

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FERNANDA CATSIAMAKIS QUEIROGA LIMA

**DISTINÇÕES ENTRE AS CONCESSÕES TRADICIONAL, ADMINISTRATIVA E
PATROCINADA E O CASO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA.**

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2015**

FERNANDA CATSIAMAKIS QUEIROGA LIMA

DISTINÇÕES ENTRE AS CONCESSÕES TRADICIONAL, ADMINISTRATIVA E PATROCINADA E O CASO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito da Regulação, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2015**

Fernanda Catsiamakis Queiroga Lima

Distinções entre as concessões tradicional, administrativa e patrocinada e o caso da iluminação pública.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito da Regulação, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Brasília-DF, ___/___/_____.

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Dedico este trabalho ao meu marido, companheiro de todas horas, que sempre me apoiou e incentivou, inclusive com o seu exemplo de dedicação profissional e constante capacitação.

RESUMO

As Parcerias Público-Privadas (PPP), instituídas pela Lei 11.079/04, criaram duas novas modalidades de concessão de serviços públicos: concessão patrocinada e concessão administrativa. As PPP surgem como forma alternativa de delegação da prestação de serviços públicos, especialmente destinada aos empreendimentos relacionados à implementação de infra-estrutura ou estrategicamente prioritários. Este trabalho monográfico tem por objetivo analisar a possibilidade de utilização das PPP como alternativa de execução dos serviços de iluminação pública, especialmente tendo em vista o disposto na Resolução Normativa nº 414/2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), que expressamente reconheceu a competência e a responsabilidade dos Municípios para tanto. Nessa perspectiva, são abordadas questões gerais sobre as concessões tradicionais de serviço público e as PPP, alguns aspectos históricos, além do estudo de peculiaridades afetas ao serviço de iluminação pública.

Palavras-chave: Direito Administrativo, Serviços Públicos, Delegação, Concessão, Parceria Público-Privada, Concessão Administrativa, Serviço de Iluminação Pública. Resolução Normativa nº 414/2010 - Aneel.

ABSTRACT

Public-Private Partnerships (PPP), established by Law 11.079 / 04, created two new forms of public service concessions: sponsored concession and administrative concession. PPPs are an alternative form of delegation of public services, especially aimed at projects related to the implementation of infrastructure and strategic priority. This monographic study aims to examine the possibility of using PPP as an alternative execution of public lighting services, especially in view of the provisions of Normative Resolution No. 414/2010 of the National Electric Energy Agency (Aneel), which expressly recognized the competence and responsibility of municipalities to do so. From this perspective, general questions are addressed on traditional public service concessions and PPPs, some historical aspects, besides the study of peculiarities afetas the public lighting service.

Keywords: Administrative Law, Public Services Delegation Award, Public-Private Partnership, Administrative Concession, Public Lighting Service. Normative Resolution No. 414/2010 - ANEEL.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 ASPECTOS HISTÓRICOS	10
1.1. Aspectos gerais das concessões de serviço público	15
2 DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO	18
3 DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	29
4 A UTILIZAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA	39
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

As Parcerias Público-Privadas (PPP) surgem, no contexto global de privatização, como forma alternativa de financiamento do setor público pela iniciativa privada. As PPP foram instituídas pela Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que introduziu, em nosso ordenamento jurídico, duas novas modalidades especiais de concessão: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

Em linhas gerais, a concessão patrocinada consiste em contrato administrativo por meio do qual o poder público delega ao particular a prestação de um serviço público, que será remunerado mediante tarifa e contraprestação adicional da Administração. As concessões administrativas, por sua vez, têm por escopo a prestação de serviços dos quais a Administração será usuária direta ou indireta, mediante remuneração do Poder Público.

Ao lado dessas novas modalidades, temos a concessão tradicional, regulamentada pela Lei 8.987/95, em que a Administração delega ao particular a prestação de serviço público, que será remunerado essencialmente mediante o pagamento de tarifa.

Não obstante serem espécies do gênero concessão de serviços públicos, as concessões patrocinada e administrativa foram criadas com o especial objetivo de ampliar a atuação dos investidores privados no setor público, possibilitando a delegação da gestão de serviços pouco atrativos ao particular, e por isso tradicionalmente desempenhados pela Administração Pública. Dentre esses serviços, podemos destacar aqueles na área de implantação, expansão e recuperação da infra-estrutura pública.

Além de tornar obrigatória a contraprestação estatal, a lei das PPP instituiu uma série de vantagens e garantias em benefício do investidor privado, como forma de assegurar ao particular a recuperação de seus investimentos.

As PPP, portanto, revelam-se interessantes tanto para o setor público como para a iniciativa privada. Ao mesmo tempo em que permite a prestação

de serviços essenciais ou necessários à coletividade, prejudicados pela escassez de recursos ou deficiências técnicas, ampliam o rol de atuação da iniciativa privada.

Importante ressaltar que, mesmo tratando-se de concessões de serviços públicos, as concessões tradicional, patrocinada e administrativa não podem ser utilizadas de maneira aleatória. Cada uma dessas espécies possui características próprias, revelando-se adequada ou não a determinadas situações.

O estudo ora proposto foi dividido em etapas, de sorte a se obter subsídios legais e teóricos para, ao final, se demonstrar as principais diferenças entre as modalidades de concessão de serviço público, destacando qual delas se apresenta como melhor alternativa para a prestação do serviço de iluminação pública.

Para compreensão do tema, no primeiro capítulo, se contextualizará a matéria, com apreciação histórica do desenvolvimento do Estado, no que tange à prestação de seus serviços à comunidade. Passa-se desde o Estado Liberal, período em que a ação do Estado era praticamente só de polícia, até o Estado Subsidiário, hoje vigente, onde o particular passa a exercer atividades para as quais detém competência e recurso, deixando para o Estado aquelas para quais o particular ainda não está apto.

Ao lado do desenvolvimento histórico, serão abordados princípios que norteiam a matéria objeto do estudo, tal como o princípio da subsidiariedade, para, a partir de então, serem abordados os aspectos gerais das concessões de serviços públicos, buscando-se a primeira inspiração na Lei Maior. Dos doutrinadores são extraídos os conceitos necessários para o desenvolvimento do tema. Dentre os aspectos gerais, são tratadas as questões referentes à diferenciação entre as espécies de concessão. As leis de esboço são noticiadas e destacadas as principais determinações legais referentes às concessões.

Localizado o tema no seio da legislação e da doutrina, e traçado o desenvolvimento histórico do Estado, no desiderato de esclarecer as diferenças entre as espécies de concessão, no segundo capítulo serão delineados os direitos e deveres das partes envolvidas na concessão tradicional, o Estado, como poder

concedente, o particular, na condição de financiador e gestor, e a sociedade em geral, na condição de usuária do serviço concedido. Assim, são esclarecidos, à luz da legislação de regência, os procedimentos e condições do certame; as cláusulas contratuais; e os princípios que regem a concessão.

Estabelecidas as características, condições e disposições legais da concessão tradicional, avança-se, no terceiro capítulo, no estudo com a análise das disposições legais pertinentes às parcerias público-privadas, objetivando-se definir as diferenças entre as espécies de PPP.

Finalmente, no quarto capítulo, de posse das distinções necessárias entre as concessões – concessão tradicional e as concessões da PPP – através dos conceitos próprios de cada espécie e, assim também, das condições legais que se lhe aplicam, torna-se possível identificar, dentre as modalidades de concessão de serviço público, qual é a melhor se alternativa para a prestação do serviço de iluminação pública.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS

À época do Estado Liberal, a atuação da Administração Pública era bastante restrita, limitada quase que exclusivamente ao exercício do poder de polícia. Segundo os ensinamentos de Maria Silvia Zanella Di Pietro, no decorrer da História, tanto nacional como mundial, surgiram problemas sociais e econômicos a serem enfrentados pelo Estado, tais como miserabilidade da população e extinção de pequenas empresas, que impulsionaram a redefinição de suas funções frente à sociedade. O Estado passou a intervir cada vez mais na ordem econômica e social; a preocupação com a liberdade foi sendo substituída pela busca da igualdade e o respeito ao individualismo, pelo bem comum. Surgia, dessa forma, o Estado Social de Direito.

No entanto, a concentração de maior quantidade e diversidade de atribuições nas mãos do Estado também trouxe implicações negativas, tornando-se necessária a participação popular em todo o processo político, de modo a assegurar a submissão ao Direito e à justiça material, não bastando mais a mera sujeição à lei em sentido formal. Nesse momento, instala-se o Estado Democrático de Direito.¹

A crise decorrente do excesso de atribuições delegadas ao Poder Público, característico do Estado Intervencionista, cumulado com a falta de recursos para o financiamento dos serviços essenciais, ensejou o surgimento do Estado Subsidiário. Nessa nova concepção, que prevalece até hoje, a iniciativa privada passa a ter primazia sobre a estatal, de modo que o Estado deve se abster de exercer as atividades que o particular pode executar por iniciativa própria e com seus recursos.²

Cabe ao Estado, nessa perspectiva, cumprir as atribuições próprias do ente soberano, desempenhando os serviços essenciais, incentivar e subsidiar a iniciativa privada, assegurando maiores condições aos particulares de sucesso em seu empreendimento, podendo até mesmo exercer as atividades de

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 26-32.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 26-32.

responsabilidade dos particulares nos casos em que não forem desempenhadas satisfatoriamente no regime da livre iniciativa e concorrência. Caberá ainda ao Estado fiscalizar essas atividades, de modo a proteger os usuários e consumidores. A intervenção estatal, portanto, é limitada aos casos em que restar comprovada a insuficiência ou incapacidade do particular no exercício de suas funções.³

Segundo Marcello Clarich, o princípio da subsidiariedade nada mais é do que uma aplicação jurídica da teoria econômica da “falência do mercado”, que estabelece que “a intervenção dos poderes públicos, em matéria econômica, exige uma prova específica da incapacidade do mercado de resolver de modo endógeno o problema do próprio equilíbrio e da necessidade de tutelar interesses de tipo coletivo”⁴.

Não há previsão expressa em nossa atual Constituição acerca da aplicação do princípio da subsidiariedade. Subentende-se, mediante interpretação de expressões vagas, que o exercício de atividade econômica por parte do Estado consiste em exceção⁵, que compete a ele atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica, incentivando, planejando e fiscalizando essas atividades,⁶ devendo, ainda, estimular o cooperativismo e outras formas de associativismo⁷. O

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 33-39. “O princípio da subsidiariedade está na própria base da nova concepção do Estado de Direito Social e Democrático, ou seja, de um Estado em que os direitos fundamentais do homem já não constituem apenas uma barreira à atuação do Estado, como se via no período liberal, mas constituem a própria razão de ser do Estado. Cabe a este promover, estimular, criar condições para que o indivíduo se desenvolva livremente e igualmente dentro da sociedade; para isso é necessário que se criem condições para a participação do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais”.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 37.

⁵ Constituição Federal, art. 173: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei [...]”.

⁶ Constituição Federal, art. 174, caput: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

⁷ Constituição Federal, art. 174, §2º: “[...] A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo [...]”.

Brasil é Estado de Direito democrático, pautado nas idéias de parceria com o setor privado, fomento e livre iniciativa⁸.

Cabe ressaltar, que a Constituição de 1967, era mais avançada em relação à subsidiariedade da atuação estatal, e expressamente previa que a atuação do Estado seria subsidiária, quando insuficiente ou inexistente a atuação por parte da iniciativa privada.⁹

Seguindo uma tendência quase que universal, observou-se a redução do tamanho do Estado por meio do fenômeno da privatização. Trata-se de um processo aberto que pode assumir diversas formas, todas com o escopo de fortalecer a iniciativa privada e seus modos de gestão, estimular a concorrência e a desburocratização e, com esse comportamento, obter maior eficiência na prestação de serviços públicos. Dentre as ferramentas que podem ser adotadas, destacam-se a transferência de ativos e ações de empresas públicas ao setor privado (desnacionalização, desestatização ou privatização em sentido estrito); as parcerias entre os setores público e privado; a redução do intervencionismo nas atividades econômicas privadas (desregulação); e o desaparecimento dos monopólios (desmonopolização).¹⁰

O caso brasileiro da década de 1990 ilustra o acima exposto. Esta década foi marcada pela tentativa de transformar o Estado e racionalizar o setor público, implantando um “Estado gerente”, privatizando grandes estatais e

⁸ Constituição Federal, art. 1º e art. 37: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente”.

⁹ Constituição Federal, de 1967, art. 163: “Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas. § 1º - Somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica. [...]”.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 23-39.

concedendo os setores estratégicos de infra-estrutura, mantendo no Estado apenas os meios institucionais de controle e regulação.¹¹

Importante ressaltar que privatizar não equivale a abandonar. A execução de determinada atividade de natureza pública pela iniciativa privada não afasta o poder-dever de fiscalização por parte da Administração, essencial para assegurar o cumprimento de seus objetivos.¹²

Como consequência dessa privatização, ocorreu a crescente descentralização dos serviços públicos, mediante outorga ou delegação. A outorga é formalizada por meio de lei, instrumento pelo qual é criada determinada entidade – autarquia, fundações públicas, empresas estatais e entidades paraestatais – a quem é transferida a titularidade de um serviço, via de regra, por tempo indeterminado. Já a delegação consiste na transferência da execução de determinado serviço a particulares, mediante ato administrativo unilateral ou bilateral, geralmente por prazo certo.¹³

No que se refere aos serviços públicos, importante ressaltar que não existe um conceito uniforme na doutrina. Diversos são os critérios de classificação utilizados, no entanto nenhum deles é, isoladamente, suficientemente adequado para sua conceituação.¹⁴

Para fins deste trabalho, adotar-se-á a definição elaborada por Hely Lopes Meirelles, segundo a qual “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

¹¹ POLTRONIERI, Renato. **Precisa-se de novo marco regulatório para as licitações?** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4414,51045-Precisase+de+novo+marco+regulatorio+para+licitacoes>>. Acesso em: 12 mar. 15.

¹² SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Parceria público-privada. **Informativo Jurídico CONSULEX**, Brasília, Ano XVIII, nº 21, p. 9, 24.05.04.

¹³ O autor destaca a diferença entre descentralização e desconcentração, quando a Administração distribui sua execução entre vários órgãos da mesma entidade. Ressalta que os serviços, independente de serem centralizados, descentralizados ou desconcentrados, poderão ser prestados diretamente pela pessoa responsável por sua execução – integrante da Administração Direta ou Indireta, antes de cooperação, empresas privadas ou particulares – pessoalmente, por seus órgãos ou prepostos, ou indiretamente, quanto da contratação com terceiros. In: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 330-332.

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 257-259.

conveniência do Estado.”¹⁵ Os serviços essenciais são representados pelas atividades próprias do Estado, que visam à satisfação das necessidades essenciais da sociedade às quais é vedada a delegação a particulares, por envolverem atos de império ou medidas compulsórias sobre os administrados. Os serviços secundários ou de utilidade pública, por outro lado, destinam-se à satisfação de interesses convenientes à coletividade, podendo ser prestados diretamente pelo Poder Público ou mediante delegação a particulares.

Cumpra ainda registrar que na prestação dos serviços públicos devem ser observados os princípios próprios do Direito Público. No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, merecem destaque o dever inescusável do Estado de promover a prestação do serviço, tanto nos casos de prestação direta como nas hipóteses de delegação; o princípio da supremacia do interesse público, que deve pautar todas as decisões referentes ao serviço; o princípio da adaptabilidade, representado pela atualização e modernização; o princípio da universalidade, que estabelece a necessidade dos serviços serem prestados de forma generalizada; o princípio da impessoalidade, que afasta a discriminação entre os usuários; o princípio da continuidade, que veda a interrupção e a suspensão da prestação do serviço; o princípio da transparência, que assegura ao público o acesso às informações referentes ao serviço; o princípio da motivação, que exige a fundamentação das decisões; o princípio da modicidade das tarifas, de modo a permitir o maior acesso à coletividade; e, finalmente, o princípio do controle sobre sua prestação.¹⁶

Cabe ressaltar que, independentemente da forma pela qual o serviço público será prestado – centralizada ou descentralizada – caberá ao Estado exercer sua regulamentação e controle, bem como intervir na prestação dos serviços nos casos em que esta não estiver sendo satisfatoriamente desempenhada.¹⁷

Dentre os instrumentos de descentralização supramencionados, merecem destaque as parcerias público-privadas que, em sentido amplo,

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 319.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 604-606.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 323-324.

correspondem aos “múltiplos vínculos negociais de trato continuado, estabelecido entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividade com algum coeficiente de interesse geral”¹⁸.

No direito brasileiro, existem diversas modalidades de parceria, quais sejam: concessão e permissão de serviços públicos; concessão de obra pública; concessão patrocinada e administrativa; contrato de gestão; termo de parceria; contrato de empreitada de obra e serviço; contratos de fornecimentos de mão-de-obra; convênios, consórcios e outros acordos de semelhante espécie. Cabe ao poder público, considerando a atividade objeto do contrato, escolher o instrumento de parceria.¹⁹

Finalmente é de se destacar que, nem todas as formas de parceria representam descentralização de serviço público, uma vez que não implicam necessariamente na transferência da gestão desses serviços. Essas parcerias podem ter por objeto a prestação de outras atividades de interesse público, que não os serviços de titularidade do Estado.²⁰

1.1. Aspectos gerais das concessões de serviço público

A Constituição da República, em seu artigo 175, expressamente reconhece a concessão como forma alternativa à prestação direta pelo Estado dos serviços públicos. O mesmo artigo ainda estabeleceu a obrigatoriedade da realização de licitação, atribuindo à lei a competência para dispor sobre o regime das empresas prestadoras de serviço, os termos do contrato e as condições para sua prorrogação, caducidade, fiscalização e rescisão. Também caberá à lei tratar dos direitos dos usuários e da política tarifária, bem como sobre a obrigatoriedade da manutenção do serviço adequado.

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 40-41. Lei 8.666/93, art. 116: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração [...]”.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 60-68.

O referido artigo 175 da Constituição Federal trata do gênero concessão de serviço público, caracterizada pela delegação ao concessionário da execução de determinado serviço público, que pode se manifestar nas espécies de concessão tradicional, concessão patrocinada ou concessão administrativa, conforme o regime remuneratório a que está submetida.²¹

Entende-se por concessão o contrato administrativo por meio do qual o Poder Público transfere ao particular o exercício de determinado serviço, em seu nome e às suas expensas e risco²². A concessão, nesse sentido, é considerada forma de privatização, uma vez que, sendo os serviços prestados por uma empresa privada, não precisam submeter-se a determinados formalismos que emperram a atuação da Administração Pública direta ou indireta²³.

Em nosso ordenamento jurídico, as concessões podem envolver a prestação de serviço público, a realização de obra pública ou o uso de bem público. Essas modalidades podem estar conjugadas, ocasião em que um tipo constituirá o objeto principal, enquanto o outro, o acessório.²⁴

A concessão tradicional de serviço ou obra pública é regulamentada, de um modo geral, pela Lei 8.987/95, aplicando-se às concessões de competência federal também o disposto na Lei 9.074/95. As concessões patrocinadas e as concessões administrativas, por sua vez, são regulamentadas pela Lei 11.079/04, que instituiu normas gerais para contratação e licitação nas Parcerias Público-Privadas (PPP). Aplica-se subsidiariamente às concessões tradicionais e às concessões da PPP o disposto na Lei 8.666/93, diploma que delibera sobre as normas gerais aplicáveis aos contratos administrativos e licitações.

²¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 27.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 631.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 83-85.

²⁴ Na visão de alguns autores, a concessão sempre terá por objeto a prestação de serviços públicos, podendo ou não envolver a realização de obra pública. Para esses autores, não há que se falar em concessões de obra pública, mas apenas concessão de serviço público precedida de obra pública. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho. Em sentido contrário, Di Pietro, que reconhece a concessão de obra pública como modalidade autônoma, e não meramente acessórias à prestação do serviço.

Importante ressaltar que a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação pública é privativa da União²⁵; aos demais entes da federação compete legislar supletivamente sobre a matéria, considerando as peculiaridades locais, desde que não contrariem as normas gerais.²⁶

²⁵ Constituição Federal, art. 22: “Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; [...]”. Constituição Federal, art. 24, §2º: “A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”. Constituição Federal, art. 30, II: “Compete aos Municípios: [...] II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”.

²⁶ PEREIRA, César A. Guimarães *et al.* **As leis estaduais de PPP: eficácia e aspectos relevantes.** Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI7096,71043-As+leis+estaduais+de+PPP+eficacia+e+aspectos+relevantes> >. Acesso em: 12 mar. 15.

2 DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

A concessão de serviço público, segundo o art. 2º da Lei 8.987/95, consiste em contrato administrativo, por meio do qual o ente político delega à pessoa jurídica ou consórcio de empresas a prestação de serviço público, envolvendo ou não a realização de obra pública, que será executado por sua conta e risco e por prazo determinado. A concessão será outorgada sem exclusividade, ressalvados os casos em que for necessária por questões técnicas ou econômicas, devendo o Poder Público previamente justificar a conveniência da outorga da concessão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

A concessão será precedida de licitação, via de regra, na modalidade de concorrência²⁷. Além das regras estabelecidas pela Lei 8.666/93 e as especificidades tratadas na Lei 8.987/95, deverão ser observados os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório. No julgamento da licitação, quanto aos critérios, estipula o artigo 15 da Lei 8.987/95:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII; IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da

²⁷ Existem algumas exceções à utilização de licitação na modalidade de concorrência: Lei 9.074/95, art. 27, I e art. 30: “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, poderá: I - utilizar, no procedimento licitatório, a modalidade de leilão, observada a necessidade da venda de quantidades mínimas de quotas ou ações que garantam a transferência do controle societário”; “Art. 30: O disposto nos arts. 27 e 28 aplica-se, ainda, aos casos em que o titular da concessão ou autorização de competência da União for empresa sob controle direto ou indireto dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, desde que as partes acordem quanto às regras estabelecidas”. Lei 9.427/97, art. 24: “As licitações para exploração de potenciais hidráulicos serão processadas nas modalidades de concorrência ou de leilão e as concessões serão outorgadas a título oneroso. Parágrafo único. No caso de leilão, somente poderão oferecer proposta os interessados pré-qualificados, conforme definido no procedimento correspondente”. Lei 9.472/97, art. 54, parágrafo único: “Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública. Parágrafo único: Para os casos não previstos no caput, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão”.

concessão com o de melhor técnica ou; VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

É facultado ao poder concedente, no interesse do serviço concedido e desde que previsto no edital, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, constitua-se em pessoa jurídica antes da celebração do contrato.²⁸

Como mencionado, o contrato de concessão é celebrado por prazo determinado, devendo estar previsto no edital de licitação e reproduzido em contrato, assim como as condições para sua prorrogação. Na fixação desse prazo, deverá ser considerado o serviço concedido, de modo a assegurar ao particular a recuperação do capital por ele investido, assim como observado o princípio da igualdade de oportunidade, em benefício de todos aqueles que possam se interessar pela prestação dos serviços, mediante novo procedimento licitatório.²⁹

Não obstante a lei nada dispor acerca do limite de prazo e da prorrogação do contrato, entende-se que não se aplicam às concessões os limites estipulados pela Lei 8.666/93. Essa limitação existe para evitar o comprometimento do orçamento de exercícios financeiros seguintes, o que não se justifica nas concessões. Ao contrário do que acontece nos outros contratos administrativos tratados pela lei, nas concessões a remuneração dos serviços é feita mediante o pagamento de tarifas e não diretamente pela Administração Pública, de modo que não oneraram os cofres públicos. Além disso, as concessões devem ser estipuladas por longo prazo, assegurando ao particular a recuperação dos elevados investimentos feitos.³⁰

²⁸ Apesar de se tratar de uma faculdade assegurada ao concedente, via de regra a Administração Pública prevê em edital a necessidade de constituição de sociedade com o propósito específico de implantar ou gerir a obra pública licitada, ou prestar os serviços públicos objeto da concessão. In: STUBER, Walter Douglas. **As novas regras da comissão de valores mobiliários sobre as entidades de propósito específico**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI7099,11049-As+novas+regras+da+Comissao+de+Valores+Mobiliarios+sobre+as+Entidades>>. Acesso em: 12 mar. 15.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p 322-323.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 651-654.

Nos contratos de concessão, excepcionalmente é admitida a prorrogação do prazo, desde que prevista no edital e no contrato. Será admitida essa prorrogação quando revelar-se necessária ao atendimento dos interesses públicos, devidamente justificados, ou na hipótese do prazo contratual inicialmente estabelecido não permitir a amortização do investimento privado.³¹

No que se refere à natureza das concessões, podemos afirmar que é ora regulamentar ora contratual. Regulamentar porque caberá ao Poder Público dispor sobre o modo de prestação do serviço e sua utilização pelos usuários. Essas cláusulas, em benefício do interesse público, podem ser alteradas unilateralmente pelo poder concedente. Ainda que reproduzidas em contrato, as cláusulas mantêm sua natureza regulamentar. O aspecto contratual da concessão refere-se à manutenção da equação econômico-financeiro inicialmente ajustada.³²

Nos termos do disposto no art. 23 da Lei nº 8.987/95:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão; II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço; III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; IX - aos casos de extinção da concessão; X - aos bens reversíveis; XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso; XII - às condições para prorrogação do contrato; XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente; XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 130-131.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 641-643.

Não obstante o contrato de concessão ser estabelecido entre Poder Público e uma determinada pessoa jurídica ou consórcio de empresas, o instrumento contratual cria direitos e obrigações para o poder concedente, o concessionário e os usuários dos serviços.

Em linhas gerais, tendo em vista o disposto no art. 29 da Lei 8.987/95, compete ao Poder Público regulamentar e fiscalizar os serviços, admitindo-se até mesmo a intervenção em sua prestação nos casos em que for necessário para assegurar a adequada execução do serviço; aplicar penalidades; extinguir concessões; homologar reajustes e proceder à revisão de tarifas; cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares e contratuais; zelar pela boa qualidade dos serviços; declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública; estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação; incentivar a competitividade; estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

Ao concessionário, por outro lado, incumbe o exercício de diversos encargos, conforme estipulado no art. 31 da Lei 8.987/95, dentre os quais se destaca o dever de prestar os serviços de forma adequada, atendendo aos critérios de regularidade, generalidade, segurança, continuidade, eficiência, atualidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. No exercício de suas atribuições, o concessionário sub-roga-se em algumas prerrogativas do poder público e se sujeita aos princípios inerentes à prestação do serviço público.

Na prestação do serviço público, o concessionário assume os riscos do empreendimento e a responsabilidade sobre os prejuízos experimentados pelo poder concedente, usuários e terceiros³³. A responsabilidade em relação aos prejuízos sofridos pelo poder concedente é integral; independe de sua má ou boa administração. No contexto da prestação dos serviços, a responsabilidade do poder concedente será subsidiária nos casos em que o patrimônio do concessionário for

³³ Constituição Federal, art. 37, §6º: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...] § 6º. 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 [...]”.

insuficiente, e solidária quando comprovada a omissão do poder concedente ou falha na escolha do concessionário. Na hipótese dos danos decorrerem de comportamentos do concessionário alheios à própria prestação do serviço, mesmo que se prestem a instrumentar a prestação deste, a responsabilidade será exclusiva do concessionário, independente de eventual situação de insolvência³⁴.

Ao mesmo tempo em que à Administração é assegurado o poder de alterar de forma unilateral questões referentes aos serviços concedidos, é direito do concessionário a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e conseqüente recebimento da remuneração nos termos inicialmente ajustados. Considera-se mantido o equilíbrio econômico-financeiro sempre que forem respeitadas as disposições contratuais.

A alteração unilateral do contrato é permitida apenas em relação às cláusulas regulamentares, referentes aos serviços. Quando essa alteração implicar na modificação da relação custo-benefício inicialmente estabelecida, as cláusulas econômicas e financeiras afetadas deverão ser revistas, podendo ensejar a redução ou aumento das tarifas.³⁵

Os riscos assumidos pelo concessionário em decorrência da exploração dos serviços concedidos se limitam aos referentes à álea ordinária que, nos termos da doutrina francesa, corresponde aos riscos inerentes à atividade por ele desempenhada. No que se refere à álea extraordinária, subdividida em álea administrativa e econômica, por outro lado, os riscos serão assumidos pelo poder concedente, aplicando-se as teorias do fato do príncipe e da imprevisão.³⁶

O fato do príncipe, segundo Carvalho Filho, ocorre quando o equilíbrio do contrato administrativo é quebrado por força de ato ou medida instituída pelo próprio Estado³⁷. Este fato, de cunho geral e não aplicado diretamente ao particular contratado, reflexamente incide sobre o contrato, provocando,

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 679

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28 ad. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 374-375.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 664-669.

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 176.

conseqüentemente, oneração excessiva ao particular. Caracteriza-se, portanto, por ser extraordinário e extracontratual³⁸.

Aplica-se a teoria da imprevisão, por sua vez, às hipóteses em que, no curso do contrato, sobrevêm eventos excepcionais e imprevisíveis que subvertem o equilíbrio econômico-financeiro do pacto. Segundo o mesmo autor, esta teoria se fundamenta no princípio da cláusula *rebus sic stantibus*, que estabelece o dever de cumprimento do contrato desde que mantido o cenário do momento em que o pacto foi ajustado³⁹.

É de se salientar mais que, o caso fortuito e a força maior, integrantes da álea extraordinária, são situações de fato que redundam na impossibilidade de cumprimento normal das obrigações contratuais, devido à imprevisibilidade e inevitabilidade a elas inerentes. O caso fortuito é representado por eventos da natureza, ao passo que a força maior decorre de evento humano.⁴⁰

Finalmente, os direitos e deveres dos usuários estão enumerados no art. 7º e no art. 7º - A da Lei 8.987/95:

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: I - receber serviço adequado; II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente; IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado; V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço; VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

Art. 7º- A. As concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal, são obrigadas a oferecer ao consumidor e ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento de seus débitos.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 176-177.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 176.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 231-232.

Compete aos usuários, mediante o pagamento de tarifa ou preço público, remunerar os serviços prestados pelo concessionário. Como forma de assegurar melhores preços aos usuários ou a concessão de isenções para determinados seguimentos de usuários, admite-se a estipulação em contrato de fontes de receitas alternativas, complementares ou provenientes de projetos auxiliares, bem como a concessão de subsídios por parte do poder público.

É essencial para a configuração do instituto da concessão que o concessionário seja remunerado mediante a exploração do serviço concedido, o que será feito basicamente, e não exclusivamente, mediante a cobrança de tarifas dos usuários⁴¹. Cabe ressaltar que as tarifas deverão ser revisadas nos termos da lei e do estipulado no edital e em contrato. Essas revisões devem ser feitas periodicamente de modo a assegurar a manutenção de justa remuneração, possibilitando a expansão e o melhoramento dos serviços⁴².

Ao dispor sobre as cláusulas essenciais do contrato de concessão, a Lei 8.987/95 autorizou o oferecimento de garantias, sem nada dispor acerca de suas modalidades e limites. Assim, aplica-se o disposto na Lei 8.666/93 que, no artigo 56 estabelece: ⁴³

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. §1o Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; II - seguro-garantia; III - fiança bancária. § 2o A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3o deste artigo. § 3o Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 632-633.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 377.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 106.

autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. § 4o A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente. § 5o Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

Ainda no que se refere às garantias, o contrato de concessão poderá autorizar a transferência do controle ou da administração temporária da concessionária aos financiadores e garantidores - com quem não mantenha vínculo societário direto -, como forma de promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, exigindo, para tanto, o atendimento às exigências de regularidade jurídica e fiscal. As concessionárias poderão oferecer em garantia aos financiadores os direitos decorrentes da concessão, desde que não seja comprometida a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço.

Nos contratos de mútuo a longo prazo, cujas obrigações ostentem vencimento médio superior a 5 (cinco) anos, destinados a investimentos relacionados ao contrato de concessão, as concessionárias poderão ceder ao mutuante parcela de seus créditos operacionais futuros, nos termos do estabelecido no art. 28-A da Lei 8.987/95.

Na concessão é admitida a transferência de encargos do concessionário por meio da subconcessão e da subcontratação. A subconcessão consiste em contrato administrativo, por meio do qual o concessionário – ora subconcedente – transfere ao subconcessionário parte dos direitos e obrigações inerentes ao objeto de concessão, nos limites fixados no contrato de subconcessão. Deve ser autorizada pelo Poder Público, prevista no contrato, e precedida de licitação na modalidade de concorrência. Não há relação direta entre o subconcessionário e o poder concedente, mas apenas entre aquele e o subconcedente.

Na subcontratação, por outro lado, o concessionário celebra com terceiros contratos para a realização de atividades inerentes, acessórias ou

complementares aos serviços concedidos, ou para a implementação de projetos associados. Não há relação alguma entre o terceiro e o poder concedente, estando esses contratos sujeitos às normas de direito privado e à legislação trabalhista, o que não afasta o dever de cumprimento das normas regulamentares referentes ao serviço concedido. A responsabilidade por eventuais danos causados na prestação do serviço ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, continuará sendo do concessionário.

É admitida a transferência da concessão e do controle acionário da concessionária, desde que haja a prévia anuência do poder concedente. Para tanto, o pretendente deverá atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, necessárias à assunção do serviço, e comprometer-se a cumprir integralmente o contrato em vigor. Enquanto que na transferência da concessão há substituição do concessionário por uma outra pessoa, distinta daquela que celebrou o contrato com o poder concedente, na transferência do controle acionário, há mera modificação de questões societárias.⁴⁴

Como já salientado, a concessão é formalizada mediante contrato por prazo determinado. O transcurso desse prazo representa a forma de extinção por excelência do contrato de concessão. Nada obstante, esses contratos também poderão ser extintos pela encampação; caducidade; rescisão; anulação; em decorrência da falência ou extinção da empresa concessionária.⁴⁵

Por encampação entende-se a retomada do serviço pelo Poder Público no decorrer da vigência do contrato de concessão, por motivos de interesse público, mediante lei autorizativa específica. A caducidade, por sua vez, representa a rescisão unilateral do contrato em decorrência do inadimplemento total ou parcial por parte do concessionário, nos termos do art. 38, §1º, da Lei 8.987/95. É determinado por meio de decreto e precedida de processo administrativo, em que será oportunizado o amplo exercício de seu direito de defesa.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 128-129.

⁴⁵ Segundo magistério de Hely Lopes Meirelles, as hipóteses de extinção contrato pela falência ou incapacidade do empresário individual, também prevista no art. 35 da Lei 8.987/95, aplica-se apenas às permissões. In: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 381.

Admite-se ainda a rescisão do contrato por iniciativa do concessionário, em razão do descumprimento pelo poder concedente de cláusulas contratuais, sendo necessário o ajuizamento de ação para este específico fim. Importante ressaltar que os serviços deverão continuar sendo prestados pelo concessionário até que haja o trânsito em julgado da decisão judicial.

Como consequência da extinção do contrato de concessão ocorre a reversão, que consiste na retomada por parte do Poder Público dos bens do concessionário necessários à prestação dos serviços concedidos. A reversão tem por escopo assegurar a continuidade da prestação dos serviços públicos, de extrema importância para a coletividade. Poderá ser gratuita, nos casos em que os bens tiverem sido amortizados no decorrer da exploração dos serviços concedidos, ou onerosa, mediante o pagamento de indenização ao concessionário pelos investimentos relacionados ainda não amortizados.⁴⁶

Revela-se adequada a discriminação em contrato dos bens que serão objetos de reversão, identificando de forma clara quais estão relacionados à prestação do serviço e quais integram o patrimônio privado do concessionário, bem como a forma em que será feita a reversão, se gratuita ou onerosa.⁴⁷

A realização de obra pública, como dito alhures, pode ser o objeto acessório ou autônomo da concessão. Enquanto no primeiro caso fala-se em concessão de serviço público precedida de obra pública, no segundo tem-se a concessão de obra pública. Por obra pública entende-se, nos termos da art. 2º da Lei 8.987/95, “a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público”.

A remuneração, assim como na concessão de serviços públicos, continua não podendo ser feita pelo poder concedente. A remuneração poderá ser feita mediante o pagamento, pelos beneficiários da obra, de contribuição de melhoria, pela exploração comercial da obra terminada – bem público – ou de um serviço público, hipótese em que se terá uma concessão de obra pública seguida da

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 675-678.

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 379-380.

prestação de um serviço público, passando o contrato a ter dois objetos⁴⁸. Nesses contratos é necessário, adicionalmente, “estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão”.

Analisados os normativos legais no que tange às características das concessões tradicionais, mister se faz a análise das PPP, de sorte a estabelecer as diferenças necessárias entre os institutos da concessão patrocinada e da concessão tradicional.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 145-146.

3 DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

As Parcerias Público-Privadas em sentido estrito (PPP) surgiram na Inglaterra, no começo da década de 90, como forma intermediária entre a privatização e a concessão de serviços públicos, tendo por objetivo estimular os investimentos nos setores públicos, sem que houvesse o comprometimento dos recursos do Estado. Essa modalidade de parceria foi utilizada em diversos países, assumindo formas distintas tendo em vista suas bases legais e culturais, bem como o regime jurídico ao qual se submetem.⁴⁹

As PPP consistem em ajustes firmados entre a Administração Pública e a iniciativa privada para a delegação da gestão de serviços públicos, precedidos ou não de obra pública, com o especial objetivo de viabilizar a criação de infra-estrutura pública. A Lei das PPP foi editada para tratar dos contratos de concessão em que existam desafios especiais de ordem financeira.⁵⁰

Conforme já mencionado, as PPP foram instituídas pela Lei 11.079 de 31 de dezembro de 2004 que, nos termos da mensagem de veto, estabeleceu normas gerais para licitação e contratação para essa modalidade de parceria, no âmbito da administração pública. Além de normas gerais, a lei também estabeleceu normas de aplicação específica à União, conforme disposto no Capítulo VI do mencionado Diploma.

Importante destacar que, não obstante as PPP serem usualmente associadas à idéia de realização de obras de infra-estrutura essencial e de grande porte, elas têm por objeto a prestação de serviços, que freqüentemente incluem a construção financiada de infra-estrutura necessária para a boa prestação das atividades contratadas. Portanto, a realização de infra-estrutura é o meio, e não o fim das PPP.⁵¹

⁴⁹ PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 20, p. 175-178, dez. 03.

⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29.

⁵¹ **Cartilha Parcerias Público-Privadas (PPP) no Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br>> Acesso em: 12 mar. 15.

É de se ressaltar que alguns Estados se anteciparam à edição da lei federal, e editaram leis próprias dispendo sobre a contratação de Parcerias Público-Privadas. O pioneiro foi o Estado de Minas Gerais – Lei 14.868, de 16.12.2003 – seguido por Santa Catarina – Lei 12.930, de 04.02.2004 – São Paulo – Lei 11.688, de 19.05.2004 – e Goiás – Lei 14.910, de 11.08.2004. Para que não padeçam de ilegalidade/inconstitucionalidade, é mister a adequação dessas normas à atual legislação federal sobre a matéria⁵².

As novas espécies de concessão submetem-se a um regime jurídico semelhante ao das concessões tradicionais, tendo sido expressamente determinada, no art. 3º, *caput* e §1º, a aplicação subsidiária da Lei 8.987/95. Por outro lado, o regime jurídico aplicável às concessões administrativa e patrocinada é essencialmente o mesmo, sujeitando-se a idênticos preceitos legais, exceto ao que se refere à matéria tarifária, face à inexistência de tarifa a ser paga pelos usuários nas concessões administrativas⁵³.

Nos termos do art. 2º da Lei 11.079/04, Parceria Público-Privada consiste em contrato administrativo de concessão nas modalidades administrativa ou patrocinada.

À semelhança das concessões tradicionais, as concessões patrocinadas têm por escopo a prestação de serviços públicos, precedida ou não de obra pública. É remunerada mediante o pagamento de tarifa por parte dos usuários, bem como por meio de contraprestação adicional do parceiro público.

A concessão administrativa, por sua vez, tem por escopo a prestação de serviços dos quais a Administração Pública será direta ou indiretamente usuária⁵⁴, mediante remuneração do Poder Público, sem a cobrança

⁵² PEREIRA, César A. Guimarães *et al.* **As leis estaduais de PPP: eficácia e aspectos relevantes.** Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI7096,71043-As+leis+estaduais+de+PPP+eficacia+e+aspectos+relevantes> >. Acesso em: 12 mar. 15.

⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas.** São Paulo: Malheiros, 2005, p. 27 e 37.

⁵⁴ Para Carlos Ari Sundfeld, didaticamente as concessões administrativas podem ser divididas em concessão administrativa de serviços públicos e concessão administrativa de serviços ao Estado, quando, respectivamente, tiver por objeto a prestação de serviços diretamente aos usuários e diretamente à Administração. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Guia das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas.** São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29-30.

de qualquer tarifa⁵⁵. Pode envolver execução de obra, fornecimento e instalação de bens, desde que, adicionalmente à delegação da execução material de uma atividade, haja a terceirização da gestão de um serviço público. Distingue-se, nesse ponto, do contrato de empreitada, previstos nos art. 6º, VIII e 10 da Lei 8.666/93, que tem por objeto a mera execução material de determinada atividade.

Conforme se depreende dos conceitos de concessão patrocinada e administrativa, nas Parcerias Público-Privadas a contraprestação do poder público é de natureza obrigatória. Para que seja iniciada essa remuneração, é necessário, conforme previsto no art. 7º, que o serviço objeto do contrato de parceria seja disponibilizado, total ou parcialmente. Até que seja implementada essa condição, portanto, o serviço será prestado às custas do parceiro privado, revelando-se de peculiar importância a existência de um financiador no projeto.

Com a alteração introduzida pela Lei nº 12.766/12, passou a ser admitido o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, desde que autorizado no edital de licitação e previsto nos contratos novos, ou, nos casos dos contratos celebrados até 8 de agosto de 2012, em lei específica. O aporte desses recursos, no entanto, quando realizado durante a fase dos investimentos a cargo do parceiro privado, deverá guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas.

Assim como nas concessões tradicionais, admite-se o estabelecimento de fontes complementares de receita que, além de poder favorecer a modicidade de tarifas, no caso das concessões patrocinadas, podem implicar na redução da contraprestação do poder público.⁵⁶

O valor pago pela Administração a título de remuneração poderá variar em razão do desempenho do ente privado, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade estipulados em contrato. Caberá ainda ao contrato estabelecer as formas de remuneração e atualização dos valores contratuais.

⁵⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 32-33.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 165 e 169.

É de se destacar que as PPP não podem ser utilizadas de maneira indiscriminada, revelando-se necessária à observância de algumas restrições. Os contratos devem ter valor superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais)⁵⁷, serem estipulados por período superior a cinco (cinco) e inferior a 35 (trinta e cinco) anos, não podem ter por objeto único o provimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a mera execução de obra pública, nem mesmo o exercício de atividades exclusivas do Estado⁵⁸.

A estipulação de um período mínimo e máximo para a prestação dos serviços objeto do contrato justifica-se pela necessidade de assegurar ao particular a amortização dos investimentos feitos e, ao mesmo tempo, permitir à Administração o pagamento, de forma gradual, pelos serviços prestados pela iniciativa privada. Além disso, ao determinar que o concessionário preste o serviço por determinado período, especialmente nos casos de execução de infra-estrutura, faz com que se submeta aos riscos de prejuízos econômicos decorrentes da má execução do contrato, desenvolvendo no concessionário interesse econômico pela boa qualidade da obra.

59

No que se refere ao período máximo para a exploração de serviço público, cabe ressaltar que devem ser consideradas as prorrogações, feitas nos termos do estipulado para as concessões tradicionais. Assim, nos casos em que o prazo estabelecido em contrato não for suficiente para a recuperação dos investimentos feitos pela iniciativa privada, poderá ser prorrogado até sejam

⁵⁷ Esse valor refere-se ao mínimo a ser investido pelo particular, e não ao montante a ser pago ao contratado durante a vigência do contrato. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Guia das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34 e 35

⁵⁸ Conforme posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, as PPPs foram legalmente apresentadas como modalidades de concessão de serviços públicos, de modo que, como tal, necessariamente devem ter por objeto a prestação de um serviço público, ainda que englobe outras atividades. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **As parcerias público-privadas (PPPs)**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>> Acesso em: 12 mar. 15.

⁵⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26, 34 e 35.

recuperados os investimento, ou subsistirá ao particular o direito de pleitear indenização por perdas e danos.⁶⁰

Tendo em vista que as PPP têm por escopo incentivar a iniciativa privada a investir em setores de interesse público originariamente pouco atrativos, face aos seus elevados custos, baixa rentabilidade ou necessidade de exploração por longo período, revela-se necessário, para o sucesso desse instituto, que o poder público convença os parceiros e financiadores privados das vantagens de seu investimento.⁶¹

Nada obstante a contraprestação necessária da Administração por si só representar uma garantia ao particular de aferição de receita, revela-se necessário o fornecimento de garantias do adimplemento integral das obrigações assumidas pelo poder concedente, bem como de sua eficiente execução nos casos de inadimplemento.⁶²

Para tanto, a lei das PPP instituiu um sistema bem organizado de garantias, que representou grande inovação tanto em relação às outras modalidades de parcerias existentes em nosso ordenamento jurídico, como em relação aos modelos previstos em legislações similares de outros países.⁶³

Além das garantias comuns aos contratos administrativos, prestadas pelo concessionário em benefício do poder concedente para assegurar a execução do contrato, previstas no art. 56, §1º, da Lei 8.666/93 – caução, seguro-garantia e fiança bancária - nas Parcerias Público-Privadas poderão ser oferecidas garantias pela Administração em favor do concessionário, e em favor do financiador ou entidade financiadora – responsável pelo custeio do projeto até a disponibilização

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 184-185.

⁶¹ PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 20, p. 173-196, dez. 03.

⁶² CASTRO, Décio Pio Borges de; MOURA, Marcelo Viveiros de. **A importância das garantias para o sucesso da parceria público privada (“PPP”)**. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI9749,91041-](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI9749,91041-A+importancia+das+garantias+para+o+sucesso+da+Parceria+Publico)

[A+importancia+das+garantias+para+o+sucesso+da+Parceria+Publico](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI15067,61044-Enfoque+juridico+na+administracao)>. Acesso em: 12 mar. 15.

⁶³ ENEI, José Virgílio; PONTES, Evandro. **Enfoque jurídico na administração do fundo garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI15067,61044-Enfoque+juridico+na+administracao>>. Acesso em: 12 mar. 15.

dos serviços, previstas na Lei 11.079/04, respectivamente, nos art. 8º e art. 5º, §2º, a serem especificadas no edital de licitação:

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal; II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; VI – outros mecanismos admitidos em lei.

Art. 5º [...]§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente: I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle ou a administração temporária da sociedade de propósito específico para os seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública; III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

Essas garantias devem ser compatíveis e proporcionais aos ônus e riscos envolvidos no contrato, estabelecidas nos limites fixados pelo art. 5º, VIII, da Lei 11.079/04, e especificadas no edital de licitação. Outros mecanismos poderão ser criados para garantir as obrigações da Administração, ajustando-se às peculiaridades do caso concreto. O rol de garantias previsto na Lei das PPPs, portanto, não é exaustivo⁶⁴.

No que se refere aos fundos especiais, conforme estabelecido no art. 71 da Lei 4.320/64, são representados pelo “produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços”. Podem

⁶⁴ CASTRO, Décio Pio Borges de; MOURA, Marcelo Viveiros de. **A importância das garantias para o sucesso da parceria público privada (“PPP”)**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI9749,91041-A+importancia+das+garantias+para+o+sucesso+da+Parceria+Publico>>. Acesso em: 12 mar. 15.

ser criados para garantir obrigações pecuniárias específicas de determinada PPP ou para garantir as PPPs de um modo geral⁶⁵.

Ainda em relação aos benefícios e garantias concedidos aos contratados, podemos destacar a atualização automática dos valores contratuais; a diversidade de formas de pagamento da contraprestação estatal; a estipulação contratual das penalidades aplicáveis à Administração Pública⁶⁶; e o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem.⁶⁷

Foi autorizada a instituição de uma nova entidade jurídica, constituída para o específico fim de assegurar o cumprimento das obrigações pecuniárias da Administração em contratos de PPP, nos termos dos arts. 18, § 1º e 21 da Lei 11.079/04. Trata-se do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP⁶⁸, criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União⁶⁹. Este fundo goza de personalidade jurídica de direito privado, e patrimônio próprio, no limite

⁶⁵ Cabe ressaltar, neste ponto, a existência de divergência doutrinária em relação à constitucionalidade da instituição de fundos especiais e da vinculação de receitas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 173-175. Nesse sentido também: HARADA, Kiyoshi. **Boletim de direito administrativo**, São Paulo n. 3, p. 308-315, mar. 05; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **As parcerias público-privadas (PPPs)**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>> Acesso em: 12 mar. 15.

⁶⁶ A lei, no art. 29, determinou a aplicação subsidiária do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa, da Lei no 10.028, de 19 de outubro de 2000 - Lei dos Crimes Fiscais, do Decreto-Lei no 201, de 27 de fevereiro de 1967, e da Lei no 1.079, de 10 de abril de 1950.

⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **As parcerias público-privadas (PPPs)**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>> Acesso em: 12 mar. 15.

⁶⁸ Alguns juristas sustentam a inconstitucionalidade do FGP em decorrência da ausência de lei complementar estabelecendo as condições para instituição e funcionamento de fundos, nos termos do art. 165, §9º, II. Nesse sentido: HARADA, Kiyoshi. **Boletim de direito administrativo**, São Paulo n. 3, p. 308-315, mar. 05; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **As parcerias público-privadas (PPPs)**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>> Acesso em: 12 mar. 15. Em sentido contrário: ENEL, José Virgílio; PONTES Evandro. **Enfoque jurídico na administração do fundo garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI15067,61044-Enfoque+juridico+na+administracao>>. Acesso em: 12 mar. 15.

⁶⁹ O Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas será gerido pelo Banco do Brasil. In: **Enfim nasceu. Depois de nove meses governo aprova a regulamentação do Fundo Garantidor das PPPs**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI16160,71043-Enfim+nasceu+Depois+de+nove+meses+governo+aprova+a+regulamentacao+do>>. Acesso em: 12 mar. 15.

global de até R\$ 6.000.000.000 (seis bilhões de reais), constituído pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, pela integralização das cotas da União, de seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e/ou suas empresas estatais dependentes, e pelos rendimentos obtidos com sua administração.⁷⁰

Os projetos de PPPs serão necessariamente implantados e geridos por uma sociedade de propósito específico (“SPE”), constituída previamente à celebração do contrato para esta específica finalidade. É vedado que a maioria do capital votante seja detida por órgãos da Administração Pública, sob pena de configurar entidade da Administração Indireta, ressalvadas as hipóteses em que essa maioria for obtida por instituição financeira controlada pela Administração Pública, em decorrência do inadimplemento de contratos de financiamento.

A lei autorizou a criação do Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal, posteriormente instituído e regulamentado pelo Decreto 5.385, de 04/03/2005. Trata-se de órgão gestor centralizado, a quem compete definir as prioridades, deliberar sobre a conveniência e oportunidade da execução dos serviços no regime de Parceria Público-Privada, disciplinar os procedimentos para a celebração dos contratos, aprovar os instrumentos convocatórios, além de outras atribuições elencadas no art. 3º do referido decreto.

Dentre as diretrizes que devem pautar a celebração de contratos de PPP, destaca-se a repartição objetiva dos riscos entre a Administração Pública e os investidores privados, incluindo as hipóteses de caso fortuito, força maior, fato do príncipe. Não existe na lei das PPP estipulação acerca dos critérios a serem utilizados, de modo que, dada à inexistência de uma divisão natural desses riscos, caberá ao contrato disciplinar o *modus operandi* desse compartilhamento.⁷¹

⁷⁰ A execução contra o FGP também está sujeita ao regime privado, não se aplicando aqui o disposto no art. 100, da CF/88, que estabelece a sujeição ao regime de precatórios para a execução de débitos de pessoas jurídicas de direito público. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Guia das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39.

O direito à repartição dos riscos, assim como à devida atualização dos valores contratados, é fundamental para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Embora a lei não reconheça de forma explícita esse direito, assim como nas concessões tradicionais, deve ser mantido esse equilíbrio, tanto em razão da aplicação subsidiária da Lei 8.987/95, como em decorrência dos princípios da equidade, razoabilidade, continuidade e indisponibilidade do interesse público.⁷²

Caberá também ao contrato deliberar sobre a forma de compartilhamento dos ganhos econômicos auferidos pelo particular em razão da redução dos riscos de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado. Uma vez beneficiado com encargos financeiros menores para a outorga do financiamento, o particular deverá repassar à Administração esses ganhos econômicos, mediante a redução proporcional do valor de sua proposta⁷³.

A contratação de PPP, assim como nas concessões tradicionais, será precedida de licitação, que poderá ser na modalidade de concorrência tradicional ou concorrência-pregão, sendo viáveis os critérios de julgamento da menor tarifa do serviço público, da menor contraprestação da Administração, adotados em conjunto ou isoladamente com o critério da melhor técnica. A abertura do processo licitatório é condicionada à autorização, mediante decreto, do órgão gestor. Deverá ser fundada em estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade do contrato; o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal; a submissão da minuta do edital e do contrato à consulta pública, dentre outras condições estabelecidas no art. 10 da Lei 11.079/04.

Finalmente, cabe ressaltar que a Lei 11.079/04 reforçou a idéia de responsabilidade fiscal. Além de reconhecê-la como condição para a abertura do processo licitatório, elevou essa exigência à categoria de diretriz a ser observada na celebração dos contratos de PPP. Demais disso, fixa, em seu art. 22, os limites específicos de endividamento estatal para com a contratação dessas parcerias.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 170-171.

⁷³ O compartilhamento dos ganhos econômicos representa vantagem oferecida ao parceiro público de difícil implementação. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **As parcerias público-privadas (PPPs)**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>>. Acesso em: 12 mar. 15.

Estas, portanto, as características legais e formais das Parcerias Público Privadas consideradas em seu sentido estrito.

4 A UTILIZAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

A iluminação pública é definida na Resolução Normativa nº 414, de 2010, precisamente no art. 2º, inciso XXXIX, como serviço público que tem por objetivo exclusivo prover de claridade os logradouros públicos, de forma periódica, contínua ou eventual.

Trata-se de serviço de natureza essencial - haja vista que destina-se à satisfação de necessidades básicas da coletividade como um todo, como segurança pública e organização do tráfego de pessoas e veículos, especialmente no período noturno ou em locais e períodos em que a luminosidade natural é insuficiente para garantir a visibilidade adequada - e complexo - que demanda a implantação, operação, manutenção e aprimoramento de infraestruturas de iluminação das vias e logradouros públicos.⁷⁴

O serviço de iluminação pública, por consistir em assunto de interesse local, integra as competências da municipalidade, podendo, ainda, ser custeado por contribuição instituídas pelos Municípios e o Distrito Federal, consoante se extrai dos arts. 30 e 149-A da Constituição Federal.

Ainda que a competência da municipalidade para a prestação do serviço de iluminação pública já pudesse ser inferida de normativos mais antigos - art. 8º do Decreto-Lei nº 3.763, de 25 de outubro de 1941⁷⁵; art. 1º, § 1º, do Decreto-Lei nº 5.764, de 19 de agosto de 1943⁷⁶; artigo 16, inciso II, alínea "b", da

⁷⁴ FILHO, Marçal Justen *et alii*. **Parcerias público privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 659.

⁷⁵ Art. 8º. O estabelecimento de redes de distribuição e o comércio de energia elétrica dependem exclusivamente de concessão ou autorização federal. Parágrafo único. Os fornecimentos de energia elétrica para serviços de iluminação pública, ou para quaisquer serviços públicos de caráter local explorados pelas municipalidades, serão regulados por contratos de fornecimentos entre estas e os concessionários ou contratantes, observado o disposto nos respectivos contratos de concessão ou de exploração, celebrados com o Governo Federal, para distribuição de energia elétrica na zona em que se encontrar o município interessado.

⁷⁶ Art. 1º. Enquanto não forem assinados os contratos a que se referem os arts. 202 do Código de Águas e 18 do decreto-lei n.º 852, de 11 de novembro de 1938, os direitos e as obrigações das empresas de energia elétrica, coletivas ou individuais, continuarão a ser regidos pelos contratos anteriormente celebrados, com as derrogações expressas na presente lei. § 1º A União substituirá automaticamente nesses contratos, desde a publicação desta lei, os Estados, o Distrito Federal, o Território do Acre e os municípios, salvo quanto as obrigações e pagamentos decorrentes do fornecimento de energia elétrica para iluminação e outros serviços públicos ou de natureza local.

Constituição Federal de 1967⁷⁷; e art. 114 da Resolução nº 456, de 29 de novembro de 2000⁷⁸ - esse serviço historicamente vinha sendo prestado pelas companhias de energia, que muitas das vezes eram as proprietárias das instalações, ou seja, das redes, postes, luminárias, reatores, etc.

Recentemente a ANEEL, por meio da Resolução nº 414 de 15/09/2010, ao regulamentar as questões atinentes ao fornecimento de energia elétrica, expressamente reconheceu a competência e a responsabilidade dos municípios pela iluminação pública, determinando que as distribuidoras transferissem, sem qualquer ônus, todo o sistema correspondente registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS - à pessoa jurídica de direito público competente, qual seja, o respectivo Município, observado o prazo limite de 31 de dezembro de 2014.⁷⁹

⁷⁷ Art. 16. A autonomia municipal será assegurada: (...) II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse, especialmente quanto: (...) b) à organização dos serviços públicos locais."

⁷⁸ Art. 114. A responsabilidade pelos serviços de elaboração de projeto, implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública é de pessoa jurídica de direito público ou por esta delegada mediante concessão ou autorização, podendo a concessionária prestar esses serviços mediante celebração de contrato específico para tal fim, ficando o consumidor responsável pelas despesas decorrentes.

⁷⁹ Resolução nº 414 de 15/09/2010, art. 218: "A distribuidora deve transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS à pessoa jurídica de direito público competente. § 1º A transferência à pessoa jurídica de direito público competente deve ser realizada sem ônus, observados os procedimentos técnicos e contábeis para a transferência estabelecidos em resolução específica. § 2º Até que as instalações de iluminação pública sejam transferidas, devem ser observadas as seguintes condições: I - o ponto de entrega se situará no bulbo da lâmpada; II – a distribuidora é responsável apenas pela execução e custeio dos serviços de operação e manutenção; e III - a tarifa aplicável ao fornecimento de energia elétrica para iluminação pública é a tarifa B4b. A distribuidora deve atender às solicitações da pessoa jurídica de direito público competente quanto ao estabelecimento de cronograma para transferência dos ativos, desde que observado o prazo limite de 31 de dezembro de 2014. § 4º Salvo hipótese prevista no § 3º, a distribuidora deve observar os seguintes prazos máximos: I – até 14 de março de 2011: elaboração de plano de repasse às pessoas jurídicas de direito público competente dos ativos referidos no caput e das minutas dos aditivos aos respectivos contratos de fornecimento de energia elétrica em vigor; II – até 1º de julho de 2012: encaminhamento da proposta da distribuidora à pessoa jurídica de direito público competente, com as respectivas minutas dos termos contratuais a serem firmados e com relatório detalhando o AIS, por município, e apresentando, se for o caso, o relatório que demonstre e comprove a constituição desses ativos com os Recursos Vinculados à Obrigações Vinculadas ao Serviço Público (Obrigações Especiais); III – até 1º de março de 2013: encaminhamento à ANEEL do relatório conclusivo do resultado das negociações, por município, e o seu cronograma de implementação; IV – até 1º de agosto de 2014: encaminhamento à ANEEL do relatório de acompanhamento da transferência de ativos, objeto das negociações, por município; V – 31 de dezembro de 2014: conclusão da transferência dos ativos; e VI – até 1º de março de 2015: encaminhamento à ANEEL do relatório final de transferência dos ativos, por município. § 5º A partir da transferência dos ativos ou do vencimento do prazo definido no inciso V do § 4º, em cada município, aplica-se integralmente o disposto na Seção X do Capítulo II, não ensejando quaisquer pleitos compensatórios relacionados ao equilíbrio econômico-financeiro, sem prejuízo das sanções cabíveis caso a transferência não tenha se realizado

Além da transferência dos ativos de iluminação pública para os seus efetivos titulares, que são os Municípios, por fazerem parte dos serviços de interesse local, podemos destacar como objetivo dessa determinação a renovação das redes de iluminação pública, de modo a aumentar a qualidade do serviço e reduzir custos, pensando ainda na preservação do meio ambiente.

Dentre as formas possíveis para se alcançar esse desiderato, destacam-se a substituição dos equipamentos que utilizam lâmpadas de vapor de mercúrio e vapor de sódio por tecnologia LED, que possibilita operar com grau de eficiência muito superior à tecnologia atualmente existente, proporcionando aumento de luminosidade, redução de consumo de energia elétrica e durabilidade das luminárias, além de agregar diversas funcionalidades à infraestrutura de iluminação pública, como controle de acionamento das lâmpadas, controle da intensidade da luminosidade e acesso em tempo real às condições da rede para correção de eventuais defeitos.⁸⁰

Nesse contexto, em vista da perspectiva dos Municípios assumirem a gestão do serviço de iluminação pública, passando a se preocupar diretamente com a modernização, expansão, operação, otimização e manutenção das respectivas redes de infraestrutura, a concessão à iniciativa privada, como alternativa à prestação direta desses serviços, tornou-se especialmente interessante, diante dos expressivos investimentos e conhecimentos técnicos específicos necessários para essa empreitada.

Conforme salientado alhures, as concessões tradicional, patrocinada e administrativa representam espécies do gênero concessão de serviços públicos, previsto no artigo 175 da Constituição da República. Apesar dessas espécies de concessão sujeitarem-se a regime jurídico semelhante, aplicando-se-lhes

por motivos de responsabilidade da distribuidora. § 6º A distribuidora deve encaminhar a ANEEL, como parte da solicitação de anuência de transferência dos ativos de iluminação pública, por município, o termo de responsabilidade em que declara que o sistema de iluminação pública está em condições de operação e em conformidade com as normas e padrões disponibilizados pela distribuidora e pelos órgãos oficiais competentes, observado também o disposto no Contrato de Fornecimento de Energia Elétrica acordado entre a distribuidora e o Poder Público Municipal, conforme Anexo VIII. § 7º A distribuidora deve atender às solicitações da pessoa jurídica de direito público competente acerca da entrega dos dados sobre o sistema de iluminação pública” (Redação dada pela Resolução Normativa ANEEL nº 587, de 10.12.2013)

⁸⁰ FILHO, Marçal Justen *et alii*. **Parcerias público privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 662.

subsidiariamente o disposto na Lei 8.987/95, se distinguem entre si, inclusive quanto ao regime remuneratório ao qual estão submetidas, sendo de mister verificar qual das espécies de concessão melhor se amolda ao caso da iluminação pública.

Nessa perspectiva, é fundamental que se analise os objetivos da Lei 11.079/04; e que se verifique o que o legislador pretendeu com a criação desse novo instituto.

Como visto, a Lei das PPP surgiu como um complemento normativo à legislação até então vigente para criar meios eficazes para atrair o capital privado, permitindo maiores investimentos em atividades tradicionalmente afeitas ao setor público.⁸¹

Assim como as concessões de serviços públicos tradicionais, as PPP representam forma alternativa ao financiamento dos serviços públicos, face ao esgotamento da capacidade de investimento e do endividamento do setor público. Ocorre que, sob o regime das concessões regulamentadas pela Lei 8.987/95, ainda subsistiam obstáculos para a realização de investimentos em setores como o de infra-estrutura, em decorrência das dificuldades de auto-sustentação dos empreendimentos objetos desses contratos.⁸²

Ainda que teoricamente as PPP possam ser utilizadas para qualquer área de atividade governamental, foram desenvolvidas para aquelas que não oferecem retorno econômico suficiente para as concessões tradicionais.⁸³

Sob a ótica do parceiro privado, portanto, as PPP serão adequadas nos casos em que a receita advinda do pagamento de tarifa não se revelar suficiente para remunerar o particular pelos serviços prestados e investimentos realizados, ou nas hipóteses em que essas atividades não admitirem o estabelecimento de tarifa,

⁸¹ POLTRONIERI, Renato. **Segurança jurídica e a instituição das Parcerias Público-Privadas**. <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=9053>. Acesso em: 12 mar. 15.

⁸² PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 20, p. 184-185, dez. 03.

⁸³ **Cartilha Parcerias Público-Privadas (PPP) no Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br>> Acesso em: 12 mar. 15.

revelando-se necessária a remuneração da Administração, de forma complementar ou exclusiva.⁸⁴

Têm-se, portanto, a ampliação do rol de atividades delegáveis à iniciativa privada, viabilizando e fomentando investimentos em setores em que os empreendimentos não sejam capazes de se auto-remunerarem, ainda que tenham sido adicionadas fontes de receitas alternativas.

Os investidores privados são movidos pela busca em auferir lucro, por isso, caberá à Administração criar condições que assegurem a rentabilidade dos investimentos privados, tornando-os atraentes ao particular.⁸⁵ Para isso, além da contraprestação necessária da Administração - de forma exclusiva na concessão administrativa e complementar na concessão patrocinada - a lei das PPP inova no que se refere às garantias e ao compartilhamento dos riscos, que se prestam a assegurar o retorno financeiro para o investidor privado, conforme peticado no capítulo anterior, fundamentais para que o particular tenha segurança em investir⁸⁶.

E tendo em vista que o contrato será desempenhado ao longo de extenso período, a Lei das PPP criou ainda um sistema bem organizado de garantias contra eventual inadimplência do Governo, assegurando o cumprimento dos compromissos financeiros de longo prazo estabelecidos entre Estado e contratado, superando insuficiência da legislação anterior^{87 88}.

Nos termos do art. 3 do Decreto 5.385, de 04 de março de 2005, caberá ao Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal definir os serviços prioritários para execução no regime de parcerias público-privadas, bem como estabelecer os critérios para subsidiar a análise da conveniência e oportunidade de

⁸⁴ PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 20, p. 188, dez. 03.

⁸⁵ PACHECO, João Marcelo Gonçalves. **Por que uma PPP e não uma concessão comum?** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI9717,61044-Por+que+uma+PPP+e+nao+uma+concessao+comum>>. Acesso em: 12 mar. 15.

⁸⁶ POLTRONIERI, Renato. **Segurança jurídica e a instituição das Parcerias Público-Privadas.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI9053,61044-Seguranca+juridica+e+a+instituicao+das+Parcerias+PublicoPrivadas>>. Acesso em: 12 mar. 15.

⁸⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas.** São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23-24.

⁸⁸ **Cartilha Parcerias Público-Privadas (PPP) no Estado de Minas Gerais.** Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br>> Acesso em: 12 mar. 15.

contratação sob esse regime. Trata-se de órgão formado por representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Ministério da Fazenda e da Casa Civil da Presidência da República, contando ainda com um Grupo Executivo, uma Comissão Técnica e uma Secretaria-Executiva para auxiliar o desempenho de suas competências.

Ao deliberar sobre a contratação de PPP, o órgão gestor deverá instruir o expediente com pronunciamento prévio e fundamentado do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sobre o mérito do projeto; e do Ministério da Fazenda quanto à viabilidade da concessão da garantia e à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento dos limites previstos na Lei 11.079/2004.

Cabe mencionar que uma das condições estabelecidas no art. 10 da Lei 11.079/04 para a abertura do processo licitatório consiste justamente na autorização da autoridade competente, que dependerá de fundamentação baseada em estudo técnico demonstrando “a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada”.

Inexistem definições pré-estabelecidas acerca das hipóteses em que serão utilizadas as PPP, a lei apenas impõe alguns mecanismos como forma de restringir as contratações por via da Lei 11.079/04. Essas limitações referem-se à duração do contrato, ao valor mínimo a ser investido e ao objeto que, nos termos do art. 2º, §4º, não podem ser exclusivamente o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Também devem ser observadas as exigências de responsabilidade fiscal, reforçadas na lei das PPP. Conforme determinado no art. 22 da Lei 11.079/04, a União somente poderá contratar parcerias público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas, não tiver excedido, no ano anterior, 1% da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Caberá à Administração definir as hipóteses em que serão utilizadas as PPP. Revela-se fundamental, nesse contexto, a definição das necessidades estratégicas.⁸⁹

Para justificar a utilização das PPP, e a concessão de todas suas vantagens e garantias, é fundamental que o seu uso efetivamente proporcione ao setor público expressiva economia ou ganho de eficiência, impossíveis de serem obtidos por outros meios. As PPP, portanto, devem ser utilizadas como última opção, sob pena de se tornarem a única opção aceitável pelos investidores privados, ou ainda permitir que sejam utilizadas apenas para deslocar gastos presentes para uma necessidade de desembolsos futuros.⁹⁰

A ideia de PPP geralmente está associada à implementação de projetos urgentes e essenciais que, tendo em vista a escassez de recursos públicos ou deficiências técnicas, não podem ser desempenhados de forma adequada ou em tempo hábil.⁹¹

As PPP não podem ser empregadas de maneira indiscriminada pela Administração. Devem ser precedidas da análise comparativa entre os custos e benefícios definidos para um projeto realizado através de PPP, e para as outras alternativas de contratação tradicionalmente utilizadas pela Administração Pública para prestar o mesmo serviço. As PPP devem representar, para a Administração, o meio de contratação mais interessante sob o ponto de vista técnico ou econômico.⁹²

⁸⁹ PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 20, p. 183, dez. 03.

⁹⁰ PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 20, p. 181, dez. 03.

⁹¹ PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 20, p. 183-186, dez. 03.

⁹² PAIVA, Carlos Magno de Souza. **Em defesa da Lei 11.079/04 - Lei das PPPs**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI22319,21048-Em+defesa+da+lei+1107904+Lei+das+PPPs>>. Acesso em: 12 mar. 15.

As PPP são negócios complexos, envolvem diversas variáveis que devem ser estabelecidas em contrato, como a determinação do objeto, a identificação dos riscos e sua atribuição às partes.⁹³

Importante considerar, ainda em relação à adequação da utilização das PPP, os riscos de comprometimento irresponsável dos recursos públicos futuros, pela assunção de compromissos impagáveis ou pela escolha de projetos não prioritários; de comprometimento da Administração com contratações de longo prazo mal-planejadas e estruturadas, ensejando em desperdício de recursos.⁹⁴

As PPP, portanto, devem propiciar vantagens para o Governo, para os investidores e para a sociedade como um todo. Ao mesmo tempo em que ampliam a atuação do particular, viabilizando investimentos privados em áreas sem potencial de retorno econômico mas de interesse social, tornado-as negócios lucrativos mediante a garantia de remuneração; beneficiam a sociedade como um todo, possibilitando maiores investimentos em serviços públicos e infra-estrutura, além de ganhos de eficiência e universalização dos serviços.⁹⁵

E diante de tudo que foi exposto acima e nos capítulos anteriores, os serviços de iluminação pública enquadram-se com perfeição às hipóteses das Parcerias Público Privada e, mais especificamente, das concessões administrativas, pois reúnem os requisitos legais do modelo, valendo frisar que: (i) têm por escopo a prestação de serviços dos quais a Administração será usuária indireta, mediante remuneração exclusiva do Poder Público, sem a cobrança de pagamento de qualquer tarifa pelos usuários; (ii) envolve a execução de obra, fornecimento e instalação de bens, a delegação da execução material de uma atividade, bem como a terceirização da gestão de um serviço público; (iii) viabiliza a criação e aperfeiçoamento de infra-estrutura pública essencial e de grande porte; e (iv) demanda a existência de um sistema bem organizado de garantias, incluindo a repartição objetiva dos riscos entre a Administração Pública e os investidores privados, incluindo as hipóteses de caso fortuito, força maior, fato do príncipe.

⁹³ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25.

⁹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25.

⁹⁵ **Cartilha Parcerias Público-Privadas (PPP) no Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br>> Acesso em: 12 mar. 15.

Vale lembrar, os serviços de iluminação pública não podem ser individualizados diante de sua natureza *uti universi*, de modo que seu destinatário final e beneficiário efetivo é a coletividade como um todo.

Em consonância com os arts. 145, inciso II e 149-A da Constituição Federal, e diante das peculiaridades dos serviços, consoante esclarecido por meio da edição da Súmula 670 do STF, "o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante tarifa"; de outro modo, pode ser remunerado por meio de contribuição para custeio da iluminação pública, que poderá ser cobrada na própria fatura de consumo de energia elétrica.

E diante da impossibilidade desses serviços serem remunerados por tarifa, e, assim, se auto-remunerarem, ainda que parcialmente, vê-se que as concessões tradicionais e patrocinadas não se configuram em boas alternativas à prestação direta desses serviços. Nos serviços de iluminação pública a contraprestação da Administração é não só necessária como representa a forma exclusiva de remuneração.

A utilização da concessão administrativa para delegação do serviço de iluminação pública também está relacionada à expressividade dos investimentos iniciais necessários. Isso porque a configuração econômico-financeira típica dos contratos de PPP é a que melhor resguardará os interesses do investidor privado, viabilizando, assim a sua participação, por meio da realização do expressivo investimento necessário à modernização e otimização da infraestrutura existente, essencial diante da carência de recursos públicos para o investimento inicial.

O modelo pressupõe que o concessionário privado deve fazer um investimento inicial significativo, mas terá a garantia de exclusividade na exploração da infraestrutura e do respectivo serviço por período de tempo longo o suficiente para assegurar a amortização do investimento e o lucro e, ao mesmo tempo, permitir à Administração o pagamento, de forma gradual, pelos serviços prestados pela iniciativa privada:

"Diante da carência de recursos do parceiro público, será exigido do parceiro privado um investimento inicial significativo. Por outro lado, em contrapartida, o parceiro privado terá a garantia de ser

remunerado por meio de subsídios pagos integralmente pelo parceiro público ao longo do prazo contratual."⁹⁶

Além disso, ao determinar que o concessionário preste o serviço por determinado período, especialmente nos casos de execução de infraestrutura, faz com que se submeta aos riscos de prejuízos econômicos decorrentes da má execução do contrato, desenvolvendo no concessionário interesse econômico pela boa qualidade da obra.

Assim, a delegação do serviço pelo modelo da PPP, na modalidade de concessão administrativa é a que mais se adéqua ao caso em tela desde que, é claro, sejam respeitadas as restrições constantes do § 4º do art. 2º da Lei 11.079/04, quais sejam: os contratos devem ter valor superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais)⁹⁷; devem ser estipulados por período superior a cinco (cinco) e inferior a 35 (trinta e cinco) anos; e não podem ter por objeto único o provimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a mera execução de obra pública, nem mesmo o exercício de atividades exclusivas do Estado.

⁹⁶ FILHO, Marçal Justen *ET ALII*. **Parcerias público privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 670.

⁹⁷ Esse valor refere-se ao mínimo a ser investido pelo particular, e não ao montante a ser pago ao contratado durante a vigência do contrato. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia das Parcerias Público-Privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34 e 35

CONCLUSÃO

Ao final do estudo proposto, “distinções entre as concessões tradicional, administrativa e patrocinada e o caso da iluminação pública”, agora de posse dos subsídios legais e teóricos, não há como concluir de forma diversa, segundo a perspectiva que firmamos de que, nada obstante a semelhança entre os institutos, a Parceria Público Privada - PPP, na modalidade de concessão administrativa, é a que melhor se amolda ao caso da iluminação pública.

A conclusão decorreu do que se pôde perceber a partir de todas as análises levadas a efeito no desenvolvimento do trabalho, desde a evolução histórica da atuação estatal, onde foi possível a apreciação do fenômeno da privatização em suas diversas formas, e a conseqüente descentralização na prestação dos serviços públicos, especialmente a fim de propiciar melhor entendimento acerca do contexto em que surgiram as PPP, essencial a uma melhor inteligibilidade dos objetivos buscados com a criação dessa nova modalidade de parceria.

Firmou mais o nosso entendimento ora exposto a análise das concessões tradicionais, bem como os aspectos gerais previstos na Lei 8.987/95, ao lado da apreciação legal dos aspectos pertinentes às PPP, nos termos do que normatizou a Lei 11.079/04. A doutrina, por seu turno, complementou o entendimento que se foi consolidando, especialmente quando avaliados os riscos assumidos pelo concessionário no contexto da prestação dos serviços concedidos.

Na apreciação das PPP, a partir do estudo dos dispositivos da Lei 11.079/04, e com base em entendimentos doutrinários, na tentativa de mostrar algumas das inovações proporcionadas com esse Diploma, não há como deixar de reconhecer as semelhanças entre as espécies de concessão, o que pode conduzir ao entendimento, no nosso ponto de vista equivocado, que uma pudesse ser substituída pela outra.

Entretanto, vimos que, ainda que as PPP possam, em tese, ser utilizadas para qualquer área de atividade governamental, não podem ser empregadas de maneira indiscriminada. As PPP estão associadas à realização de

investimentos em setores de infra-estrutura e à implementação de projetos urgentes e essenciais, devendo ser utilizadas como última opção, quando o seu uso efetivamente proporcionar ao setor público expressiva economia ou ganho de eficiência, diante das necessidades estratégicas definidas pela Administração, ou, ainda, quando não puderem ser desempenhados de forma adequada ou em tempo hábil pelas outras formas de contratação à disposição da Administração Pública.

De posse das distinções necessárias entre as concessões, através dos conceitos próprios de cada espécie, das condições legais que se lhe aplicam, e, assim também, das peculiaridades atinentes aos serviços de iluminação pública, chegamos ao desiderato do trabalho, demonstrando que a PPP, na modalidade concessão administrativa, representa o meio de contratação mais interessante para a delegação da prestação dos serviços de iluminação pública, os quais, apesar das dificuldades de auto-sustentação, especialmente em razão da impossibilidade de serem remunerados por tarifa, ostentam elevado interesse social.

Por meio da delegação desses serviços à iniciativa privada, via concessão administrativa, esperamos que maiores investimentos sejam realizados nesse setor de infraestrutura, proporcionando ganhos de eficiência, aperfeiçoamento e universalização dos serviços de iluminação pública, beneficiando a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

Cartilha Parcerias Público-Privadas (PPP) no Estado de Minas Gerais.

Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br>> Acesso em: 12 mar. 15.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CASTRO, Décio Pio Borges de; MOURA, Marcelo Viveiros de. **A importância das garantias para o sucesso da parceria público privada (“PPP”)**. Disponível em: <

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI9749,91041->

[A+importancia+das+garantias+para+o+sucesso+da+Parceria+Publico](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI9749,91041-A+importancia+das+garantias+para+o+sucesso+da+Parceria+Publico)>. Acesso em: 12 mar. 15.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ENEI, José Virgílio; PONTES, Evandro. **Enfoque jurídico na administração do fundo garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP**. Disponível em: <

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI15067,61044->

[Enfoque+juridico+na+administracao](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI15067,61044-Enfoque+juridico+na+administracao) >. Acesso em: 12 mar. 15.

Enfim nasceu. Depois de nove meses governo aprova a regulamentação do

Fundo Garantidor das PPPs. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI16160,71043->

[Enfim+nasceu+Depois+de+nove+meses+governo+aprova+a+regulamentacao+do](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI16160,71043-Enfim+nasceu+Depois+de+nove+meses+governo+aprova+a+regulamentacao+do)

. Acesso em: 12 mar. 15.

FILHO, Marçal Justen *et alii*. **Parcerias público privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **As parcerias público-privadas (PPPs)**. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=20266> Acesso em: 12 mar. 15

PACHECO, João Marcelo Gonçalves. **Por que uma PPP e não uma concessão comum?** Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=9717>. Acesso em: 12 mar. 15.

PAIVA, Carlos Magno de Souza. **Em defesa da Lei 11.079/04 - Lei das PPPs**. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=22319>. Acesso em: 12 mar. 15.

PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 20, dez. 03.

PEREIRA, César A. Guimarães *et al.* **As leis estaduais de PPP: eficácia e aspectos relevantes**. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=7096>. Acesso em: 12 mar. 15.

POLTRONIERI, Renato. **Precisa-se de novo marco regulatório para as licitações?** Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra_noticias_articuladas.aspx?op=true&cod=4414>. Acesso em: 12 mar. 15.

_____. **Segurança jurídica e a instituição das Parcerias Público-Privadas.**
<http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=9053>.
Acesso em: 12 mar. 15.

STUBER, Walter Douglas. **As novas regras da comissão de valores mobiliários sobre as entidades de propósito específico.** Disponível em:
<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI7099,11049-As+novas+regras+da+Comissao+de+Valores+Mobiliarios+sobre+as+Entidades>>.
Acesso em: 12 mar. 15.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Parceria público-privada. **Informativo Jurídico CONSULEX**, Brasília, Ano XVIII, nº 21, 24.05.04.