

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

DÉBORA LUBRANO DE MENDONÇA

RIO DE JANEIRO

2008

DÉBORA LUBRANO DE MENDONÇA

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Atílio José Aguiar Gorini

Mendonça, Débora Lubrano de.
Parcerias Público - Privadas. – 2008.
67 f.

Orientador: Atílio José Aguiar Gorini.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 66-67

1. Parceria - Monografias. 2. Contrato administrativo. I. Gorini, Atílio José Aguiar II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.352
CDU 351.712

DÉBORA LUBRANO DE MENDONÇA

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Attílio José Aguiar Gorini – Presidente da Banca Examinadora
Prof. Msc. – Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientador

Nome completo do 2º Examinador
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence _

Nome completo do 3º Examinador
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

Dedico este trabalho aos meus pais, Wilton e Jorgina, cuja dedicação e amor fizeram de mim o que sou hoje. Aos meus irmãos, Guilherme e Cristina, pelo companheirismo e por serem meu porto seguro.

A Aline Tavares (*in memoriam*), amiga extraordinária, cuja força e a alegria foram exemplos de vida e de quem sempre sentirei saudades.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me deu oportunidade de cursar uma universidade pública, que ao longo dos anos colocou em minha vida pessoas especiais e sempre me deu forças para enfrentar todos os obstáculos.

Aos meus pais, Wilton e Jorgina, e aos meus irmãos, Guilherme e Cristina, com muito carinho e apoio incondicional, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

Aos meus familiares, pelo amparo e carinho sempre demonstrados.

Ao meu ex-chefe e mestre, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de Siqueira, pela ajuda na escolha do tema e na elaboração deste trabalho, bem como pelos conselhos sempre úteis e precisos enquanto fui sua estagiária.

Ao meu orientador, Prof. Atílio José Aguiar Gorini, pela orientação e paciência.

A todos os professores da UFRJ ao longo desses cinco anos, que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia.

Aos amigos da Advocacia Geral da União, pela valiosa experiência nos anos em que fui estagiária, pelo convívio, pelo apoio e pela amizade.

As amigas de infância Roberta Bastos, Cristiane Marques, Syssa Iendrick, Suellen Herbster e Caroline Lima por tantos anos de amizade, por terem compartilhado tantos momentos ao meu lado e por serem para sempre as crianças que cresceram juntas.

A amiga Aline Tavares (*in memoriam*), pela demonstração de coragem, força e determinação com que sempre viveu e enfrentou as dificuldades e a doença, contagiando a todos com sua paz, alegria e sorrisos inesquecíveis, pelos anos de convivência e amizade, meu exemplo para toda vida.

Por fim, a todos os colegas e amigos da Faculdade Nacional de Direito, em especial Rosimar Felipe, Elaine Larrubia e Flávia Crepaldi, pelo companheirismo e amizade durante os anos do curso.

RESUMO

MENDONÇA, D. L. *Parcerias Público - Privadas*. 2008. 55 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A lei nº 11.079/04 inclui no direito administrativo brasileiro uma nova forma de delegação de serviços públicos, as Parcerias Público-Privadas. Para estudar este novo regime, primeiramente se faz necessário, analisar o posicionamento doutrinário no que tange aos serviços públicos. Avaliam-se questões relevantes envolvendo conceito, requisitos, titularidade, formas de execução. Para melhor compreensão do tema, na segunda parte do estudo, realiza-se um análise mais aprofundado sobre os princípios inerentes aos serviços públicos e as Parcerias Público-Privadas, pois são de observância obrigatória e juntamente com as leis e a doutrina ajudam a formar as relações no mundo jurídico. A terceira parte dedica-se a caracterização e exposição de peculiaridades das concessões comuns, regidas pela lei nº 8.987/95, e das concessões especiais, previstas na lei nº 11.079/04, bem como o exame das identidades e distinções entre os dois institutos.

Palavras-Chave: Parcerias Público-Privadas; Contratos Administrativos; Concessão de serviços públicos.

ABSTRACT

Law n° 11.079/04 includes a new form of delegation in Brazilian Administrative Law - The Public-Private Partnership. It is necessary, in order to study this new regimen, to first analyze the doctrine position regarding public services. Relevant questions are evaluated involving concept, requirements, titles, forms of execution. For better understanding of the subject, an in the second part, depth study of the inherent principles of public services and of Public-Private Partnerships is carried out, for these are of compulsory observance and, together with laws and the doctrine, they help form the relations in the legal realm. The third part is dedicated to the featuring and presentation of peculiarities of common concessions, as per Law n° 8.987/95 as well as of special concessions, envisaged in Law n° 11.079/04, in addition to the analysis of identities and discussions set by the two Justinian institutes.

Word-Key: Public-Private partnerships; Administrative agreements; Concession of public services.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. SERVIÇOS PÚBLICOS	14
2.1. Conceito	14
2.2. Elementos da definição	15
2.2.1. Elemento subjetivo	15
2.2.2. Elemento formal	16
2.2.3. Elemento material	16
2.3. Requisitos	17
2.4. Características	17
2.5. Classificação	18
2.5.1. Serviços delegáveis e indelegáveis	19
2.5.2. Serviços administrativos e de utilidade pública	19
2.5.3. Serviços coletivos e singulares	20
2.5.4. Serviços sociais e econômicos	21
2.6. Titularidade	21
2.7. Execução do serviço	22
3. PRINCÍPIOS	24
3.1. Princípios inerentes aos Serviços Públicos	24
3.1.1. Princípio da continuidade	24
3.1.2. Princípio da eficiência	26
3.1.3. Princípio da generalidade	27
3.1.4. Princípio da modicidade	28

3.1.5. Princípio da mutabilidade do regime jurídico ou flexibilidade dos meios aos fins	28
3.2. Princípios inerentes as PPPs	29
3.2.1. Princípio da legalidade	29
3.2.2. Princípio da impessoalidade	30
3.2.3. Princípio da moralidade	31
3.2.4. Princípio da publicidade	32
3.2.5. Princípio da eficiência	32
3.2.6. Eficiência no cumprimento das missões do Estado e no emprego dos recursos da sociedade	33
3.2.7. Respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução	33
3.2.8. Indelegabilidade das funções de regulação jurisdicional e do exercício do poder de polícia	33
3.2.9. Responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias	34
3.2.10. Transparências dos procedimentos e das decisões	34
3.2.11. Repartição dos riscos de acordo com a capacidade dos parceiros em gerenciá-lo	34
3.2.12. Sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas do projeto.	35
4. CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	36
4.1. Concessão de Serviços Públicos	36
4.1.1. Conceito	36
4.1.1.1. Concessão x Permissão	37
4.1.2. Modalidades	38
4.1.3. Do equilíbrio econômico-financeiro	39
4.1.4. Prazos	39
4.1.5. Garantias	40
4.1.6. Do controle e da intervenção	40
4.1.7. Da responsabilidade civil	41
4.1.8. Licitação	42
4.1.9. Subcontratação, subconcessão, transferência da concessão	44
4.1.10. Da reversão	45
4.1.11. Formas de extinção	46

4.1.11.1. Termo Final do Prazo	46
4.1.11.2. Anulação	46
4.1.11.3. Rescisão.....	46
4.1.11.4. Caducidade	47
4.1.11.5. Encampação	47
4.1.11.6. Falência e extinção da concessionária	47
4.2. Parcerias Público Privadas	48
4.2.1. Conceito	48
4.2.2. Elementos	49
4.2.3. Modalidades	50
4.2.4. Contratos	51
4.2.5. Prazos	52
4.2.6. Licitação.....	52
4.2.7. Contraprestação e Garantias	55
4.2.8. FGP	55
4.2.9. Controle	55
4.2.10. SPE	56
4.2.11. Rescisão	56
4.3. Distinções e identidades	57
4.3.1. Distinções	57
4.3.1.1. Remuneração	57
4.3.1.2. Garantias	57
4.3.1.3. Penalidades e Riscos	58
4.3.1.4. Ganhos	59
4.3.1.5. Constituição de sociedade de propósitos específicos	59
4.3.1.6. Limites	59
4.3.1.7. Licitação	59
4.3.2. Identidades	60

4.3.2.1.	Sujeição aos princípios aplicáveis aos serviços públicos ...	60
4.3.2.2.	Reconhecimento de direitos e obrigações dos usuários	60
4.3.2.3.	A previsão de cláusulas essenciais	61
4.3.2.4.	Encargos do poder concedente e do concessionário	61
4.3.2.5.	Responsabilidade por prejuízos causados ao poder concedente e a terceiros	61
4.3.2.6.	Controle e possibilidade de intervenção	61
4.3.2.7.	Formas de subcontratação e de subconcessão	61
4.3.2.8.	Formas de extinção do contrato de concessão	62
4.3.2.9.	Reversão de bens	62
5.	CONCLUSÃO	64
6.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

1.INTRODUÇÃO

O tema analisado será a Parceria Público-Privada (PPP). O objetivo desse trabalho é demonstrar como o direito brasileiro está lidando com as inovações no campo do direito administrativo, encarando de forma nova as dificuldades de natureza econômica e financeira, modificando a definição das funções do Estado, assim como sua própria estrutura.

Esta monografia tem por objetivos investigar as inovações no Direito Administrativo e apresentar a implantação no Brasil uma nova forma de vínculo negocial, para que isso seja possível é necessário fazer um estudo sobre esses novos acordos jurídicos que são estabelecidos entre a Administração Pública e particulares a fim de desenvolver atividades de interesse geral.

Para tanto, será necessário caracterizar e descrever os institutos, demonstrando seus princípios e peculiaridades em relação aos outros institutos já existentes no direito positivo brasileiro. Primeiramente, caberá apresentar uma noção dos novos conceitos e características do serviço público, já que este vem apresentando significativas

transformações no decurso do tempo, modificando também os tipos de contratos administrativos que delegam tais atividades a particulares.

É conferida grande importância ao exame deste instituto, uma vez que é tema controvertido na doutrina não só no que tange ao conceito, mas também a sua classificação e características.

Depois de analisados os serviços públicos demonstraremos os princípios a eles atribuídos e também os inerentes as parcerias público-privadas. Evidenciando assim a importância e influência desses preceitos fundamentais na elaboração das leis que regem as concessões, pois estes encontram amparo legal na Constituição Federal (CF) e nas próprias leis que serão estudadas.

No terceiro capítulo avaliaremos as concessões de serviço público que serão apresentadas por suas respectivas leis. Observaremos as *concessões comuns* e as *concessões especiais* apreciando suas particularidades.

As concessões comuns são ajustes pelo qual a Administração pública transfere para um particular a responsabilidade pela prestação de serviços públicos, sendo caracterizadas pela contraprestação ser provida através de tarifa paga pelos usuários do serviço. Elas são reguladas pela lei nº 8.987, de 13.2.1995, contendo duas modalidades: *as concessões de serviço público simples* e *as concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública*.

São exemplos de concessões de serviços públicos: a prestação de serviços de telecomunicações, fornecimento de energia elétrica, manutenção de rodovias, coletas de lixo urbano, entre outros.

De outro lado temos as concessões especiais, que são previstas na lei nº 11.079, de 30.12.2004 e se subdividem em: *concessões patrocinadas* e *concessões administrativas*. Sobre elas incide o regime jurídico das parcerias público-privadas.

Caberá expor os tipos de concessões acima enumerados para depois apontar suas distinções e identidades, com o intuito de evidenciar a constante mutação do direito a partir dos novos quadros sociais que se apresentam.

Portanto, a importância deste projeto final é demonstrar as mudanças das políticas públicas de melhoria de condições sociais, através da criação de programas que gerem postos de trabalho, arrecadação de impostos e desenvolvimento da economia, com a ajuda do setor privado. O Estado como não conta mais com as verbas necessárias para arcar com obras de infra-estrutura, por isso criou formas alternativas de captação de recursos. Tais mudanças políticas refletem no mundo jurídico, alterações essas que precisam ser verificadas através deste estudo.

2. SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1. Conceito

O conceito de serviço público no Direito brasileiro não é apresentado pela doutrina de forma unânime, pois ele se apresenta em constante mutação, altera-se segundo as **necessidades do tempo e do interesse público**. Também se percebe que vários aspectos devem ser considerados na formação do seu conceito como seus elementos constituintes, suas características, seus requisitos.

Não sendo o conceito de serviço público um conceito estático, fatores diversos influenciam tal juízo, como um conjunto de elementos que vão desde as aspirações da coletividade, valores econômicos, sociais e políticos, até a infra-estrutura do Estado.

Ao definir serviço público alguns autores preferem adotar critérios de conceituação entendendo que o conceito de serviços públicos tem dois sentidos: o **amplo** e o **restrito**. É o caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Entende-se por sentido amplo, atividade ou organização que o Estado presta para cumprir seus fins, incluindo, a atividade judiciária e administrativa, ou seja, abrange todas as atividades exercidas pela Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella di Pietro expõe que ao usar a palavra “Estado” no conceito de serviços públicos, tal conceito é mais amplo do que quando se usa a palavra “Administração Pública”, pois aí se exclui as atividades legislativa e jurisdicional. Porém, o conceito prossegue sendo em sentido amplo, pois não distingue o poder de polícia do serviço público.

Já em sentido restrito, serviço público são atividades exercidas pela Administração Pública, excluindo as funções legislativa e jurisdicional. Cabe explicar que os adeptos de tal sentido consideram o serviço público como atividades administrativas, distintas do poder de polícia exercido pelo Estado, ou seja, o desempenho de atividade social.

Caio Tácito distingue atividade jurídica e atividade social:

atende-se à prestação do direito objetivo, à ordem pública, à paz e à segurança coletivas - tratando do poder de polícia e na atividade social a Administração cuida de assuntos de interesse coletivo, visando ao bem-estar e ao progresso social, mediante o fornecimento de serviços aos particulares - equivalendo aos serviços públicos.¹

¹ TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 111

Segundo José Santos do Carvalho Filho, serviço público admite dois sentidos fundamentais, um **subjetivo** e outro **objetivo**. No sentido subjetivo, levam-se em conta os órgãos do Estado, responsáveis pela execução das atividades voltadas a coletividade, sendo assim é considerado serviço público órgãos de fiscalização e autarquias. Já em sentido objetivo, serviço público é a atividade em si, prestada pelo Estado e por seus agentes, tem como característica a essencialidade do serviço para a comunidade.

Já Hely Lopes Meirelles define assim Serviços Públicos:

Serviço público é todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado.²

Cabe ressaltar o que leciona Maria Sylvia Di Pietro:

toda atividade material que a lei ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público.³

José Santos do Carvalho Filho considera Serviço Público como sendo:

toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob o regime de direito público. Com vistas à satisfação de necessidades e secundárias da coletividade.⁴

2.2. Elementos da definição

Os serviços públicos contam elementos constitutivos (subjetivo, formal e material) que ajudam na percepção da definição deste tema que sofreu consideráveis transformações no decurso do tempo. São eles:

2.2.1. Elemento subjetivo:

A criação de um serviço público é feita através de lei e corresponde a uma opção do Estado, que usa seu critério de necessidade e conveniência, assumir a execução de uma atividade por entender sua importância para a coletividade. No que se refere à

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros: São Paulo, 1993. p.289

³ PIETRO, Maria Sylvia Di. *Direito Administrativo*. 19ª ed. Atlas: São Paulo, 2006. p.80

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15ª ed. Lúmen Iuris: Rio de Janeiro, 2006. p. 267.

gestão, o Estado pode executá-lo diretamente, através de órgãos que compõem a Administração Pública centralizada ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão, ou ainda através de empresas públicas.

2.2.2. Elemento formal:

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que determinados tipos de serviços públicos, como os não comerciais ou industriais, se submetem ao regime jurídico de direito público. Nesse caso os agentes seguem o regime estatutário, os bens são públicos, as decisões têm caráter de ato administrativo, com presunção de veracidade e executoriedade. Leciona também que os contratos são regidos pelo direito administrativo, não excluindo a possibilidade de haver alguns institutos regidos pelo direito privado.

Ainda ressalta que se tratando de serviços comerciais ou industriais, seu regime é de direito comum (civil e comercial) conjuntamente com o direito público, pois a contratação de pessoal é regida pelo direito trabalhista, em algumas situações sendo estes trabalhadores equiparados aos funcionários públicos, porém os contratos com terceiros são subordinados ao direito comum.

Os únicos bens que se equiparam aos bens públicos de uso especial são os vinculados ao serviço público em questão. A responsabilidade que antes era subjetiva passa a ser objetiva por força do artigo 37, § 6º da Constituição de 1988. Aplicam-se algumas normas do direito privado nas relações entre entidade prestadora do serviço e a pessoa jurídica política que a instituiu, embora seja obrigatória a observância de normas de direito público, sendo o regime híbrido neste caso.

2.2.3. Elemento material:

Todo serviço público é uma atividade de interesse público, logo é necessário que a lei atribua como objetivo a prestação de certa atividade que nem sempre gera lucro, mas que seja encarada como essencial a população ou ao bom funcionamento da máquina pública, ou seja, todo serviço público visa o atender as necessidades públicas.

A avaliação de interesse é discricionária, cabendo a administração pública decidir quais serviços públicos deve prestar, ou seja, que julgue necessária sua prestação seguindo critérios de liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.

Assim, se pode dizer que Serviço Público, em sentido **literal**, corresponde à atividade de que tenha por destinatário ou responsável o Poder Público, sendo seu conceito jurídico variável conforme o critério que se adota. Em sentido **formal**, corresponde o serviço público à tarefa exercida sob influência de normas de direito público; em sentido **material**, corresponde à atividade que se atende os interesses ou necessidades da coletividade; em sentido **subjetivo**, corresponde à atividade prestada pelo Estado.

2.3. Requisitos

Requisitos são condições impostas afim de que uma coisa se mostre perfeita para que se obtenha o fim desejado⁵, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello os requisitos abaixo são necessários para a composição do serviço público:

- Tratar-se de uma prestação de atividade singularmente fruível pelos usuários;
- Consistir em atividade material;
- Destinar-se à satisfação da coletividade em geral;
- Ser reputada pelo Estado como particularmente importante para a satisfação dos interesses da Sociedade;
- Ter sido havida como insuscetível de ser relegada tão só aos empreendimentos da livre iniciativa, razão porque a assume como pertinente a si próprio (ainda que nem sempre com exclusividade);
- Submetê-la a uma específica disciplina de direito público.⁶

2.4. Características

Para que o serviço público seja identificado como tal é necessária a presença de elementos particulares que os diferenciem de outros tipos de atividades. Essas características são:

Sujeito estatal – O artigo 175 da Constituição dispõe que o poder público é incumbido de prestar serviço público. Porém as relações sociais e econômicas

⁵ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 26ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2005. p. 1211

⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Serviço Público: Conceito e Características*. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/>, Acesso em: 20/10/2008.

atualmente permitem que sejam delegados a particulares a prestação de certos serviços públicos. Caberá ao Estado regulamentar, alterar e controlar o serviço, competindo também ao Estado o poder fiscalizador visando assim o interesse público que é um dos objetivos do Estado.

Interesse coletivo – o interesse da coletividade se demonstra muito extenso pela sua grande diversidade, o que leva a doutrina a classificá-los em *primários ou essenciais e secundários ou não-essenciais*.

Serviços essenciais são quando o Estado deve prestá-los com maior abrangência possível porque se tratam das principais demandas da coletividade. *Serviços não-essenciais* são aqueles que a prestação será resultado de uma avaliação feita pelo próprio Estado, que por algum motivo há o interesse de fazê-lo. Ou seja, a necessidade e essencialidade do serviço não têm parâmetros fixos, varia de acordo com o tempo e espaço da atividade desempenhada.

Regime de Direito Público – O serviço é estabelecido pelo Estado e almeja o interesse coletivo, devendo ser submetido pelo regime de direito público. Não necessariamente deverá ser integralmente público porque particulares prestam serviços em colaboração com o poder público, pode-se dizer então que o regime poderá ser *híbrido*, predominando o regime de direito público quando colidir com o de direito privado.

Diversas são as normas de direito público que devem ser aplicadas aos serviços públicos, dentre elas as mais importantes são: fiscalização do serviço, supremacia do Estado na execução, prestação de contas e etc.⁷

2.5. Classificação

A classificação dos serviços públicos também é um ponto controvertido na doutrina do direito administrativo brasileiro. Diversos autores seguem diferentes critérios para identificar o tipo de atividade exercida pelo Estado. Neste Trabalho vamos expor as idéias de três autores: José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Hely Lopes de Meirelles. Seguiremos a classificação do primeiro autor, indicando as diferenças em relação aos demais autores.

2.5.1. Serviços delegáveis e indelegáveis:

⁷ Características dos serviços públicos segundo José dos Santos Carvalho Filho. *Op. Cit.* p. 267/268.

Serviços delegáveis – são aqueles que por sua natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, podem ser executados pelo Estado ou por particulares colaboradores como energia elétrica, transporte coletivo. Ou seja, ha transferência da execução do serviço por contrato (concessão) ou ato (permissão e autorização) negocial.

Serviços indelegáveis – são aqueles que só podem ser prestados pelo Estado diretamente, ou seja, por seus próprios órgãos ou agentes como os serviços de defesa nacional, segurança interna, fiscalização de atividades, serviços assistenciais. Estes não podem ser transferidos a particulares para a segurança do próprio Estado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro identifica serviços delegáveis e indelegáveis como sendo próprios e impróprios. A autora define serviços próprios como sendo aqueles que atendem as necessidades coletivas. Ou seja, o Estado assume a tarefa como sua e a presta diretamente (por meio de seus agentes) ou indiretamente (por meio de concessionárias e permissionárias).

Já os serviços impróprios são as necessidades coletivas não assumidas pelo Estado, mas apenas autorizados, regulamentados e fiscalizados por ele. A ilustre professora leciona que estas atividades são chamadas de serviços públicos por serem descritas como de interesse geral e por dependerem de autorização do Poder Público, porém são consideradas atividades privadas e são exercidas por particulares.

Hely Lopes de Meirelles segue o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro quanto à classificação de serviços próprios e impróprios. O autor também se distingue dos demais ao classificar serviços como essenciais e não essenciais. José Santos de Carvalho Filho não concorda com tal classificação, primeiro, por entender que todos os serviços são próprios, já que se trata de serviços que visam à coletividade, e também por compreender que serviços essenciais dependem do tempo e do lugar para se configurarem essenciais podendo ser esta classificação totalmente variante.

2.5.2. Serviços administrativos e de utilidade pública:

Serviços administrativos – são serviços que tem por objeto atender necessidades internas da Administração Pública ou outros serviços que serão prestados ao público em geral. O Estado geralmente os executa para compor melhor sua organização, podemos citar como exemplo a implantação centro de pesquisa ou edição de imprensa oficial para a divulgação dos atos administrativos.

Serviços de utilidade pública – se destinam diretamente os indivíduos, ou seja, são proporcionados para sua fruição direta como energia domiciliar, fornecimento de gás, ensino.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende esta classificação seria quanto ao objeto da prestação do serviço. Por isso, além de classificar os serviços públicos em serviços administrativos, a autora ainda indica outros dois tipos: *serviço comercial ou industrial* e *serviço público social*.

Serviço Comercial ou Industrial são atividades de ordem econômica, que visam atender as necessidades coletivas e que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente. O estado pode executar três tipos de atividade econômica: quando exerce atividades que deveriam ser exercidas por particulares, mas por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo acabam sendo exercidas pelo Estado, que neste caso estará atuando como interventor, neste caso estará sujeito ao regime das empresas privadas. Também quando o Estado assume o papel de monopólio (art. 176 e 177 CF), ou ainda quando a atividade econômica passa a ser assumida pelo Estado como serviço público (art. 175 CF) sendo que sua atuação pode ser direta ou indireta. Já o serviço público social atende as necessidades coletivas e para o Estado são consideradas essenciais, mas que também são oferecidas pela iniciativa privada tal como educação, saúde, previdência. Estes são considerados direitos fundamentais pelo artigo 6º da CF, objetiva atender os direitos sociais do homem.

2.5.3. Serviços coletivos e singulares:

Serviços coletivos (uti universi) – são aqueles prestados a grupamentos indeterminados de indivíduos, de acordo com as opções prioridades da Administração, e em conformidade com os recursos de que disponha como serviços de pavimentação de ruas, iluminação pública, prevenção de doenças. Estes são prestados de acordo com as conveniências e possibilidades administrativas.

Serviços singulares (uti singuli) – preordenam-se destinatários individualizados, sendo mensurável a utilização por cada um dos indivíduos como energia domiciliar, uso de linha telefônica. Estes criam direito subjetivo quando o indivíduo se mostra em condições técnicas de recebê-los.

2.5.4. Serviços sociais e econômicos:

Serviços sociais – são os que o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicas e representam ou uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e projetivos.

Serviços econômicos – são aqueles que, por sua possibilidade de lucro, representam atividades de caráter mais industrial ou comercial, razão por que alguns os denominam de serviços comerciais e industriais. A constituição permite o Estado exercer atividades econômicas que cabem a particulares quando se deve atender a interesse coletivo ou caso seja imperativo de segurança nacional (art. 173, CF) em outras situações o Estado tem monopólio de certo seguimento econômico (art. 177, CF).

2.6. Titularidade

Os serviços públicos podem pertencer a diferentes esferas de governo, a entidade federativa competente caberá instituir, regulamentar e controlar os diversos serviços públicos. Ou seja, os serviços públicos podem ser considerados como federais, estaduais, distritais e municipais.

A Constituição Federal, em seu artigo 23, enumera alguns tipos de serviços públicos como comuns a todas as pessoas federativas, porém algumas atividades são privativas de algumas esferas. Os serviços privativos são aqueles atribuídos a apenas uma das esferas da federação, ao contrário, os serviços comuns são aqueles que podem ser prestados por pessoas de mais de uma esfera administrativa.

A extensão territorial do serviço é importante na hora de definir a competência do ente, pois caso se trate de um serviço que abranja todo o país, este deve ser prestado pela União. Caso os interesses sejam do Estado, ele deverá incumbir-se de realizá-lo, já para os municípios ficam aqueles serviços em que estejam presentes o interesse local.

O serviço público só poderá existir se houver norma regulamentadora, isto se dá através de leis, decretos e outros atos regulamentares que formalizam o modo de execução do serviço, bem como os seus destinatários.

A regulamentação do serviço público é efetuada pela entidade competente a prestá-la. Tal regulamentação deverá conter regras básicas de execução, estabelecendo a opção de executar a atividade direta ou indiretamente e, caso seja necessário, alterando os meios da execução, retomando-a para si.

O controle é dado ao titular do serviço, este tem a obrigação de fiscalizar as condições em que são prestadas as atividades e o atendimento dado aos beneficiários. O controle interno ocorre dentro dos órgãos da Administração que exercem a atividade. O controle externo é exercido quando a Administração fiscaliza os particulares

(concessionários e permissionários) ou quando verifica aspectos administrativo, financeiro e institucional de pessoas da administração descentralizada.

Em todos os casos, deve a entidade federativa conferir a forma de prestação, os resultados produzidos, os benefícios sociais, a necessidade de ampliação, redução ou substituição, ou seja, todos os aspectos que constituam real avaliação do que está sendo executado.

2.7. Execução do Serviço

Execução direta é aquela através da qual o próprio Estado presta diretamente os serviços públicos, nesta situação o ente público é titular e prestador do serviço. A prestação de determinada atividade ocorre através de um dos órgãos públicos da estrutura do ente competente, esses órgãos são chamados de *administração centralizada*, pois o Estado centraliza a atividade por ele prestada. A partir do decreto lei nº 200/67, denominou-se o esse grupo de órgãos de *administração direta (art. 4º, I)*, porque o Estado assume diretamente a administração e os encargos, sob sua responsabilidade.

Cabe ressaltar, que quando falamos em *desconcentração*, se refere à Administração executando o serviço centralizadamente, mas o ente decide distribuir entre vários órgãos a realização da atividade para melhorar e acelerar a obtenção do serviço pelos usuários.

Execução indireta ocorre quando o Poder Público transfere a execução para entidades não federativas. Somente a prestação é transferida, tendo o Estado o dever de controlar essas atividades para que mantenham a qualidade do serviço. Tal transferência pode ocorrer de várias formas, por meio de *descentralização, delegação legal ou ainda por delegação negocial*.

Descentralização é fato administrativo que representa a transferência, por outorga ou delegação, a autarquias, fundações e empresas estatais, empresas privadas ou particulares. A descentralização pode ser territorial/geográfica ou institucional.

Descentralização territorial é a passagem de funções de uma pessoa federativa para outra ou quando há transferência do poder central a coletividade local. Descentralização institucional é a mudança do serviço do poder central a uma pessoa jurídica própria, de caráter administrativo, mas nunca de características políticas.

Delegação legal⁸ é aquela descentralização que ocorre mediante lei. A lei admite a descentralização e autoriza a criação de pessoa administrativa para executar o serviço (art. 37, XIX da CF). Da delegação legal é formada a *administração indireta* ou *administração descentralizada*⁹, pois integram a administração pública porque lhe é conferida competência legal para execução de uma função pública. Há exceções a regra, como pessoas autorizadas a desempenhar serviço público, mas que não fazem parte da estrutura da Administração.

Delegação negocial é execução indireta dos serviços públicos por particulares. Este tipo de delegação se dá através de negócios jurídicos regrados geralmente pelo direito público, sendo a concessão e a permissão de serviços públicos os meios utilizados. A concessão caracteriza-se por ser um contrato administrativo e a permissão, se qualifica por ser um ato administrativo, hoje considerado um contrato de adesão.

3. PRINCÍPIOS

Assim como todos os ramos do direito, o direito administrativo também é regido por princípios que juntamente com as leis e a doutrina ajudam a formar as relações no

⁸ Aqui seguimos a classificação dada por José Santos de Carvalho Filho. *Op. Cit.* p. 282/283.

⁹ Hely Lopes Meirelles leciona que a descentralização ocorre por meio de **outorga e delegação**. Outorga seria quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço. Só por lei pode ser retirado ou modificado, ou seja, tem presunção de definitividade. Já a delegação ocorre quando o Estado transfere por contrato (concessão) ou ato unilateral (permissão ou autorização) a execução do serviço. Normalmente, por prazo certo (ato administrativo).

mundo jurídico. Os princípios não necessitam estar presentes na legislação, pois tem validade e impõem seus efeitos independente de serem positivados. São de observância obrigatória, ou seja, jamais podem ser transgredidos, tendo grande valor dentro do ordenamento jurídico.

Segundo De Plácido e Silva, os princípios “são o conjunto de regras ou preceitos que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando a conduta a ser tida em uma operação jurídica”.¹⁰

Para o jurista Miguel Reale os princípios “são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”.¹¹

Os serviços públicos e as PPPs também sofrem influência de princípios gerais – do direito administrativo – e específicos – presentes em cada regime – por isso a necessidade de aprofundar os estudos dos princípios que regem esses dois institutos, visando entender melhor no que se baseou o legislador para construir as leis que estudaremos mais a frente.

3.1. Princípios inerentes aos Serviços Públicos

3.1.1. Princípio da continuidade

O princípio da continuidade dos serviços públicos advém da característica de essencialidade do serviço, ou seja, se trata de atividade econômica prestada pelo Estado que tem como objetivo o interesse da população, devendo este tipo de serviço não ser passível de interrupção sob pena de gerar graves danos a sociedade. Este princípio tem também por objetivo estimular aperfeiçoamento e extensão o serviço público com novas tecnologias, adaptando-se assim as novas demandas sociais.

A idéia de continuidade vem do entendimento que serviço público é uma atividade necessária a coletividade e que não deve ser interrompida, assim Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que este princípio afeta diretamente os contratos administrativos e o exercício da função pública.

No tocante aos contratos, traz conseqüências, como:

- A imposição de prazos rigorosos ao contraente;

¹⁰ SILVA, De Plácido e. *Op. Cit.* p. 1094

¹¹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 300.

- A aplicação da teoria da imprevisão, para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e permitir a continuação do serviço;
- A inaplicabilidade do *exceptio non adimpleti contractus* contra administração;
- O reconhecimento de privilégios para a Administração, como o de encampação, o de uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa contratada, quando necessário para dar continuidade à execução do serviço.¹²

Quanto ao exercício da função pública, os seguintes efeitos:

- As normas que exigem a permanência do servidor em serviço, quando pede exoneração, pelo prazo fixado em lei;
- Os institutos da substituição, suplência e delegação;
- A proibição do direito de greve.¹³

O código do consumidor, em seu artigo 22, indica que os serviços públicos essenciais devem apresentar-se de forma contínua, segura e eficaz, devendo o Estado ser responsabilizado em caso de danos a população, ou seja, a responsabilidade aqui apontada é objetiva, como indica o artigo 37, § 6º da CF.

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

No caso, ao tratarmos de serviços essenciais, temos que discrimina-los. A lei 7.783/89, que regulamenta o artigo 37, VII da CF, prevê quais são esses serviços essenciais.

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II - assistência médica e hospitalar;

III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV - funerários;

V - transporte coletivo;

VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII - telecomunicações;

VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X - controle de tráfego aéreo;

¹² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Op. Cit.* p. 119

¹³ *Ibidem.* p. 120.

XI - compensação bancária.

Serviços essenciais, como estudados no capítulo anterior, são aqueles serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da população, como é o caso da saúde, segurança e sobrevivência (artigo 11 da lei 7.783/89). Tendo em vista tamanha importância para a subsistência e bem-estar da coletividade, tais serviços devem ser tratados de forma diferente, merecendo a incidência deste princípio como forma de proteger a população de possíveis lesões causadas por permissionários ou concessionários, que não poderão cortar o abastecimento, por entenderem que estão sendo prejudicadas na relação de consumo.

3.1.2. Princípio da eficiência

O Estado tem o dever de prestar seus serviços com a maior eficiência possível. Este princípio é totalmente relacionado ao princípio da continuidade, pois a eficiência reclama que o poder público se atualize com os novos processos tecnológicos, de modo que haja uma execução sem desperdícios e que seja mais proveitoso para todos.

O professor Hely Lopes Meirelles, definiu o princípio da eficiência, como:

o que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”, e acrescenta que “o dever da eficiência corresponde ao dever da boa administração...”¹⁴

A própria administração pública deve se utilizar de mecanismos que fiscalizem e tornem esse princípio mais efetivo todos os tipos de órgãos públicos e em serviços públicos realizados por terceiros. No tocante aos seus agentes, o Estado deve capacitá-los afim de que aumente a produtividade e a qualidade do serviço prestado a comunidade. Deve também combater a desorganização e a má distribuição interna dos agentes, distribuindo-os de acordo com a demanda social.

A Constituição Federal, referindo-se as empresas concessionárias e permissionárias, entende que tais particulares colaboradores têm o dever de manter adequado o serviço que executarem, exigindo-lhes, portanto, observância ao princípio da eficiência (art.175, § único, IV). Ou seja, é necessário realizar avaliações periódicas sobre o proveito do serviço prestado.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* p. 120

A Emenda Constitucional nº 19/98 incluiu no art. 37 da CF o princípio da eficiência entre outros princípios que devem guiar os objetivos administrativos. Isso demonstra a tentativa da CF de se moldar as novas tendências curvando-se aos modernos processos tecnológicos e de otimização de suas funções.

A sociedade espera do Estado é uma maior qualidade e eficiência dos serviços públicos a fim de melhorar a organização e estruturação por parte da administração pública, tornando a convivência entre a administração pública e administrados harmoniosa e satisfatória, pois a finalidade do Estado é a satisfação do bem comum, produzindo resultados positivos as necessidades sociais.

3.1.3. Princípio da generalidade

Existem dois importantes aspectos do princípio da generalidade que devemos destacar: a isonomia e a amplitude da prestação.

A amplitude da prestação é um item de observância obrigatória tendo em vista que a finalidade dos serviços públicos é beneficiar o maior número possível de indivíduos, como forma de promover a igualdade de condições e possibilitar a concretização da própria Democracia.

Em relação ao outro aspecto mencionado, devemos levar em consideração que a prestação deve ocorrer de forma isonômica, sem discriminação em relação aos beneficiários do serviço público quando estes estiverem em igualdade de condições técnicas e jurídicas. Isso ocorre porque o fundamento e razão de existência do serviço público é justamente a promoção da igualdade, que é uma garantia constitucionalmente protegida e assegurada na ordem jurídica nacional como forma de manutenção do Estado Democrático de Direito.

Cuida-se de aplicação do **princípio da isonomia** ou, mais especificamente, da impessoalidade (art. 37, CF). Significa tanto a atuação impessoal, genérica, ligada à finalidade da atividade administrativa que vise à satisfação do interesse público, sem corresponder ao atendimento do interesse exclusivo de um administrado, como também significa a imputação da atuação do órgão ou entidade estatal, pois é obrigatório o tratamento igualitário de todos os administrados.

Alguns autores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, denominam esse modelo como **princípio da igualdade dos usuários**, ensina que “perante o serviço público, desde que a pessoa satisfaça às condições legais, ela faz jus à prestação do serviço, sem

qualquer distinção de caráter pessoal”¹⁵, realçando, portanto, a necessidade de não haver preferências arbitrárias.

3.1.4. Princípio da modicidade

José Santos Carvalho Filho leciona: “princípio que os serviços devem ser remunerados a preços módicos, devendo o Poder Público avaliar o poder aquisitivo do usuário para que, por dificuldades financeiras, não seja ele alijado do universo de beneficiários do serviço.”¹⁶

O princípio da modicidade significa que a remuneração dos serviços deve se dar por preços razoáveis, ou seja, o lucro, meta da atividade econômica capitalista, não é objetivo da função administrativa. O preço, na verdade, deve refletir as realidades locais e regionais, imprimindo o mesmo tratamento para pessoas em situações diferentes, não onerando sem razão que não tenham condições de pagar pelo serviço prestado.

Temos a modicidade da tarifa como condição indispensável à caracterização da prestação de serviço adequado e a Administração Pública tem o dever de coibir os abusos e práticas ilegais por parte permissionários e concessionários caso venham tentar majorar o preço considerado apropriado a atividade exercida, pois lhe cabe promover ações de proteção e defesa do usuário.

A tarifa cobrada deverá ser capaz de garantir a prestação dos serviços e manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas nunca poderá deixar de observar as condições financeiras de seu público alvo, a fim de não faltar com a isonomia do serviço.

3.1.5. Princípio da mutabilidade do regime jurídico ou flexibilidade dos meios aos fins

No que se refere ao princípio da mutabilidade do regime jurídico ou da flexibilidade dos meios aos fins, nota-se que o mesmo visa permitir a modificação na realização de determinada atividade, visando adequá-la ao interesse público. Ou seja, esse princípio permite alterações na execução do serviço público, buscando adaptá-lo necessidades da coletividade, uma vez que este se apresenta variável no tempo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera que os serviços públicos são regidos por somente três princípios: o da continuidade do serviço público, o da mutabilidade do

¹⁵ PIETRO, Maria Sylvia di. *Op. Cit.* p. 120.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* p. 277.

regime jurídico e o da igualdade dos usuários. Ao referir-se ao princípio da mutabilidade do regime jurídico, a professora destaca:

autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, que é sempre variável no tempo. Em decorrência disso, nem os servidores públicos, nem os usuários dos serviços públicos, nem os contratados pela administração têm direito adquirido à manutenção de determinado regime jurídico; o estatuto dos funcionários pode ser alterado, os contratos também podem ser alterados ou mesmo rescindidos unilateralmente para atender ao interesse público.¹⁷

Já Celso Antônio Bandeira de Mello, usa a denominação de princípio da adaptabilidade, o autor instrui que tal princípio consiste na atualização e modernização do serviço, com a observância das possibilidades financeiras do Estado.

3.2. Princípios inerentes as PPPs

A lei 11.079/04, em seu artigo 4º, estabelece uma série de princípios norteadores do programa de PPP, princípios estes que estão intimamente ligados aos princípios do artigo 37 da Constituição Federal (CF) e as diretrizes que regem a Lei das Licitações.

O artigo 37, *caput* da CF, traz como princípios inerentes a Administração Pública os princípios da *legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência*.

3.2.1. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade está previsto na Constituição Federal nos artigos 5º, incisos II e XXXV, como também nos artigos 37 e 84, inciso IV. Este princípio limita os atos administrativos, ou seja, tem como característica principal a prescrição de condutas por parte do Estado. Segundo esta diretriz a Administração Pública deve seguir a lei, somente exercendo funções que estejam expressamente prescritas em normas, influenciando completamente o comportamento do agente público, pois significa que ao contrário do ente particular, que pode fazer tudo que não seja proibido em lei, na esfera pública só pode-se agir segundo as determinações legais.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona:

Este princípio, juntamente com o controle da administração pelo poder judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo

¹⁷ PIETRO, Maria Sylvia Di. *Op. Cit.* p. 120.

tempo que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.¹⁸

A segurança jurídica e a justiça são elementos fundamentais do Estado Democrático de Direito, constituindo uma parte importante do sistema de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente protegidos. Corolário da segurança jurídica, o princípio da legalidade da administração pública se concretiza na garantia que todo cidadão possui de não ter sua vida fiscalizada sem critérios básicos instituídos por lei, protegendo a boa fé depositada na ação estatal, no que tange à sua imparcialidade e observância das normas jurídicas.

Só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei. A Administração Pública não pode conceder direitos, criar obrigações ou impor vedações, sem que estas estejam reguladas por lei. A legalidade da administração e a proteção da confiança que os cidadãos depositam na atividade estatal estão intimamente ligadas à presunção de legalidade que têm os atos administrativos e ao dever de anulá-los.

Caso haja ilegalidade no ato administrativo cabe utilizar-se do poder judiciário que apreciará a lesão ou ameaça de lesão aos administrados, pois a Constituição Federal prevê remédios específicos como o *habeas corpus*, *habeas data*, *mandado de segurança*, *mandado de injunção* e *ação popular* contra tais atos.

3.2.2. Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade está atrelado aos princípios da *igualdade e da finalidade*, tendo por objetivo fazer com que os atos administrativos obedeçam à lei e sejam dotados somente de interesse público, não contendo nenhuma índole personalíssima.

Tal princípio é insculpido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, sendo repetido no *caput* do artigo 37, onde é perceptível que se trata de uma especificação ao desempenho das funções públicas, onde não se pode permitir favoritismo ou perseguições que interfiram no exercício da administração pública.

Outra vertente desse mesmo princípio é a que prevê que os atos administrativos não serão imputados a quem os pratica, mas sim à entidade à qual está vinculado. As realizações não são do funcionário ou autoridade e sim do órgão à qual ele representa. Isto se dá pelo fato de ser vedada a promoção pessoal dos agentes públicos como indica

¹⁸ PIETRO, Maria Sylvia Di. *Op. Cit.* p. 86.

o §1º do artigo 37 da CF. O que ocorre na verdade é uma despersonalização do funcionário, trazendo como consequência a atribuição da responsabilidade dos atos praticados por ele para seu respectivo ente.

No tocante a este princípio aplicado ao processo licitatório e as PPP, podemos dizer que todos devem ser tratados sem preferências ou aversões de qualquer tipo, vedando assim qualquer vantagem aos licitantes, salvo se previstas em lei ou no instrumento convocatório.

3.2.3. Princípio da moralidade

O princípio da moralidade preceitua a boa administração pública estando relacionada diretamente com a ética, honestidade, bons costumes, lealdade, boa-fé, justiça e equidade, ou seja, valores resultantes de um consenso social.

Também se pode entender esta diretriz como sendo comportamentos esperados e exigíveis da Administração pública e seus agentes. Quando mencionamos o “comportamento esperado” não estamos só tratando de condutas consideradas legais ou previstas em lei, mas também atinge atos que apresentem interesse em favor de algum particular ou ainda em que haja desvio do fim a ser alcançando, como se vê em casos de desvio de poder.

O desvio de poder é caracterizado como o uso da influência para atingir determinada finalidade irregular, mas nem por isso o meio utilizado para se chegar a tal finalidade é ilícito. Por isso a necessidade de controle não só de ilegalidades como também de meios considerados lícitos contaminados no mérito.

Obrigatoriamente este princípio é vinculado à *probidade administrativa* descrita como “honestidade de proceder ou maneira criteriosa de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa”¹⁹, no caso, ao agente público.

Nosso texto constitucional prescreve o agir do Estado cabendo aos administradores agirem de acordo com a lei, sob pena de causarem danos ao Erário Público. Para tanto, caso os administradores venham a cometer algum ato de improbidade, a lei 8.429/92 prevê não só as hipóteses, como também penalidades correspondentes ao descumprimento do dever de proceder com honestidade.

3.2.4. Princípio da publicidade

¹⁹ SILVA, De Plácido e. *Op. Cit.* p. 1095

O princípio da publicidade exige absoluta transparência nos atos do Poder Público e torna obrigatória a divulgação de todo o conteúdo dos atos ou decisões no âmbito da administração. Tem como propósito a transparência nas condutas dos servidores e agentes no exercício da função, sendo também elemento referencial para contagem de prazos e requisito indispensável para a validade e eficácia dos atos jurídicos, demonstrando ser a mais eficaz forma de controle externo e interno dos atos e condutas.

A finalidade deste princípio é garantir a possibilidade de inspeção por parte de um numero maior de pessoas, no caso a própria população. Cabem algumas exceções a este princípio como os atos e as atividades relacionados com a segurança da sociedade ou do Estado, ou quando o conteúdo da informação for resguardado pelo direito à intimidade (artigo 37, § 3º, inciso II, da Constituição Federal de 1988).

Na licitação e na PPP tem um papel importante na divulgação visando atrair um número maior de licitantes, como também dando acesso a todas as fases do procedimento e atos administrativos, fiscalizando sua legalidade.

São instrumentos constitucionais, utilizados para assegurar o direito a informações, *o habeas data e o Mandado de Segurança, individual ou coletivo*.

3.2.5. Princípio da eficiência

O princípio da eficiência é entendido como a realização das tarefas do Estado não só dentro da legalidade, mas sim com o compromisso de que haja resultados positivos, estabelecendo metas e assegurando qualidade nos serviços. Logo, a necessidade de investir os recursos públicos em projetos que tragam retorno para a sociedade. Este princípio foi estudado no começo do capítulo ao estudarmos os princípios do serviço público, ficando clara a sua importância em todas as esferas da Administração Pública e no seu relacionamento com os particulares.

Além dos princípios acima enumerados, o artigo 4º da lei 11.079/04, acrescenta importantes aspectos a serem observados em uma Parceria Público Privada, são eles a seguir²⁰:

²⁰ GONZALEZ, Andres Garcia. *Parceria Público-Privada: Apontamentos Gerais* • ano: 2005 • Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2005/andresgarciazgonzalez/parceria.htm> . Acesso: 21/10/2008.

3.2.6. Eficiência no cumprimento das missões do Estado e no emprego dos recursos da sociedade:

A eficiência aqui destacada visa assegurar a perfeição e o rendimento dos contratos celebrados, não somente em relação aos dois entes, o público e o privado. Assim, os deveres, que tal princípio impõe, são o do cumprimento dos prazos estipulados, a da qualidade dos serviços prestados ao longo do tempo e o de impedir a existência de obras inacabadas.

Os projetos a serem priorizados devem ser aqueles que possam atingir o maior número de indivíduos. O Estado deve estar atento a todo o procedimento de escolha do parceiro privado e, posteriormente, supervisionar os trabalhos. Tudo isso tendo como objetivo propiciar a maior quantidade e qualidade dos serviços oferecidos à população.

3.2.7. Respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução:

A Administração pública deve cumprir papel dúplice na PPP. Deve ser respeitado destinatário do projeto, ou seja, a população. Neste caso a população será o consumidor final por entendermos que todo projeto deve ter como objetivo principal o interesse coletivo, atendendo as demandas e necessidades da comunidade.

De outro lado, deve atender os interesses e direito dos parceiros privados, respeitando o *pacta sunt servanda*, ou seja, os contratos devem ser respeitados e não podem ser desrespeitados sem um forte e justo motivo. Não podendo o parceiro público trazer prejuízos ao parceiro privado sem motivação.

3.2.8. Indelegabilidade das funções de regulação jurisdicional e do exercício do poder de polícia:

Cabe única e exclusivamente a Administração, a realização do controle interno sendo este pelas agências reguladoras ou outros órgãos responsáveis pela obra. Por via de controle externo se pode contar com o auxílio do Tribunal de Contas caso haja necessidade de verificação dos critérios de oportunidade e economia utilizados.

Além disso, o Ministério Público, as instituições não-governamentais e a própria população, podem fiscalizar a realização das obras, através da *ação civil pública e ação popular*.

A arbitragem também é um método utilizado na solução de litígios que envolvam os parceiros - público e privado. Caso seja escolhido pelas partes, tal litígio pode ser solucionado sem a intervenção da função jurisdicional.

3.2.9. Responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias:

Visando garantir o não endividamento do Erário Público a lei das PPPs protege o parceiro público para que as obrigações não ultrapassem a capacidade financeira de pagamento previsto para o projeto. Para tanto lei 11.079/04, estabelece a obediência aos princípios orçamentários e à lei complementar nº 101/00, Lei de Responsabilidade Fiscal. A lei das PPPs determina a comprovação de compatibilidade com a LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias, a LOA – Lei Orçamentária Anual e o PPA – Plano Plurianual, além de uma estimativa de impacto orçamentário-financeiro.

Cabe ressaltar que podem ocorrer pagamentos maiores do que os inicialmente previstos, caso haja erros de concepção e/ou execução do projeto, sendo garantido pela própria lei de parceria algumas garantias ao parceiro privado em caso de adimplemento do ente público.

3.2.10. Transparências dos procedimentos e das decisões:

Trata-se da aplicação do princípio da publicidade, ou seja, tornar universal os procedimentos e decisões praticados pela administração pública, conferindo-os controle e possibilidade de execução.

A existência de procedimentos licitatórios na PPP, faz com que inúmeros dispositivos da lei 8.666/93 sejam utilizados, dentre eles a obrigação de publicação de todos os atos para que estes se façam válidos.

3.2.11. Repartição dos riscos de acordo com a capacidade dos parceiros em gerenciá-lo:

Qualquer empreendimento comercial apresenta riscos, com as PPPs acontece o mesmo, pois elas também estão sujeitas a condições econômicas nacionais e/ou internacionais adversas, mudanças repentinas na taxa de câmbio, dentre outras situações que não podem ser previstas a longo prazo. Para tanto, a lei de PPPs oferece garantia mais sólidas aos investidores e reparte os riscos de forma proporcional entre o parceiro privado e o parceiro público.

Uma das proteções dadas pela lei de PPPs é criação de um fundo garantidor, a fim de diminuir os riscos dos particulares, pois permite a execução do Poder Público sem passar pela lentidão dos precatórios.

3.2.12. Sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas do projeto:

A lei obriga que os projetos de PPPs apresentem estudos de viabilidade como forma de evitar absorção de mais recursos do que o previsto e não gerar dividendos. Obriga-se a comprovação, neste relatório, das vantagens sócio-econômicas do projeto, afim de que atinja o maior número de pessoas possíveis.

O parceiro privado realiza a obra, colocando a disposição do público seu resultado, mediante uma contraprestação do Estado ao longo do tempo. Mas para que isso seja possível, deve o parceiro público atrair recursos particulares que gozam de certa estabilidade, pois são eles que irão arcar com os gastos da obra. Como garantia aos parceiros privados, o Estado fez a previsão da repartição objetiva dos riscos que consiste em entender a existência de uma ou mais cláusulas que levem em conta as possíveis incertezas do negócio, dividindo os riscos por meio de uma fórmula de rateio.

4. CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Estudaremos neste capítulo as Concessões de Serviços Públicos e Parcerias Público-Privadas a fim de analisarmos suas diferenças e identidades, assim como entender o que levou o legislador a criar novas formas de concessão com a lei nº 11.079/2004.

Entendemos que há a necessidade de, em um primeiro momento, também definir e caracterizar os contratos administrativos. Logo após, aprofundaremos o exame dos dois institutos acima citados.

Hely Lopes Meirelles salienta contratos administrativos como sendo “o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições desejadas pela própria Administração.”²¹

Os contratos administrativos têm como características: *bilateralidade, estabilidade, onerosidade, comutatividade, celebração intuitu personae e formalidade*. Tais aspectos são inerentes a quase todos os tipos de vínculos negociais de prestação de serviços entre entidade pública e ente privado.

4.1. Concessão de Serviços Públicos

4.1.1. Conceito

São objeto do contrato de concessão apenas os serviços de utilidade pública. Os serviços essenciais à coletividade não admitem a transferência de execução, devendo permanecer em mãos do Poder Público. Serviços concedidos são outorgados a pessoas jurídicas de direito privado, por contrato administrativo, que os exploram, sob vigilância do próprio Estado, com fins meramente lucrativos.

Há também a hipótese de delegação a pessoas jurídicas de direito público (autarquias e fundações), que recebem o nome de concessão legal de serviços públicos. Em qualquer das duas situações, a titularidade do serviço continuará em mãos do Poder Público.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 12 ed. Malheiros: São Paulo, 1999. p. 172.

A não transferência de titularidade permite a total disponibilidade sobre o serviço concedido, podendo o Estado alterar regularmente as cláusulas, retomar a execução do serviço quando entender que é por motivo de interesse público, devendo fiscalizar e punir, administrativamente, quando o concessionário deixar de cumprir o que determina o contrato.

A Lei 8.987, no art. 2, inciso II define concessão de serviço público como “a delegação e sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

A concessão de serviços públicos conta ao longo de sua lei com outras características que não estão em sua definição, tal como no art. 4, que estabelece que a concessão é um contrato. Já quanto as tarifas, podemos apontar os artigos 9, art. 18, inciso VIII e o art. 23, inciso IV que incluem formas de fixação e revisão de tarifas e a tornam essenciais no contrato de concessão os critérios de fixação da mesma.

Definição, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro²²:

O contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

4.1.1.1. Concessão x Permissão:

Antes da lei nº 8.987 as concessões e as permissões eram diferenciadas basicamente pela primeira se constituir através de contrato administrativo e a segunda através de ato administrativo e isso trazia algumas diferenças em relação a indenização, precariedade, estabilidade, etc.

Com o advento da lei que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, a norma conferiu status de contrato de adesão ao que antes era encarado como apenas um ato administrativo, trazendo assim conseqüências jurídicas e acabando praticamente com as distinções dos dois institutos.

Apesar de pequenas, podemos citar como diferença o fato da concessão admitir como concessionária uma pessoa jurídica ou um consórcio de empresas e a permissão aceitar somente pessoa física ou jurídica.

Outra diferença é mencionada no conceito de permissão dado pelo artigo 2º, IV da lei 8.987 que indica caráter de precariedade a esse tipo de contrato. Precariedade aqui

²² PIETRO. Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. Atlas: São Paulo, 2002. p. 75.

é entendida como sendo um contrato instável, sujeito as vontades do poder público que pode desfazer a permissão a qualquer momento, sem a necessidade de pagamento de indenizações. Logo, podemos dizer que a permissão não goza da mesma estabilidade que a concessão.

A permissão e a concessão compreendem mais pontos em comum do que diferenças. Por este motivo, cabe aqui enumerar algumas delas:

- São realizados por meio de contratos administrativos;
- Possuem objeto idêntico: a prestação de serviços públicos;
- Obrigatoriedade de licitação prévia;
- Ambos resultam de delegação negocial;
- Por constituírem a mesma forma de descentralização, elas gozam das mesmas particularidades desse tipo de delegação, como supremacia do Estado, mutabilidade contratual, remuneração tarifária, etc.²³

4.1.2. Modalidades

A Concessão de serviços públicos é dividida em *concessões comuns* e *concessões especiais*. As concessões comuns são reguladas pela lei nº 8.987/95 e comporta duas modalidades: i) concessões de serviços públicos simples; ii) concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública.

i) Concessões de serviços públicos simples:

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários.²⁴

ii) Concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública:

Concessão de serviço público precedida da execução de obra pública é o contrato administrativo através do qual o Poder Público ajusta com pessoa jurídica ou consórcio de empresas a execução de determinada obra pública, por conta e risco, delegando ao construtor, após a conclusão, sua exploração por determinado prazo.²⁵

Estas duas modalidades têm como característica o fato do poder concedente não oferecer qualquer contrapartida pecuniária ao concessionário, todos os recursos vêm das tarifas pagas pelos usuários.

²³ Essas semelhanças são apontadas por José dos Santos Carvalho Filho. *Op Cit.* p.339.

²⁴ *Ibidem* p. 302

²⁵ *Ibidem* p. 303

4.1.3. Do equilíbrio econômico-financeiro

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro a concessão de serviço público constrói idéias antitéticas que produzem a teoria do contrato de concessão, tais idéias constituem o estado de equilíbrio que deve estar presentes na relação entre o ente público e a empresa privada.

Ao tratar sobre o tema Hely Lopes Meirelles conceitua:

O equilíbrio financeiro ou equilíbrio econômico do contrato administrativo, também denominado equação econômica ou equação financeira, é a relação que as partes estabelecem inicialmente, no ajuste, entre os encargos do contrato e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento. Em última análise, é a correlação entre objeto do contrato e sua remuneração, originariamente prevista e fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel. Essa correlação deve ser conservada durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as cláusulas regulamentares da prestação ajustada, a fim de que se mantenha a equação financeira ou, por outras palavras, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (Lei 8.666/93, art. 65, II, "d", e § 6º)²⁶.

Tal teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato entende que de um lado, o serviço público deve funcionar para interesse geral e sob autoridade da Administração, e de outro há uma empresa capitalista, que pretende ter o maior proveito possível da atividade prestada, pois a parte privada visa o lucro.

Tratando-se de um contrato administrativo, é natural que o Estado exerça certa supremacia diante do concessionário, pois a desigualdade entre as partes é inerente ao regime jurídico administrativo, o que se dá por meio de cláusulas exorbitantes. Se por um lado o Estado recebe vantagens advindas das prerrogativas estatais no contrato, por outro, o ente privado é recompensado pelo equilíbrio econômico-financeiro.

4.1.4. Prazos

A lei nº 8.987, que regulamenta as concessões, não contém nenhum limite de prazo para as concessões de serviço público e obras públicas. A lei exigiu que fosse determinado um prazo em edital (art. 18, I) e no contrato (art. 23, I), a fim de que os interessados tomem conhecimento do fato antes de decidirem sua participação no certame e para que a Administração Pública não comprometa os exercícios financeiros seguintes, por não ter noção de quando irá ocorrer o fim do contrato.

A imposição de um prazo também visa respeitar o equilíbrio econômico financeiro, pois este é cláusula essencial do contrato. Sem ter certeza do prazo final do

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*, p.165.

contrato o ente privado fica impossibilitado de fazer projeções referentes a análises dos custos envolvidos na operação e dos fluxos de caixa²⁷ referentes ao projeto, dificultando as expectativas de lucros futuros.

Um dos fatores que influencia profundamente nas decisões de investimento é o tempo. O panorama do mercado pode vir a se modificar por vários motivos em virtude de ser um investimento que retorna um fluxo de caixa futuro, que é afetado pelas incertezas do mercado (demanda, custos de matéria-prima, preço, etc).

A prorrogação é possível desde que seja prevista em edital e no contrato. Devem constar expressamente no instrumento convocatório os critérios e as condições em que a dilação será possível, seguindo o art. 3 da lei nº 8.666.

4.1.5. Garantias

A garantia se evidencia por ser um conjunto de direitos ou prerrogativas firmadas legalmente no contrato. Estas são previstas pelos art. 55, VI e 56 da lei nº 8.666 e art. 23, V da lei nº 8.987 nos contratos de concessão de serviço público. Porém a lei somente prevê a existência delas, não a delimitando. Os limites das garantias são aqueles que se encontram dentro do princípio da legalidade, não podendo o poder público prever em edital garantias não permitidos legalmente.

Nos casos de serviço público precedidas de obra-pública exige-se garantia específica para as obras, sendo esta de observância obrigatória para execução deste tipo de concessão, como indica o § único, do artigo 23 da lei nº 8.987. A garantia adicional se deve ao grande volume de investimento nesse tipo de concessão e que por isso deve ser tratado de forma diferenciada.

4.1.6. Do controle e da intervenção

A administração Pública ao contratar com o particular transfere a ele somente a execução do serviço e não sua titularidade, ou seja, cabe ao poder público fiscalizar e controlar tais serviços delegados, inspecionando e intervindo em atos de disposição, organização, direção e planejamento, examinando documentos e livros contábeis, etc.

²⁷ Paulo Sandroni leciona que fluxo de caixa (cash flow) é o pagamento ou recebimento efetivo de dinheiro por uma empresa ou instituição governamental. Na medida em que tais fluxos não coincidem necessariamente com os momentos nos quais os bens ou serviços são adquiridos, se não houver um planejamento financeiro adequado uma empresa pode encontrar-se em dificuldades para saldar seus compromissos, mesmo que seja numa posição economicamente sólida. In *Novo Dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller. 1994. 4ª edição.

Tais **poderes de controle** da administração concedente foram previstos na lei nº 8.987, ainda que de forma esparsa, são eles²⁸:

- Previsão genérica de fiscalização pelo poder concedente, com a cooperação dos usuários (art.3º)
- Competência do poder concedente para fiscalizar permanentemente a prestação do serviço (art. 29, I)
- Competência do poder concedente para cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais e zelar pela boa qualidade do serviço (art. 29, V e VII)
- Direito e acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária (art. 30)
- Direito de acesso, em qualquer hora, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como aos seus registros contábeis (art. 31, V)

O poder público poderá **intervir** na concessionária para apurar irregularidades na execução do serviço público, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes e está disciplinada nos art. 32 a 34 da lei 8.987. Nesse caso, a intervenção será declarada por decreto e haverá direito ao contraditório por meio de procedimento administrativo que deverá ser instaurado no prazo máximo de 30 dias. A apuração dos fatos que levaram a intervenção ocorre em 180 dias, sob pena de se tornar ilegal. Ao término da intervenção a Administração Pública deverá optar pelo fim da concessão ou pela devolução ao concessionário, com a devida prestação de contas.

Nos casos em que há subconcessão, o poder público ao autorizar tal fato, deve previamente ao contrato de subconcessão, estabelecer as regras relacionadas a intervenção da subconcessionária. Esta intervenção também dar-se-ia por decreto do poder concedente, como indica o artigo 32 da lei de concessões. Cabe ressaltar que caso o concessionário acredite na necessidade de intervenção da subconcessionária, deverá pedir a Administração Pública que o decreta, embasando tal pedido.

4.1.7. Da responsabilidade civil

²⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. p. 83.

A **responsabilidade** por danos causados a terceiros é regulada pelo art. 37, § 6º da CF quando indica que “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.” Ou seja, a responsabilidade é objetiva, para tanto é necessário demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido, aplicando-se a teoria do risco administrativo.

O artigo 25 da lei nº 8.987/95 aponta a responsabilidade das concessionárias em relação a prejuízos causados ao poder concedente, a terceiros e usuários do serviço delegado:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

Por oportuno, cabe salientar que o poder concedente deverá responder subsidiariamente quando os bens do concessionário não forem suficientes para arcar com o ônus, porém cabe ressaltar que o dano deverá decorrer da prestação do serviço concedido²⁹.

4.1.8. Licitação

Segundo Marcio Pestana, “licitação é o processo pelo qual a Administração Pública identifica a proposta que, mais vantajosamente, atenda aos seus interesses e, conseqüentemente, de toda a coletividade, e que poderá, após concluídos os trabalhos licitatórios, ser objeto de contratação.”³⁰

Os contratos de concessão, como regra do artigo 175 da CF, exigem o procedimento de licitação. O Estado deve escolher o concessionário através de processo licitatório previamente realizado, tal processo deve seguir a lei nº 8.666/93

²⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. p. 92

³⁰ PESTANA, Marcio. *A concorrência pública na parceria público-privada (PPP)*. São Paulo: Atlas, 2006. 1ª ed. p. 39.

subsidiariamente. A lei de concessões, em seu artigo 40, fixou como modalidade de licitação a concorrência, sendo esta obrigatória tanto para concessões simples como para as concessões precedidas de execução de obra pública.

A lei nº 9.074, em seu artigo 27, permitiu o leilão como modalidade nos casos em que os serviços públicos, prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União, para promover a privatização simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes a União, exceto quanto aos serviços públicos de telecomunicações. Também quando referentes a empresas inseridas no Programa Nacional de Desestatização (art. 29) e quando o concessionário de serviço público de competência da União for empresa sob controle direto ou indireto dos Estados, Distrito Federal ou dos Municípios, desde que as partes acordem quanto às regras estabelecidas (art. 30 da referida lei).

Deve constar no edital das concessões, segundo art. 18 da lei nº 8.987:

- Direitos e obrigações do concedente e do concessionário;
- O objeto e o prazo da concessão;
- As condições para adequada prestação do serviço;
- Critério de reajuste das tarifas

Deve também constar do edital a minuta do contrato para que os interessados possam verificar as propostas apresentadas pelo Estado e decidir se realmente lhe interessa participar do certame.

O critério de julgamento dependerá da forma de concessão do serviço. Em geral, segundo o artigo 15 da lei nº 8.666/93, o critério escolhido é aquele em que o vencedor deve apresentar o menor preço de tarifa do serviço, obedecendo ao princípio da modicidade do serviço. Caso haja pagamento do concessionário ao concedente o vencedor será o que oferecer o maior preço. Também é admitida a combinação desses dois critérios de apreciação.

O art. 18, IX da lei nº 8.987 indica que caso seja necessário, pode ocorrer, uma fase preliminar de avaliação dos critérios técnicos exigidos no edital do processo licitatório. Com isso fica claro que nem sempre os critérios de menor tarifa ou maior oferta são decisivos para a escolha da empresa vencedora, pois esta deve estar de acordo com as especificações técnicas requeridas pelo no edital.

Serão desclassificadas as propostas que demonstrarem ser inexeqüíveis material ou financeiramente. Também terão sua participação negada, os interessados que necessitarem de subsídios ou vantagens não autorizados por lei ou que desrespeitem o princípio da igualdade dos licitantes.

O artigo 31 da lei 9.074 permite que o autor do projeto básico ou executivo participe, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução do projeto. Trata-se de uma inovação, pois a lei 8.666 proíbe expressamente a participação das empresas que confeccionaram o projeto na licitação ou na execução de obra ou serviço e no fornecimento de bens a eles necessários.

Quanto às hipóteses de dispensa de licitação, Maria Sylvia Zanella di Pietro entende que as leis 8.987 e 9.074 se silenciaram, o que poderia dar margem, para o uso das mesmas hipóteses apresentadas pela lei 8.666, em seu artigo 24. Contudo, para a autora, isto não é possível, tendo em vista o alto valor envolvido, a longa duração nesse tipo de contrato, bem como o uso de bens públicos.

A professora ainda salienta que a lei paulista (lei nº 7.835/92) de concessão e permissão de serviços públicos prevêem três hipóteses de dispensa: nos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública; nos casos de emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e quando não acudirem interessados à licitação e esta não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas neste caso as condições preestabelecidas³¹.

O que podemos perceber é que só pode ser concedida dispensa de licitação em casos específicos, circunstâncias excepcionais que impedem a competição, por estar contra o interesse público na ocasião.

4.1.9. Subcontratação, subconcessão, transferência da concessão

Subcontratação (art. 25 da lei 8.987) é a terceirização de mão de obra da prestação de serviços ou obras ligadas a concessão. Trata-se de contratos privados entre a concessionária e uma outra empresa, visando a realização de atividades ligadas a limpeza, vigilância, contabilidade, reformas, reparos. Se tratando de vínculo negocial privado, não há razão de licitar e de comunicar previamente o poder concedente. Além disso, a responsabilidade do serviço continua nas mãos do concessionário, devendo ele responder por possíveis danos causados em função dessa terceirização, pois a administração não mantém qualquer ligação contratual com a empresa terceirizada.

A subconcessão ocorre quando há delegação de uma parte do objeto da concessão para outra empresa. Este tipo de contrato tem que ser autorizado pelo poder público, necessitando de prévia licitação, na modalidade concorrência. Ao

³¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, *Parcerias na Administração*. p 120 e 121

subcontratado é transferido todos os direitos e deveres do subconcedente, dentro dos limites da subconcessão. A responsabilidade civil do subcontratado também é objetiva, seguindo o artigo 37, § 6º da CF.

A transferência da concessão, regulada no artigo 27 da lei de concessões, significa a substituição na figura do concessionário e a entrega do objeto da concessão, pois este não é mais o mesmo a quem a Administração Pública delegou a concessão. Como exigências para que ocorra tal mudança são a autorização prévia do poder público a troca e que se comprometa a cumprir o contrato anteriormente formado. Ademais, deve satisfazer as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal. Não há exigência de licitação neste caso.

A transferência de controle societário da concessionária é uma situação diferente do que a acima mencionada, pois não há alteração da parte contratual “concessionário” sim a mudança de controle pelos sócios. A única exigência realizada é a prévia autorização da Administração Pública.

4.1.10. Da reversão

Reversão³² é a passagem ao poder público dos bens do concessionário ou permissionário aplicados ao serviço, uma vez extinta a concessão ou permissão. Isso se dá em virtude do princípio da continuidade do serviço público no qual deve garantir que o maquinário, instalações, equipamentos sejam utilizados na próxima concessão.

A reversão é cláusula essencial no contrato de concessão, bem como o pagamento de indenizações devidas à concessionária. Geralmente o montante desta indenização é inserido no valor da tarifa ou outras fontes de receitas, na tentativa de amortizar a dívida totalmente antes do fim da concessão. Caso não consiga a amortização completa caberá ao ente público indenizar o concessionário no valor restante (art. 36 da lei nº 8.987).

O artigo 28 da lei nº 9.074/95 estabelece que em caso de concessionária ou permissionária ser empresa estatal que passará por processo de privatização e outorga de nova concessão, não será necessário prévia reversão dos bens vinculados ao serviço público concedido. Quando houver transferência de controle acionário é feita nova outorga de concessão, ou seja, a empresa assume o controle acionário e com ele o serviço e o acervo de bens e instalações.

4.1.11. Formas de extinção

³² PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, *Parcerias na Administração*. p 89.

O artigo 35 da lei de concessões enumera as possíveis formas de extinção do contrato. Quando ocorrer uma dessas situações previstas, o poder concedente assumir o serviço imediatamente, procedendo-se de levantamentos, avaliações e liquidações necessárias a continuidade da adequada execução do serviço.

4.1.11.1. Termo Final do Prazo:

O Fim do prazo determinado no contrato é a forma natural de término da concessão. Neste caso, o poder concedente não precisa notificar o concessionário, pois este já tem prévio conhecimento do fato.

A partir da data final ocorre a desvinculação das obrigações e dos privilégios do concessionário e os efeitos da extinção são *ex nunc*. Porém, cabe frisar que o concessionário continua responsável por todos os atos praticados durante a vigência do contrato.

Bem como acontece a volta da obrigação de prestar o serviço ao poder público, ocorre também a reversão dos bens ligados a concessão.

4.1.11.2. Anulação:

Todos os atos da Administração Pública gozam de presunção de legalidade e por isso o poder público tem o dever de anulá-los em caso de vício ou erro. Isto decorre do princípio da legalidade, onde a Administração Pública não pode conceber que qualquer ato ilegal retire a confiança que os cidadãos depositam na atividade estatal.

Este tipo de extinção pode ocorrer por via administrativa ou judicial e é decretada quando se percebe evidente vício de legalidade na escolha da concessionária ou no contrato firmado pela concessão. Tem efeitos *ex tunc*, ou seja, quando ordenada perde os efeitos a partir do acontecimento do vício. Tal medida também visa evitar grave lesão ao patrimônio público, por isso, permite ajuizamento de ação popular na tentativa de anular o contrato por via judicial.

4.1.11.3. Rescisão:

A rescisão se dá quando ocorre algum fato após a celebração do contrato que faz com que concessionária queira por fim ao contrato. No caso o concedente acaba por descumprir as obrigações regulamentadas na relação jurídica contratual.

O único meio de alcançar essa forma de rescisão é por via judicial, pois dificilmente a Administração Pública assumiria o desrespeito as cláusulas contratuais. O

concessionário não pode interromper, no entanto, a prestação do serviço. Caso possa haver grave dano ao concessionário, ele pode tentar por via de medida cautelar a paralisação do serviço.

4.1.11.4. Caducidade:

A Administração Pública também pode querer interromper a concessão pelo inadimplemento de alguma cláusula contratual por parte da concessionária. Várias situações podem dar causa a essa forma de extinção de contrato como por exemplo: inadequação na prestação do serviço; paralisação do serviço; descumprimento de normas legais; contratuais ou ainda regulamentares; sonegação de tributos e etc.

A caducidade tem formalidades que devem ser realizadas por se tratar de atividade vinculada dos agentes públicos. O concessionário deverá receber uma comunicação sobre o descumprimento e esperar-se que o problema seja sanado em certo prazo. Após isso, deve-se abrir processo administrativo, com direito ao contraditório e a ampla defesa, para apurar a inadimplência e caso confirmado, o poder público declarará a caducidade da concessão. Se por eventualidade, haja necessidade de indenizar, irá ser subtraído do montante total as multas e os danos causados.

4.1.11.5. Encampação:

Ocorre quando a Administração Pública usa de sua prerrogativa especial para extinguir unilateralmente o contrato administrativo. Isto não acontece por inadimplência do concessionário, mas sim porque o poder concedente tem a intenção de retornar a executar o serviço público, por haver legítimo interesse público. O motivo do resgate do serviço deve ser demonstrado e comprovado, sob pena de nulidade do ato de encampação.

Para que seja possível retornar a execução do serviço ao poder público, por meio de encampação, é necessário os seguintes requisitos: lei que autorize a retomada do serviço especificadamente e o pagamento de indenização relativo aos bens do concessionário utilizados na execução do serviço.

4.1.11.6. Falência e extinção da concessionária:

O artigo 35, VI da lei 8.987 previu a falência como uma das formas de extinção contratual. O falecimento ou incapacidade do titular também faz com que o contrato seja interrompido, quando se tratar de empresário individual.

A nova lei de falências (lei nº 11.101/2005), em seu artigo 195, prevê o fim do contrato de concessão, caso seja decretado a falência da concessionária, retornando a execução do serviço ao poder concedente.

4.2. Parcerias Público Privadas

4.2.1. Conceito

A idéia de parceria vem de uma atuação conjunta do Estado e a iniciativa privada, que tem por propósito a criação de infra-estrutura pública usando recursos da iniciativa privada. Tendo-se como justificativa a falta de disponibilidade de recursos financeiros e eficiência da gestão do setor privado.

No direito brasileiro e no direito comparado o sistema de concessões já existe há vários anos. O modelo de concessão apresentado no Brasil tem como característica o fato da iniciativa privada desempenhar papel de investidor, captador de recursos e gestor da empresa, mas não exerce função de gestor do empreendimento porque na realidade quem regula o serviço é o poder público. O Poder Público atualmente busca uma função reguladora e não mais a função de agente econômico.

Seguindo essa tendência, surge uma nova categoria de contratos públicos, as parcerias público-privadas, nas quais se almejam maiores obrigações para o operador privado, maior controle dos serviços e maior segurança jurídica. Esse novo instituto também encontra largo apoio no direito comparado, tendo sua funcionalidade comprovada por experiências internacionais bem sucedidas.

Carlos Ari Sundfeld, analisa as PPP's em sentido amplo e estrito:

Em sentido amplo, PPP são múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a administração pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral. (...) Seu regime jurídico está disciplinado nas várias leis específicas.”

Em sentido estrito, ‘PPPs’ são vínculos negociais que adotem a forma de concessão patrocinada e de concessão administrativa, tal qual definida pela Lei federal 11.079/2004. apenas esses contratos sujeitam-se ao regime criado por essa lei.³³

Segundo José Cretella Neto:

³³SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas* · São Paulo: Malheiros editores, 2005. 1ª edição. p. 22-23.

Contrato de Parceria Público-Privada é o acordo firmado entre a Administração Pública e entes privados, que estabelece vínculo jurídico para implantação, expansão, melhoria ou gestão, no todo ou em parte, e sob o controle e fiscalização do Poder Público, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público em que haja investimento pelo privado, que responde pelo respectivo financiamento e pela execução do objetivo estabelecido.³⁴

O artigo 2º da lei 11.079/2004, lei das parcerias público-privadas, conceitua parceria público-privada como o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

No direito administrativo as PPPs são vistas como **Concessão Especial de Serviços Públicos**, uma vez que existem as concessões comuns regulada pela lei nº 8.987/95. Portanto, a natureza jurídica desse tipo de ajuste é de contrato administrativo de concessão de serviço público, devendo-se considerá-la como uma modalidade especial de concessão.

A lei das PPPs é uma lei federal, mas cada estado tem a possibilidade de criar sua própria lei de PPP, respeitando os limites dados pela lei federal e a completando da forma que melhor entender.

4.2.2. Elementos

Esses acordos de parceria têm por objetivo aproveitar as qualidades de ambos os setores, público e privado, por estes apresentarem características únicas. Por isso, PPPs são definidas por quatro elementos:

- O papel e as responsabilidades do setor público;
- As competências e a práxis tecnológica do setor privado;
- Os recursos fiscais;
- O capital privado.³⁵

4.2.3. Modalidades

Na verdade a lei 11.079/04 surge para suprir a lacuna existente no direito brasileiro, propondo uma solução a casos específicos, de setores considerados

³⁴ NETO, José Cretella. *Comentários à lei das parcerias público-privadas: PPPs*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. 1ª edição. p. 1.

³⁵ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Perspectivas na implantação do sistema de parcerias público-privadas: PPP*. Boletim de Direito Administrativo. v.20, n.1/6, 2004. p. 134.

estruturantes e para os quais não havia recursos para implementação. Ela cria dois tipos de concessões:

A *Concessão Patrocinada* se dá quando um serviço é oferecido à população é cobrada uma tarifa pelo uso e adicionalmente é cobrado uma contra prestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Se diferenciando assim da concessão comum (submetida a lei nº 8.987/95), onde não há contra prestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

A *Concessão Administrativa* tem como usuária do serviço a própria Administração Pública, sendo ela usuária direta ou indireta. Neste caso o investidor privado é integralmente remunerado pelo parceiro público. Vale ressaltar que nesta espécie de concessão o parceiro privado pode encarregar-se de financiar, realizar o projeto, construir, implementar, operar, ser responsável pela manutenção e ter ao final a Administração Pública como usuária.

Algumas características são comuns às duas modalidades de PPP:

- a) a contraprestação do poder público ao parceiro privado, que não existe na concessão tradicional;
- b) a repartição de riscos, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e teoria da imprevisão;
- c) o compartilhamento, com a Administração Pública, de ganhos do parceiro privado, decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;
- d) as garantias prestadas pelo poder público ao parceiro privado e ao financiador do projeto;
- e) a obrigatoriedade de constituição de sociedade de propósitos específicos;
- f) da possibilidade de aplicação de penalidades pelo parceiro privado ao parceiro público;
- g) a limitação de prazo de duração do contrato, que não pode ser inferior a 5 anos, nem superior a 35 anos, incluindo eventual prorrogação;
- h) a exigência de observância da Lei de Responsabilidade Fiscal;
- i) algumas normas específicas quanto ao procedimento da licitação, que derogam parcialmente a Lei 8.666 e a 8.987, especialmente a possibilidade, com caráter discricionário, de previsão, no edital da concorrência, da utilização dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive arbitragem, classificação de propostas técnicas antes da fase de habilitação, forma de apresentação das propostas

econômicas, critérios de julgamento, saneamento de falhas, possibilidade de lances em viva voz.³⁶

4.2.4. Contratos

Os contratos de Parceria Público-Privada possuem natureza jurídica especialíssima, pois contém em um conjunto de regras, determinações de conteúdo de direito público (que são delimitados por princípios e diretrizes fixas), como também valores de âmbito privado, que obedecem ao padrão estipulado no direito civil (agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita em lei).

Este contrato tem como peculiaridade o fato de que a Administração Pública minora a sua atuação como agente estatal e amplia a gama de tomadas de decisão de natureza discricionária, tornando a boa-fé, o dever de lealdade recíproca e a confiança mútua características importantes desse novo tipo de vínculo de parceria.

Como já registrado, trata-se de uma evolução no campo do direito brasileiro que já se vem adquirindo a partir da Constituição Federal de 1988, suas Emendas Constitucionais e normas infraconstitucionais, a exemplo da Emenda Constitucional nº 19/98 e da lei nº 9.790/99.

A lei 11.079/04 delimita os contratos de PPPs nos seguintes casos:

- O valor do contrato não pode ser inferior a R\$ 20.000.000,00;
- O tempo mínimo de prestação do serviço não pode ser inferior a 5 anos.
- O contrato não pode ter como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Entende-se por estas restrições que a lei de das PPPs deve ser aplicada somente a empreendimentos de grandíssimo porte e que seja indispensável uma longa duração. Já a restrição sobre os contratos de fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública se devem ao fato destes já estarem instituídos pelas leis 8.666/93 e 8.987/95, que tratam das licitações e das concessões comuns, respectivamente.

Ao se tratar das cláusulas do contrato de PPP, pode-se dizer que o artigo 5º esclarece quais as cláusulas que devem existir em um contrato de PPP, partindo-se do princípio que as cláusulas essenciais do artigo 23 da lei nº 8.987/95 (lei das concessões) também tem de estar presentes neste tipo de acordo. O artigo 5º ainda traz outras cláusulas obrigatórias.

³⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Reflexões sobre as Parcerias Público-Privadas*. Carta Forense. Disponível em: <http://www.azevedosette.com.br/ppp/artigos/reflexoes.html>, acessado em 07/11/08.

Não se pode olvidar que a lei nº 8.666/93, em seu artigo 55, dispõe sobre cláusulas necessárias a todo contrato público e por isso também devem ser respeitadas.

O § 2º do artigo 5º da lei 11.079/95, indica as cláusulas facultativas, que embora não sejam obrigatórias são altamente recomendáveis a fim de dar mais segurança jurídica ao acordo e delimitar com mais exatidão questões que podem sobrevir.

Os contratos de concessão administrativa sujeitam-se ao mesmo regime das concessões patrocinadas, pois os preceitos legais são aplicáveis a ambas as modalidades. A diferença ocorre quanto à matéria tarifária, que não existe na concessão administrativa, pois esse concessionário não recebe tarifa dos usuários (não se aplicando assim os arts. 6º - 13 da lei de Concessões).

4.2.5. Prazos

O art. 5º, I da lei 11.079 designa que o contrato de PPP deverá estar dentro do prazo mínimo de 5 anos e do prazo máximo de 35 anos, incluindo as prorrogações, sendo este prazo conciliável com a amortização do investimento. A amortização aqui pode ser encarada como “a redução gradual de uma dívida por meio de pagamentos periódicos combinados entre credor e devedor”³⁷. O tempo de duração determinado visa não só a amortização como também a obtenção de lucro, que é objetivo do ente privado ao ingressar na parceria.

Essa delimitação temporal revela as intenções do legislador ao criar este tópico na analisada norma: tentativa de comprometer o ente privado a prazos relativamente longos e a amortização a médio e longo prazos, direcionando assim os investimentos que tem como intuito a quitação gradual da dívida³⁸.

4.2.6. Licitação

Especificadamente para as PPP, relativo ao procedimento de Concorrência Pública, o embasamento jurídico é dado pelas leis 11.079/04, 8.666/93 e 8.987/95 (artigo 12 da lei das PPPs), admitindo que em âmbito estadual, distrital e municipal haja legislação própria deste que não contrariem as normas federais já existentes.

A principal característica da concorrência em relação as demais modalidades de licitação é sua maior complexidade procedimental. Também se diferencia por haver maior abertura a participação de qualquer interessado a contratar com a Administração Pública.

³⁷ SANDRONI, Paulo. *Novo Dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller. 1994. 4ª edição. p. 14.

³⁸ NETO, José Cretella. *Op. cit.* p. 52

Então, se pode dizer que a concorrência tem por características básicas:

- **Universalidade** – é decorrente da amplitude de participantes potenciais no certame licitatório. Diferente do que acontece na tomada de preços e no convite, o interessado não precisa estar cadastrado para fazer parte da concorrência. Está relacionado ao princípio da impessoalidade.

- **Ampla publicidade** – é requisito indispensável à validade do certame e modo pelo qual a universalidade se faz valer, por isso a necessidade de difundir o ato convocatório (edital), revalidando o princípio da publicidade.

- **Habilitação preliminar** – na fase inicial do certame é verificado se os concorrentes detêm condições para participar do procedimento licitatório.

- **Julgamento da concorrência** – deve ser realizado por uma comissão composta de, no mínimo, três membros, podendo apenas dois deles ser funcionários públicos e o terceiro convidado. A comissão pode ser permanente ou especial e seus membros respondem solidariamente pelos atos praticados. São analisados e julgados pela comissão: a capacidade jurídica, a regularidade fiscal, a qualificação técnica e idoneidade econômico-financeira.

Ainda quanto ao procedimento das licitações em PPP, pode-se seguir o modelo da concorrência tradicional, mas também é possível que haja o procedimento de concorrência – pregão (criado pela lei 10.520/2002), em que pode ocorrer:

- (a) a inversão de fases, iniciando-se pelo julgamento e examinado-se a habilitação apenas do vencedor (lei das PPPs, art. 13);
- (b) o saneamento de falhas documentais de índole formal (art. 12, IV)
- (c) a determinação do vencedor por lances de viva voz, após a etapa de abertura das propostas lacradas (art. 12, III, e § 1º)

Os critérios de julgamento podem ser: menor tarifa do serviço público a ser prestado e menor contraprestação da Administração, estes podem ser adotados individualmente ou em conjunto, com o critério da melhor técnica (lei 11.079/04, art. 12, II c/c o art. 15, I e V da lei 8.987/95).

Antes da abertura de procedimento licitatório deve ser realizado um estudo técnico-econômico para verificar a viabilidade financeira e legal do empreendimento. Assim a Administração Pública demonstrará a *conveniência e oportunidade* da execução do projeto.

Em conjunto, deve ser efetuado um estudo dos impactos fiscais da PPP em todas as escalas governamentais e por isso o estudo técnico deve conter uma estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que vigorar a PPP. A Lei de

Responsabilidade Fiscal (em seu art. 16, I), também exige esse tipo de estudo, mas por apenas três exercícios financeiros: o ano em que entrar em vigor e os dois subseqüentes.

A Exigência de Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) e Estudo de Impacto Ambiental (EIA) se demonstram imprescindíveis, tendo em vista a magnitude das obras que geralmente são realizadas por conta do empreendimento.

Segundo o *caput* do artigo 39, da lei das Licitações, é obrigatória a realização de Audiência Pública. Essa audiência será previamente anunciada na imprensa oficial, jornais de grande circulação e por meio eletrônico, concomitantemente. O anúncio deverá conter: a justificativa para a contratação; identificação do objeto do contrato de PPP; o prazo de duração do contrato; e o valor estimado do contrato.

Portanto, na modalidade de concorrência, ocorrem as seguintes fases:

- Publicação do edital (art. 21);
- Objeções ao edital – até dois dias úteis antes da habilitação (art. 41, § 2º);
- Habilitação (arts. 27 a 31);
- Classificação das propostas/julgamento da comissão (arts. 3º, 43, 45 e 51);
- Homologação (art. 43, VI)
- Adjudicação e convocação do adjudicatário (art. 64, §3º)³⁹.

4.2.7. Contraprestação e Garantias

A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. As parcerias públicas privadas têm como característica a *variabilidade remuneratória*, ou seja, o contrato deve contar com cláusula de desempenho do concessionário, pois estará vinculado ao cumprimento de metas, padrões de qualidade e disponibilidade do objeto.

As PPPs instituíram garantias ao concessionário, pois a eles ficaram a cargo dos investimentos no serviço ou na obra pública. A lei nº 11079/04 demonstrou preocupação em evitar que o ente privado sofra prejuízos ou corra riscos diante de eventual inadimplemento do poder concedente ou até mesmo em virtude de fatos imprevisíveis.

As garantias deverão estar fixadas no limite mínimo 5% e podendo chegar a 10% do valor total do contrato, dependendo do vulto financeiro, seguindo o art. 5º da lei 11.079/04. As garantias estão previstas no art. 8º, da referida lei.

Podem ser ajustadas formas de garantia, como: contratação de seguro-garantia com empresas não controladas pelo ente estatal; garantia prestada por organismos

³⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. p. 318.

internacionais; criação ou utilização de fundos especiais, conforme previsto em lei; garantia prestada por fundo garantidor ou empresa estatal criada especificadamente para tal objetivo; outros instrumentos a serem dotados em lei.

4.2.8. FGP

O Fundo Garantidor de Parcerias (FGP) é um tipo de fundo de investimento que deve ser composto sob a forma de condomínio aberto ou fechado, cujos investimentos tenham por escopo prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos *parceiros públicos federais*. Tem natureza privada e responde com os bens e direitos pelas obrigações que venha a contrair. Sua finalidade é facilitar o recebimento do crédito ao ente privado devido ao enorme volume do empreendimento. Ele está previsto nos art. 16 a 22 da lei nº 11079/04.

A discussão aqui está sobre a ocorrência de inconstitucionalidade dos artigos 16 a 22 da lei 11079/04, pois o art. 165, § 9º, II da CF que indica que a constituição de fundos deve ser feita através de lei complementar e o artigo 71 das normas gerais de direito financeiro (lei nº 4.320/64) proíbe fundos como objeto de garantia de dívidas pecuniárias.

Não procede tal polêmica, uma vez que o dispositivo constitucional é genérico e refere-se a normas gerais sobre fundos e não a instituição de fundo específico. Quanto à lei 4.320/64 impõe apenas que a receita dos fundos se vinculem a objetivos predeterminados.⁴⁰

4.2.9. Controle

O poder concedente delega suas atividades a particulares, porém não abriu mão de suas funções de regulação e fiscalização. As Parcerias Público Privadas se submetem a dois tipos de controle: Um se aplica à Administração Pública a outra é dirigido especificadamente às PPPs.

A lei das PPPs prevê o controle pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas, ao exigir que lhes sejam remetidos os relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada anualmente.

Garante-se também o controle pelo particular, ao exigir que referidos relatórios sejam disponibilizados ao público, por meio de rede pública de transmissão de dados, salvo quanto às informações classificadas como sigilosas.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* p. 355.

Além disso, outorga competência aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de atuação, para acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada.

Pode-se dizer que a lei 8.987, em seu artigo 30, e a lei 9074, no artigo 36, são aplicadas subsidiariamente no que tange ao controle do poder público e o popular, como o usuário do serviço. O Ministério Público também exerce fiscalização nas parcerias.

4.2.10. SPE

A sociedade de propósito específico (SPE) é uma terceira entidade que é responsável pela implantação e gestão da operação, objeto da parceria. Esta unidade visa produzir e fornecer bens e serviços para satisfazer a necessidade de terceiros.

A SPE deverá ser constituída antes da celebração do contrato de PPP. A empresa vencedora constitui uma subsidiária que será SPE ou caso o vencedor seja um consórcio, este pode ser transformado em SPE. Ela pode assumir os seguintes tipos societários: sociedade limitada, companhia fechada ou aberta. Cabendo ressaltar que a Administração Pública pode ser sócia da SPE, desde que seja sócio minoritário para distanciar a SPE da natureza jurídica pública.

Geralmente este tipo de organização é criado quando existem contratos de parcerias de longa duração e esta nova entidade tem em vista facilitar a fiscalização ou ainda adequar à parceria as novas realidades sociais, além de dar mais segurança financeira à execução do projeto.

4.2.11. Rescisão

Carlos Mota Pinto Coelho e José Cretella Neto entendem que a rescisão do contrato pode ocorrer por quatro espécies de razões. Essas razões são especificadas pelo artigo 78 da lei nº 8.666/93, são elas:

- Falta cometida pelo contratado (incisos I a IX e XVIII)
- De pleno direito (inciso XII)
- Decorrente de fato da Administração (XIII a XVI)
- Por motivo invocável por ambas as partes (inciso XVII) ⁴¹

Já Maria Sylvia Zanella di Pietro⁴² leciona que as formas de rescindir os contratos das PPPs são iguais aos previstos na lei de concessões nos arts. 35 a 39. Para a

⁴¹ NETO, José Cretella. *Op. cit.*, p. 62

⁴² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. p. 310

autora os modos de extinção abrangem tipos como: termo, encampação, caducidade e anulação.

4.3. Distinções e identidades

4.3.1. Distinções

Ao longo do capítulo foram demonstrados importantes aspectos que as leis de concessões e as leis de PPPs apresentam. Pode-se dizer que a leis que disciplinam as concessões e a licitação complementam a lei de parcerias, contudo, cabe identificar as seguintes distinções:

4.3.2.10. Remuneração

A forma de remuneração deve estar prevista no contrato entre as cláusulas essenciais. Esta deve abranger além de tarifa ou preço público a ser pago pelos usuários, e outras fontes de receita previstas no art. 11 da lei 8.987/95, a contraprestação do parceiro público ao parceiro privado.

O pagamento ao ente privado pode ocorrer de duas formas: *fixa e variável*. Isto se dá porque a parte variável estará sempre condicionada ao atingimento de metas e padrões previstos no contrato. Esta flexibilidade de pagamento visa tornar mais eficaz a gestão, obtendo melhores resultados no empreendimento, pois torna interessante ao ente privado melhorar a cada dia a qualidade dos serviços prestados.

4.3.2.11. Garantias

A garantia nos contratos de concessão de serviço público previstas pelos art. 55, VI e 56 da lei nº 8.666 e art. 23, V da lei nº 8.987. A lei não delimita essas garantias, somente prevê a existência delas.

Na lei das PPPs, as garantias possuem um capítulo específico tamanha sua importância. Elas são previstas e delimitadas, sendo direcionadas e individualizadas a cada uma das partes envolvidas no contrato, são elas:

- As prestadas pelo parceiro privado ao parceiro público (no art. 5, VIII);
- As prestadas pelo parceiro público ao parceiro privado (art. 8º);

- As garantia (ou contragarantia) prestada aos financiadores do projeto (art. 5º, §2º).

4.3.2.12. *Penalidades e Riscos*

A lei de concessões em seu artigo 23, VIII, indica que dentre as cláusulas essenciais deverão constar às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita à concessionária e sua forma de aplicação. Ou seja, há previsão de penalidades apenas para os entes privados.

Já a lei das PPPs prevê em seu art. 5º:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987/95, no que couber, devendo também prever:

(...)

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

(...)

As penalidades também são aplicáveis ao parceiro público em caso de inadimplemento contratual (art. 5º, II). A lei não especifica os tipos de pena que poderão ser utilizados, por isso, entende-se que podem ser empregadas sanções típicas de contratos em geral, tais como: multas, indenizações, obrigações de fazer ou não fazer, acréscimos nas obrigações originais, etc.

Acontece a mesma situação no que tange aos riscos. Pois a lei 8.987/95, no art. 2º, ao conceituar os tipos de concessões, aponta que as empresas escolhidas deverão demonstrar a capacidade de desempenhar os serviços públicos, por sua conta e risco.

Os riscos nas PPPs são compartilhados entre o parceiro público e o parceiro privado (art. 5º, III), inclusive os referentes a caso fortuito, força maior fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

4.3.2.13. *Ganhos*

Apenas nas PPPs há o compartilhamento de ganhos econômicos entre parceiro privado e parceiro público, nos termos do art. 5º, IX da lei nº 11.079/04. A lei não esclarece a proporção dessa divisão de lucros, essa repartição pode chegar a 50% para cada parceiro, mas nada impede que sejam adotados outros critérios.

4.3.2.14. *Constituição de sociedade de propósitos específicos*

Caracterizam-se por ser uma organização que opera em economia de mercado, ou seja, é uma unidade que combina fatores de produção para fabricar e fornecer bens e serviços para satisfazer necessidades de terceiros, que tem por objetivo implantar e gerir o objeto da parceria. São necessários nas PPPs tendo em vista o grande porte do empreendimento. Já nas concessões comuns não há previsão quanto a este ponto.

4.3.2.15. *Limites*

A lei das PPPs impõe limites de valor, tempo e conteúdo.

Os prazos nas PPPs variam de acordo com o convencionado em edital ou em contrato, porém o artigo 2º, § 4º, II e art. 5º, I da lei 11.079, determinaram que tais contratos deverão ter o tempo mínimo de 5 anos e o máximo de 35 anos.

Nas concessões comuns o prazo também deverá ser estipulado na época de convocação dos licitantes, mas a lei das concessões não prevê o tempo limite para esses tipos de contratos, devendo ficar a cargo do poder concedente estabelecer a duração do vínculo de concessão.

No que tange ao valor, nas PPPs o contrato não poderá ser inferior a vinte milhões de reais (art. artigo 2º, § 4º, I), não havendo nenhum tipo de previsão quanto a isso na lei de concessões.

Por fim, a lei 11.079 designa a seguinte vedação em relação ao conteúdo dos contratos: só há possibilidade de realizar parcerias em contratos que não tenham como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

4.3.2.16. *Licitação*

Nas PPPs há aplicação subsidiária das 8.666/93 e 8.987/95, mas a lei 11.079/04 se sujeita a regras próprias, específicas as parcerias, tais como: submissão da minuta do edital a consulta pública e critérios próprios para julgamento de propostas.

4.3.2. *Identities*

Aplicam-se a todo contrato de concessão as normas próprias do regime jurídico-administrativo e as normas gerais dispostas na lei nº 8.987/95. São comuns aos

contratos de concessão sob o regime das parcerias público-privadas e aos contratos de concessão comuns, as seguintes normas previstas na lei das concessões:

4.3.2.1. Sujeição aos princípios aplicáveis aos serviços públicos

Como foi tema do nosso segundo capítulo, os serviços públicos e as PPPs contam com diversos princípios jurídicos. Estes princípios são responsáveis por delimitar e fundamentar os critérios seguidos pelos legisladores no momento em que compõem a norma.

Partindo-se da idéia que as PPPs são um tipo de concessão especial de atividades anteriormente prestadas pelo Estado, podemos dizer que os princípios dos serviços públicos demonstram também ser inerentes as PPPs, pois os princípios gerais devem ser aplicados juntamente com os específicos a fim de que não haja desrespeito a nenhum deles.

Desta forma, cabe ressaltar que os princípios enumerados pelo art. 6º da lei das concessões, pelo art. 3º da lei das licitações e os princípios norteadores dos serviços públicos são empregados nas Parcerias Público Privadas. Devendo ser respeitado pelo ente público, bem como pelo parceiro privado.

4.3.2.2. Reconhecimento de direitos e obrigações dos usuários

São direitos e obrigações dos usuários previstos no art. 7º da lei 8.987/95, comuns aos dois institutos: Receber serviço adequado; receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente; levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado; comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço; contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

4.3.2.3. A previsão de cláusulas essenciais

As cláusulas essenciais das PPPs encontram-se no artigo 5º da lei 11.079/04. O próprio artigo 5º indica o artigo 23 da lei 8.987/95 como forma complementar da aludida norma. Sendo pertinente relembrar que a ausência de uma dessas cláusulas essenciais implica na nulidade da concessão.

4.3.2.4. *Encargos do poder concedente e do concessionário*

Ao contratar com o poder público a entidade privada assume deveres que são exigíveis a qualquer tempo, assim como a administração pública também toma para si uma série de obrigações perante o contratado. Ou seja, o poder concedente e as concessionárias têm a incumbência de desempenhar certas atribuições a eles delegados e necessários a boa prestação do serviço. Por isso, as PPPs e as concessões comuns contam com os mesmos encargos, sendo eles prescritos nos arts. 29 e 31 da lei 8.987/95.

4.3.2.5. *Responsabilidade por prejuízos causados ao poder concedente e a terceiros*

Este tipo de responsabilidade corresponde à obrigação de reparar os danos causados a outrem que tem por causa a própria ação ou omissão do parceiro privado ou concessionário. Ela está prevista na lei de concessões no artigo 25, *caput* e é aplicável a ambos os institutos.

4.3.2.6. *Controle e possibilidade de intervenção*

Como anteriormente mencionado, o a execução do serviço passou a ser realizada pela iniciativa privada, mas a titularidade do serviço continua sendo do Estado. O Estado passa então a ter poder de fiscalização sobre as atividades concedidas, esta capacidade pode ser realizada através de autarquias em forma de agências reguladoras. Nas concessões comuns e nas PPPs o controle realizado, incluindo a intervenção, pode ocorrer em ambos os regimes.

4.3.2.7. *Formas de subcontratação e de subconcessão*

No que diz respeito à subcontratação e subconcessão nas PPPs, elas seguem as mesmas regras dispostas na lei de concessões nos arts. 25, §§ 1º a 3º e 26.

Cabe ressaltar, que a lei 11.196/05, no seu artigo 119, alterou a lei 8.987/95 visando alterar o §§ 2º a 4º do artigo 27, a fim de que a lei de concessões se assemelhasse a lei de PPPs no tocante à possibilidade dos financiadores assumirem o controle da concessionária para garantir a reestruturação financeira e assegurar a continuidade da execução do serviço. Para que isto ocorra, os financiadores deverão comprovar regularidade jurídica e fiscal da empresa, sendo facultado ao poder público

alterar ou dispensar requisitos como capacidade técnica e aptidão financeira. A tomada de controle pelos financiadores não altera as obrigações da concessionária e de seus controladores perante o poder público, como indica o § 4º do artigo 27 da referida lei.⁴³

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

§ 2º Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º deste artigo, o poder concedente exigirá dos financiadores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no § 1º, inciso I deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 4º A assunção do controle autorizada na forma do § 2º deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores ante ao poder concedente. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

4.3.2.8. *Formas de extinção do contrato de concessão*

Como já mencionado a professora Maria Sylvia Di Pietro instrui que as PPPs podem ser extintas da mesma forma que as concessões comuns, seguindo assim os arts. 35 a 39 da lei 8.987. Porém os autores Carlos Mota Pinto Coelho e José Cretella Neto discordam desse entendimento e compreendem que as formas de rescisão do contrato de parcerias seguem o art. 78 da lei das licitações, não sendo, portanto, este percepção unânime.

4.3.2.9. *Reversão de bens*

A reversão de bens se sucede da mesma forma nas PPPs e nas concessões comuns. A lei de PPPs salienta que os bens reversíveis estão sujeitos a vistoria pelo poder concedente a qualquer tempo. Nesta inspeção, caso seja detectado irregularidades, poderá o ente público reter pagamentos ao ente privado até a correção ou reparação dos mesmos. É importante a Administração Pública fiscalizar todas as instalações, equipamentos, obras para que no momento em que se realize a reversão, os bens estejam em perfeito estado.

⁴³ PIETRO, Maria Sylvia Di. *Direito Administrativo*. p. 302

5. CONCLUSÃO

Os serviços públicos são atividades desempenhadas direta ou indiretamente pelo Estado, visando atender as necessidades essenciais da coletividade e do próprio Estado. Porém o poder estatal não tem sido capaz de ofertar adequadamente tais serviços em quantidade e qualidade suficientes aos cidadãos. Por isso, a Administração Pública vem efetuando tentativas de modernizar e melhorar a sua prestação sem onerar

demasiadamente os cofres públicos que não contam com capacidade financeira suficiente. A maneira encontrada foi proceder à captação financeira advinda do setor privado como forma de alavancar os projetos governamentais.

O meio utilizado para satisfazer tal pretensão deve contar com todos os requisitos que compõem a atividade pública, como a titularidade que nunca poderá ser transferida a outrem, sob pena de descaracterizar os serviços públicos e ferir o artigo 175 da CF.

O poder público ao exercer o cargo de poder concedente também não deixa nas mãos do ente privado a orientação, coordenação e controle dos projetos, poderes que são inerentes ao Estado e que devem ser conservados na tentativa de proteger os interesses coletivos e assegurar o retorno do serviço a administração pública caso seja necessário.

As Parcerias Público-Privadas têm como objetivo coibir um endividamento descontrolado da Administração Pública, com serviços ou obras de infra-estrutura indispensáveis e de grande relevância social. Como é sabido, a União, Estados e Municípios atravessam cada vez mais dificuldades de encaixar projetos de grande porte dentro dos seus respectivos limites orçamentários, por isso criou-se o contrato de parceria cuja finalidade é a realização de obras e serviços de interesse público.

As PPPs surgem como forma de preenchimento de uma lacuna no direito administrativo brasileiro no sentido que o Brasil anteriormente não contava com muitos instrumentos de gestão para atender as necessidades financeiras do Estado. A nova lei criou dois novos tipos de concessão pública e deu oportunidade ao Estado de estender não só o prazo de pagamento efetuado pelo poder público como também ampliou o volume de investimento em áreas estratégicas ao crescimento da nação.

A relevância de tais projetos já se percebe ao mencionar onde geralmente eles ocorrem: portos, estradas, usinas geradoras de energia, ferrovias, saneamento, etc. Setores onde há necessidade de expansão a cada ano e onde há uma escassez de recursos financeiros.

As PPPs têm como escopo atrair o setor privado, nacional e estrangeiro, para investimentos em projetos de infra-estrutura de grande vulto, necessários ao desenvolvimento do país, cujos recursos envolvidos excedem a capacidade financeira do setor público.

A principal estratégia para atrair esses investimentos é assegurar ao parceiro privado um retorno mínimo sobre o capital investido. Essa compensação mínima é

assegurada por uma contraprestação paga ao investidor privado pela Administração Pública.

O problema a ser enfrentado pelas parcerias é o de garantir segurança e o lucro ao investidor privado e, em contra partida, propiciar ao Poder Público, agilidade do atendimento das necessidades públicas e a preservação dos direitos dos usuários. Ou seja, é necessário assegurar a satisfação dos interesses de ambos os lados.

As PPPs abrem oportunidade para potencializar ganhos de eficiência, ampliação e modernização do serviço, bem como diminuir os gastos dos contribuintes. Assim se torna um instrumento fundamental para ampliar os investimentos públicos. O programa de PPP para ser bem sucedido depende da identificação dos benefícios líquidos associados e sua sustentabilidade financeira. Pode-se evitar inconsistências fiscais procedendo de forma correta a mensuração das obrigações financeiras assumidas pelo setor público em contratos de parceria, visando não contrair dívidas maiores do que as planejadas.

A nível social a lei de PPP cria novas formas de investimento de capitais no país, muitas vezes capital estrangeiro. Também desenvolve regiões pela estrutura de imenso porte do projeto, criando empregos diretos e indiretos, bem como a perspectiva de ampliação do comércio regional.

Por fim, é importante entender que as PPPs devem ser precedidas de estudos técnicos que demonstrem a indispensabilidade do uso deste tipo de concessão especial, pois se trata de uma forma muito dispendiosa do Estado delegar serviços públicos. Desse modo, deve a Administração Pública sempre respeitar os princípios administrativos e as leis existentes, na tentativa de obter êxito nas experiências brasileiras.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As parcerias público-privadas: PPP's no Direito Positivo Brasileiro.* Revista Forense v. 385, p. 1-32.

BITTENCOURT, Arnaldo. *Principais aspectos do programa federal de PPP's.* Revista Forense v. 383, p. 600-607.

CÂMARA, Jacintho de Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. *PPP: parceria público privada: uma inovação para a administração pública brasileira.* Boletim de Direito Administrativo v.22, n. 1/6, p. 152-167.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* Rio de Janeiro: Atlas, 2006. 15ª Edição.

DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *O controle das parcerias público-privadas.* Boletim de Direito Administrativo v.22, n. 1/6, p. 31-37.

FORTINI, Cristina; MIGUEL, Frederico Costa · *Parcerias público-privadas: aspectos relevantes.* Interesse Público v.8, n. 40, p. 163-177.

HARADA, Kiyoshi. *Parceria público-privada: PPP.* Boletim de Direito Administrativo v.21, n. 1/6, p. 180-182.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* Malheiros: São Paulo, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo.* 12 ed. Malheiros: São Paulo, 1999.

MILÉSKI, Helio Saul. *Parcerias público-privadas: fundamentos, aplicação e alcance da lei, elementos definidores, princípios, regras específicas para licitações e contratos, aspectos controvertidos, controle e perspectivas da aplicação da lei nº 11.079, de 30.12.2004.* Interesse Público v. 7, n. 34, p. 27-30.

MIRANDA, Henrique Savonitti. *Licitações e Contratos Administrativos.* Brasília: Senado Federal, 2007. 4ª Edição.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Perspectivas na implantação do sistema de parcerias público-privadas: PPP.* Boletim de Direito Administrativo v.20, n.1/6, p. 130-138

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Fundo garantidor das parcerias público-privadas.* Interesse Público v. 7, n. 34, p. 27-30.

MUKAI, Toshio. *Critérios de julgamento nas licitações da PPP.* Boletim de Direito Administrativo v.21, n. 1/6, p. 306-307.

MUKAI, Toshio. *Parcerias público-privadas: comentários à lei federal nº 11.079/2004, às leis estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Norte e à lei do Município de Vitória/ES.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. 2ª edição.

NETO, José Cretella *Comentários à lei das parcerias público-privadas: PPPs.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. 1ª edição.

PESTANA, Marcio. *A concorrência pública na parceria público-privada (PPP).* São Paulo: Atlas, 2006. 1ª edição.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2008. 21ª Edição.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.* Atlas: São Paulo, 2002.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP: parceria público-privada fundamentos econômico-jurídicos.* São Paulo: Malheiros Editores, 2007. 1ª edição.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico.* 26ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas.* São Paulo: Malheiros editores, 2005. 1ª edição.

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 1975.

Referências na Internet:

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Serviço Público: Conceito e Características.*
<http://www.juridicas.unam.mx/> , Acesso em: 20/10/2008.

<http://www.advogado.adv.br/artigos/2005/andresgarciagonzalez/parceria.htm> (acesso em: 21/10/08)

<http://www.ppp.mg.gov.br/> (acesso em: 06/04/08)

<http://www.azevedosette.com.br/ppp/noticias/02.html> (acesso em: 06/04/08)

<http://www.planejamento.gov.br/ppp> (acesso em: 27/04/08)