública, que seguem a risca o regime jurídico-administrativo, mas que nem por isso são ineficientes, a exemplo da Controladoria Geral da União, do Banco Central e da Polícia Federal, conforme demonstra pesquisa apresentada em Washington por Sérgio Praça e outros dois autores norte-americanos, no paper *State Capacity and Bureaucratic Autonomy within National States: mapping the archipelago of excellence in Brazil*.

Um regime integralmente privado não contempla freios à demissão de funcionários, não há necessidade de concurso público e os trabalhadores são celetistas, o que não lhes assegura estabilidade, e a contratação de serviços é feita sem procedimento licitatório. Com certeza será uma forma privilegiada de apadrinhamento para os “associados” da empresa vencedora da licitação, que tem os gastos absorvidos pela contraprestação do Poder Público, mas que não terá de licitar para contratar, no caso do hospital público, por exemplo, medicamentos, instrumentos cirúrgicos e demais insumos.

Indaga-se: seria possível subverter a noção de serviço público prestado por hospital *público* como se fosse mera atividade privada?

Existe na iniciativa privada todo um “discurso” previamente feito para vender a ideia de eficiência do serviço, ainda mais quando esta é o pressuposto do valor de contraprestação do serviço, sendo possível que os dados oferecidos no momento de fiscalização demonstrem um cenário muito mais positivo do que a realidade, ainda mais diante de trabalhadores que não detêm estabilidade e que, para manter atividades que não serão perenes, devem colaborar para que o empreendimento atinja o seu máximo rendimento e o contrato dure toda a sua previsão, sem maiores incidentes.

Neste ponto, vale reproduzir as reflexões de Di Pietro (2011, p. 302):

qual a razão pela qual a Constituição estabeleceu normas sobre licitação, concurso público, controle, contabilidade pública, orçamento e as impôs para todas as entidades da Administração Pública? Será que as impôs porque se entendeu que elas são essenciais para proteger a coisa pública ou foi apenas por amor o formalismo? E se elas são essenciais, como se pode conceber que, para escapar às mesmas, se criem institutos paralelos que vão administrar a mesma coisa pública por normas de direito privado, inteiramente à margem das normas constitucionais?

Pelo exposto se pode constatar que a concessão administrativa tem o potencial de se tornar uma das maiores oficializações de um regime paralelo ao direito público. Ela veio de forma discreta e silenciosa, mas não pode deixar de ser apreciada do ponto de vista crítico pela

doutrina do Direito Administrativo preocupada com a sustentabilidade do desenvolvimento nacional.

Para corroborar com o fenômeno da fuga do regime jurídico administrativo, é cada vez mais criativa a mente do gestor público. Como na frase de Stendhal, extraída da obra *La Chartreuse de Parme*:

O amante sonha com mais frequência encontrar sua amada que o marido em vigiar sua mulher, o prisioneiro sonha com mais frequência se libertar do que o carcereiro em fechar sua porta, por isso quaisquer que sejam os obstáculos, o amante e o prisioneiro são sempre mais bem sucedidos.<sup>12</sup>

Zelmo Denari utiliza-se deste raciocínio para explicar o fenômeno da evasão fiscal, tida como uma prática ilícita utilizada para se esquivar do cumprimento de uma obrigação tributária, afirmando que é natural que, dando asas a uma imaginação criativa e fértil, haja muitos que lo-grem escapar do alcance de diversas imposições tributárias. Nesta ótica, também a utilização da concessão administrativa é um instrumento inequivocamente “inovador” para se burlar, dentro dos quadros da parceria público-privada, toda uma sistemática de regime jurídico público.

Se será tida por “terceirização” lícita ou ilícita, somente o Poder Judiciário poderá dar a última palavra, caso reconheça o cenário que já é intuído pela doutrina mais atenta do Direito Administrativo brasileiro.

Resta saber se a “inovação” irá se espalhar e, em caso positivo, em qual velocidade, o que representa, a nosso ver, algo que precisa ser acompanhado com um olhar crítico por parte daqueles que se preocupam com os impactos futuros da colonização dos espaços públicos pelas práticas de gestão privadas, que também possuem as suas vicissitudes<sup>13</sup>, e não só vantagens, sobretudo quando se pondera os objetivos maiores de desenvolvimento nacional sustentável contidos na Constituição de 1988.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Traduzida livremente por: SANTOS, 2007, p. 145.

<sup>13</sup> Segundo Emerson Gabardo (2002, p. 105), a Administração deve encontrar meios próprios, que são particularmente compatíveis para com a resolução de uma problemática que é inerente à organização pública e que não se resolve pela adoção de mecanismos que forma construídos para dirimir os problemas inerentes à ineficiência, ou falta de produtividade, do setor privado.

<sup>14</sup> Há pessoas que já tomam por pressuposto que as investidas neoliberais da Reforma Administrativa da década de 90 tenham transformado profundamente a Constituição, ocorre que, não obstante a

## 5. Conclusões

A parceria público privada é instrumento que propicia ao Poder Público buscar na iniciativa privada investimentos para a construção de infraestrutura. Ela não se resume à disponibilização de obra pública, sendo associada à prestação de serviços públicos. Foi engendrada como uma forma de contornar os limites orçamentários, tendo por inspiração original o modelo neoliberal inglês.

Contempla modalidades de concessão de serviços públicos, notadamente: (1) a *concessão patrocinada*, quando, adicionalmente à cobrança da tarifa, houver contraprestação por parte da Administração Pública; e (2) a *concessão administrativa*, tida como contrato de prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolver execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Das vantagens oferecidas em relação à sistemática da concessão comum, para efeitos de captação de investimentos, o maior benefício se dá, conforme analisado, no sistema de garantias previsto na lei das parcerias público-privadas, pois além das garantias direcionadas ao concessionário, há aquelas que são voltadas para assegurar que a Administração Pública cumpra as obrigações pecuniárias assumidas.

A principal contribuição da presente abordagem se volta, no entanto, a analisar os possíveis impactos da utilização da concessão administrativa em serviços não privativos do Estado, de forma gratuita, integralmente remunerada por contraprestação do Poder Público, mas submetidos a um regime jurídico de direito privado.

Esta foi, no fundo, uma fórmula inovadora (já premiada no exterior) encontrada para se “contornar” o regime jurídico administrativo, que ora se aproxima de uma privatização em sentido amplo, ora de uma terceirização que recai sobre a gestão de atividades-fim do Estado, que,

---

Emenda Constitucional nº 19/98, os papéis do Estado Democrático (e social) de Direito foram mantidos, sendo uma falácia supor que um poder reformador pudesse fazer tão profunda modificação na estruturação do Estado Brasileiro, o que demandaria, no fundo, um Poder Constituinte Originário. Ora, mais recentemente, o próprio Bresser Pereira, que elaborou o Plano Diretor de Reforma do Estado, reaprecia, após a crise de 2008, o modelo de dependência econômica associada que influenciava as ideias presentes na década de noventa. NOHARA, 2012, p. 213.

por serem também abertas à iniciativa privada, ficam na fronteira entre o *lícito* e o *ilícito*,<sup>15</sup> o *público* e o *privado*, ou, mais propriamente, *do privado no público*.

Importante, pois, que os gestores tenham cuidado ao manejar desta controvertida potencialidade da concessão administrativa, pois ela pode provocar dependência futura da gestão pública da iniciativa privada, comprometendo os objetivos constitucionais voltados a assegurar um desenvolvimento nacional sustentável, mormente a partir da percepção não imediatista de que a mera modernização não implica necessariamente em desenvolvimento, sendo esta noção associada, conforme visto, à melhora qualitativa dos padrões de vida dos cidadãos, proporcionada a partir da elevação do bem-estar social, indagação que, a nosso ver, põe em cheque, se não a legitimidade, ao menos a sustentabilidade do uso da concessão administrativa nos quadros do ordenamento jurídico brasileiro.

## 6. Referências Bibliográficas

AGUILLAR, F. H. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

BACELLAR FILHO, R. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

BERCOVICI, G. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERSCH, K.; PRAÇA, S.; TAYLOR, M. **State Capacity and Bureaucratic Autonomy within National States**: mapping the archipelago of excellence in Brazil. Disponível em: <[http://cepesp.files.wordpress.com/2013/06/bersch-praca-taylor-state-capacity-and-autonomy-may-1\\_lasa.pdf](http://cepesp.files.wordpress.com/2013/06/bersch-praca-taylor-state-capacity-and-autonomy-may-1_lasa.pdf)>. Acesso em 20 jul. 2013.

---

<sup>15</sup> Neste ponto, pode-se fazer um paralelo entre os limites da elisão e da evasão fiscal, pois a concessão administrativa de serviço público não privativo fica na fronteira entre um planejamento estratégico que poupe, no curto prazo, o dispêndio de recursos públicos, mas ao mesmo tempo não deixa de ser vista como uma 'evasão' do regime jurídico público, numa hipótese absolutamente *sui generis*, pois, no caso mencionado: há hospital público, gerido pela iniciativa privada, em regime privado, com prestação gratuita, em concessão administrativa de serviço público, algo impensável até 2011.

BRITO, B. M. B. de; SILVEIRA, A. H. P. **Parceria Público-Privada**: compreendendo o modelo brasileiro. *Revista de Serviço Público*, Brasília, DF, n. 56, p. 7-21, jan./mar. 2005.

BUCCI, M. P. D.. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, M. S. Z. **Parcerias na Administração Pública**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FREITAS, J. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GABARDO, E. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GALBRAITH, J. K. **Folha de S. Paulo**, 7 nov. 1997.

HACHEM, D. W. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n° 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.

NOHARA, I. P.. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Reforma Administrativa e Burocracia**: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.

SANTOS, S. R. dos. Como fica o planejamento tributário diante da denominada norma geral antielisão? **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, a. 5, n. 30, p. 137-193, nov./dez. 2007.

SUNDFELD, C. A. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIEIRA, O. V.; SUNDFELD, C. A. **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VIOLIN, T. C. Estado, Ordem Social e Privatização: as terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das organizações sociais, OSCIPs e demais entidades do terceiro setor. **Raízes Jurídicas**, v. 4, p. 369-380, 2008.

Recebido: 08/01/2015

*Received*: 01/08/2015

Aprovado: 29/01/2015

*Approved*: 01/29/2015