

O arcabouço normativo das Parcerias Público-Privadas no Brasil

Carlos Ari Sundfeld

1. CONCEITOS AMPLO E ESTRITO DE PPP

Surgiu, em 30 de dezembro de 2004, a Lei de parcerias público-privadas - PPP (Lei Federal nº 11.079). Sobre o assunto antes já vinham sendo editadas leis estaduais, como as dos Estados de Minas Gerais (nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003) e São Paulo (nº 11.688, de 19 de maio de 2004) e várias outras.

Em face da legislação brasileira vigente, a expressão pode ser usada juridicamente de duas formas paralelas.

Em sentido amplo, parcerias público-privada são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral. Neste sentido, as parcerias se distinguem dos contratos que, embora também envolvendo Estado e particulares, ou não geram relação contínua ou não criam interesses comuns juridicamente relevantes (ex.: a simples venda, pelo menor preço, de bem dominical sem utilidade para a Administração). Nos contratos que, ao contrário, criem tais interesses e cuja execução se prolonga no tempo, surge o desafio de disciplinar a convivência entre os contratantes e de definir como se partilham as contribuições e responsabilidades para o atingimento dos objetivos, bem assim os riscos decorrentes do empreendimento.

Esse amplo espectro de parcerias inclui contratos muito conhecidos, como a **concessão de serviço público** regida pela lei nº 8.987, de 1995 (Lei de Concessões – LC) – que encarrega o particular de gerir lucrativamente um empreendimento público, sob a regulação estatal – e os mais recentes **contratos de gestão** com Organizações Sociais (OS) e **termos de parceria** com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Pode-se mencionar também os diversos mecanismos, contratuais ou não, que viabilizam o **uso privado de bem público**, de forma onerosa ou gratuita, em atividade com alguma relevância social (instalação de nova indústria ou de escola comunitária, uso de marca de universidade pública por entidade de professores para venda de serviços de consultoria, etc.). Há o caso dos particulares que, por altruísmo ou por questões de imagem, assumem graciosamente encargos públicos. Há ainda os empresários que trocam benefícios tributários por compromissos de investimento. As variantes são quase infinitas.

Carlos Ari Sundfeld é Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público, Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e coordenador de sua especialização em Direito Administrativo. Professor Doutor da Faculdade e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado e Mestrado) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pela qual é Doutor e Mestre em Direito.

"As novas leis de PPP têm por objetivo complementar a legislação para viabilizar contratos específicos que, embora interessantes para a Administração, ainda não podiam ser feitos, e isso ou por insuficiência normativa ou por proibição legal."

A base legal dessas múltiplas parcerias não está na Lei PPP, mas na legislação que pouco a pouco as organizou, especialmente a partir dos anos 1990. Possivelmente a mais conhecida delas é a Lei de Concessão. Trata-se inegavelmente de uma lei de parceria, em sentido amplo. E isso não só por disciplinar um arranjo clássico que faz sentido lógico chamar de parceria, como também – e especialmente – por haver sido concebida sob o impacto das idéias e soluções que internacionalmente foram associadas à expressão PPP. Mas não é só. A farta legislação setorial, em áreas vitais como telecomunicações, energia, petróleo e gás, portos, ferrovias, etc., que foi surgindo depois que a Lei de Portos (nº 8.630, de 1993) iniciou a tendência, também está totalmente embebida dessas idéias e soluções. Esses exemplos de parcerias são os que envolvem serviços públicos econômicos. Mas, se pensamos nos serviços sociais, teremos as leis sobre OS (Lei Federal nº 9.637, de 1998) e OSCIP (Lei Federal nº 9.790, de 1999). Para as parcerias destinadas a implantar empreendimentos urbanísticos, temos o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257, de 2001), regulando operações urbanas consorciadas e outros mecanismos.

Toda essa legislação tem um sentido geral comum – que é o de viabilizar a gestão não-exclusivamente estatal dos interesses públicos – e adota orientações normativas que se repetem – e são de algum modo contrárias a tendências legislativas anteriores.

As novas leis de PPP têm por objetivo complementar a legislação para viabilizar **contratos específicos** que, embora interessantes para a Administração, ainda não podiam ser feitos, e isso ou por insuficiência normativa ou por proibição legal. A Lei PPP (isto é, a Lei Federal nº 11.079) teve, então, o limitado escopo de instituir justamente as regras faltantes. E o que faltava?

Em primeiro lugar, normas disciplinando o oferecimento, pelo concedente a concessionários de serviço ou de obra pública, de garantia de pagamento de adicional de tarifa. É verdade que, no regime da Lei de Concessão, já era viável que, além das tarifas cobradas dos usuários, o concessionário tivesse outras fontes de receita, inclusive adicionais pagos pela Administração. Mas, se esses contratos já eram juridicamente possíveis, sua viabilidade prática estava dependendo da criação de um adequado sistema de garantias, que protegesse o concessionário contra o inadimplemento do concedente.

Pois bem, para criar esse sistema, a Lei PPP deu um nome próprio, o de **concessões patrocinadas**, às concessões de serviço público (incluindo as de exploração de obra pública) que envolvam o pagamento de adicional de tarifa pela Administração. As concessões patrocinadas não são algo novo, pois já existiam juridicamente. Novo é o nome, criado só para facilitar a comunicação. Assim, em virtude da Lei PPP, as já conhecidas concessões de serviço da Lei de Concessão foram divididas em dois grupos: as **patrocinadas**, em que há adicional de tarifa, e as **comuns**, em que não há. Por certo, além do nome, há regras novas aplicáveis à espécie concessão patrocinada, sobretudo para viabilizar as garantias, como veremos adiante.

Em segundo lugar, era preciso criar condições jurídicas para a celebração de **outros contratos** em que, à semelhança das concessões tradicionais, os particulares assumissem os encargos de investir e de implantar infra-estrutura estatal e depois de mantê-la, fazendo-a cumprir seus fins, sendo remunerado em prazo longo. Era necessário, em suma, permitir a aplicação da lógica econômico-contratual da concessão tradicional a **outros objetos** que não a exploração de serviços públicos econômicos (como são os serviços de água e esgoto, a distribuição de energia, a telefonia fixa, etc.).

Afinal, por que não usá-la em **serviços administrativos em geral**, isto é, os serviços de infra-estrutura penitenciária, policial, educacional, sanitária, judiciária, etc. ou mesmo os decorrentes da separação de etapas ou partes dos próprios serviços públicos econômicos (a implantação e gestão de uma estação de tratamento de esgotos para uma empresa estatal de saneamento básico ou de um sistema de arrecadação automatizada para uma empresa estatal de transportes coletivos, p.ex.)? Para tais fins, a Lei PPP criou a **concessão administrativa**, que copia da concessão tradicional a lógica econômico-contratual (obrigação de investimento inicial, estabilidade do contrato e vigência por longo prazo para permitir a recuperação do capital, remuneração vinculada a resultados, flexibilidade na escolha de meios para atingir os fins previstos no contrato, etc.), e aproveita da concessão patrocinada as regras destinadas à viabilização das garantias.

Desse modo, é evidente que a Lei PPP não é uma lei geral de parcerias, e sim uma lei sobre duas de suas espécies: a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Portanto, **especificamente para a disciplina dessa lei**, PPP são esses dois contratos, e nada mais. Surgiu, assim, a parceria público-privada em sentido estrito.

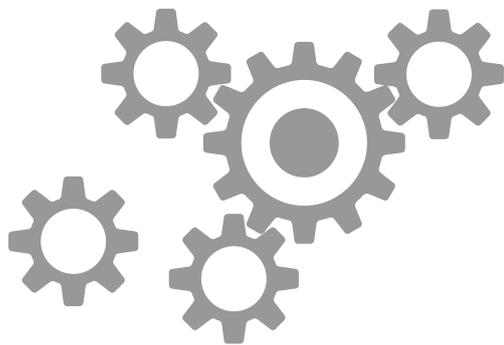
Estão esclarecidas quais são as duas formas paralelas em que a expressão parceria público-privada pode ser usada juridicamente no Brasil. Em **sentido amplo**, PPP são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral (concessões comuns, patrocinadas e administrativas; concessões e ajustes setoriais; contratos de gestão com organizações sociais; termos de parcerias com OSCIPs etc.). Seu regime jurídico está disciplinado nas várias leis específicas. Em **sentido estrito**, PPP são os vínculos negociais que adotem a forma de concessão patrocinada e de concessão administrativa, tal qual definidas pela Lei Federal nº 11.079, de 2004. Apenas esses contratos sujeitam-se ao regime criado por essa lei.

2. ASPECTOS GERAIS DA LEI PPP

A característica central das concessões administrativa e patrocinada que motivou a nova disciplina legal é a de gerar compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo. Como o concessionário fará investimentos logo no início da execução e será remunerado posteriormente, dois objetivos se põem: tanto impedir que o administrador presente comprometa irresponsavelmente recursos públicos futuros, como oferecer garantias que convençam o particular a investir.

A concessão patrocinada já era viável anteriormente, pois adicionais de tarifa podiam ser pagos como receita complementar (LC, art. 11). Cuidados de responsabilidade fiscal na assunção desses compromissos financeiros já eram devidos (CF, art. 167; Lei nº 4.320/64; e Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101, de 2000). O que fez a Lei PPP foi reafirmar essas exigências (art. 10) e criar limites específicos para as despesas com contratos de PPP (arts. 22 e 28). O objetivo claro é reforçar a responsabilidade fiscal (Lei PPP, art. 4º, IV).

Já a concessão administrativa não existia. A obtenção de serviços pela Administração só era viável por meio do **contrato administrativo de serviços** da Lei de Licitações, no seguinte regime: a Administração define prévia e exaustivamente o modo como o serviço será prestado (LL, art. 7º, § 2º, I e II); deve haver pagamento mensal, correspondente ao custo das prestações executadas no período (LL, art. 7º, § 2º, III e art. 40, XIV, *a*); as parcelas do preço são calculadas em função da tarefa executada, não do resultado final alcançado (LL, art. 7º, § 2º, II e art. 40, XIII); o contratado não pode financiar a operação (LL, art. 7º, § 3º); nos serviços contínuos, o prazo original máximo da contratação é de um ano, prorrogável até o limite de cinco anos (LL, art. 57, *caput* e inc. II).



A concessão administrativa é uma nova fórmula contratual para a Administração obter serviços (Lei PPP, art. 2º, § 1º). Embora a Administração defina o objeto e modo de prestação do serviço, não precisa fazê-lo exaustivamente, podendo deixar liberdade quanto ao detalhamento e aos meios a empregar (Lei PPP, art. 3º, *caput*, c/c LC, art. 25; v. também as razões de veto ao art. 11, II, da Lei PPP). O contratado fará investimentos, no mínimo de R\$20 milhões (art. 2º, § 4º, I). A remuneração dependerá da fruibilidade dos resultados (art. 6º, parágrafo único e art. 7º), não derivando automaticamente da execução da prestação (arts. 4º, VI e 5º, III). O serviço será prestado no mínimo por 5 anos (art. 2º, § 4º, II e art. 5º, I) e no máximo por 35 anos (art. 5º, I).

Portanto, a criação dessa nova fórmula contratual – a concessão administrativa – viabilizou um arranjo para a obtenção de serviços para o Estado antes impossível: aquele em que o particular **investe financeiramente na criação da infra-estrutura** pública necessária à existência do serviço *e ajuda a concebê-la*.

Por fim, a Lei PPP superou uma insuficiência da legislação anterior: a falta de um sistema bem organizado de garantia dos compromissos financeiros de longo prazo do Estado com o contratado. A Lei PPP não só afirmou a licitude dessas garantias (art. 8º), como concebeu uma entidade jurídica nova para esse fim: o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP (art. 16).

No entanto, deve-se ter em conta que todo instrumento novo pode ser mal usado pela máquina estatal brasileira, que tem sérios problemas de controle, apesar de todos os inegáveis avanços dos últimos anos. Especificamente em relação às parcerias em sentido estrito, alguns riscos devem ser apontados.

O primeiro é o **comprometimento irresponsável de recursos públicos futuros**, seja pela assunção de compromissos impagáveis, seja pela escolha de projetos não prioritários. A Lei PPP atentou para isso, quando fez rígidas exigências de responsabilidade fiscal (art. 4º, IV e arts. 10, 22 e 28), impôs o debate público prévio dos projetos (art. 10, VI) e criou um órgão gestor centralizado para definir as prioridades e avaliar as possibilidades econômico-financeiras para as contratações federais, bem como para acompanhar sua execução (arts. 14 e 15).

O segundo risco é o de, por pressa ou incapacidade técnica, a Administração comprometer-se com contratações de longo prazo mal planejadas e estruturadas. Negócios dessa espécie são muito complexos, pelo número de variáveis envolvidas (determinação do objeto, identificação dos riscos e sua atribuição às partes, escolha de critérios de avaliação, etc.) e pelos desarranjos que podem ocorrer no curso do tempo. A opção entre um contrato PPP e um contrato administrativo comum exige a comparação dos ônus e vantagens de cada um, a partir de elementos sólidos. Em suas diretrizes, a Lei PPP apontou a necessidade de ponderar isso tudo (art. 4º). É preciso levar a sério essa norma, do contrário, haverá desperdício de recursos, conflitos entre as partes e serviços deficientes.

O terceiro risco é o **abuso populista no patrocínio estatal** das concessões. Os serviços públicos econômicos (telecomunicações, energia, saneamento, transporte coletivo, rodovias pedagiadas, etc.) geram valor econômico individualizado para seus usuários. Por isso, tem sentido que eles arquem com o custo respectivo, por meio da tarifa. As concessões de serviço público são viáveis justamente por isto: pela existência de usuários com interesse e capacidade econômica de fruir os serviços. Mas é claro que grupos organizados sempre lutam para aumentar suas vantagens econômicas; daí a permanente crítica contra as tarifas de serviços públicos. Os governantes populistas são muito sensíveis a essas pressões e, podendo, tenderão sempre a conter reajustes tarifários e criar isenções para segmentos de usuários, transferindo os ônus respectivos para quem não vota em eleição: os cofres públicos. A concessão patrocinada, se tem valor e importância inegáveis, é também instrumento potencial desse desvio. Atenta a isso, a Lei PPP, além das diretrizes do art. 4º – que se somam às da Lei de Responsabilidade Fiscal – instituiu um mecanismo para tentar conter as distorções: exigiu autorização legislativa específica para cada concessão patrocinada em que mais de 70% da remuneração do concessionário fique a cargo da Administração.

O quarto risco de um programa de parcerias é o de **desvio no uso da concessão administrativa**. Essa nova modalidade contratual foi inventada para permitir que o prestador de serviços financie a criação de infra-estrutura pública, fazendo investimentos amortizáveis paulatinamente pela Administração. É apenas por isso que sua duração pode ser levada até 35 anos (arts. 2º, § 4º, I e 5º, I). É previsível, porém, que o interesse de certos administradores e empresas gere uma luta pelo afrouxamento dos conceitos, por via de interpretação, de modo a usar-se a concessão administrativa nas mesmíssimas situações em que sempre se empregou o contrato administrativo de serviços da Lei de Licitações. Se a manobra vingar, teremos absurdos contratos de vigilância ou limpeza de prédio público, de consultoria econômica, de manutenção de equipamento, etc., tudo por 10, 20 ou 30 anos, sem que nenhum investimento justifique essa longa duração.

É previsível que duas estratégias sejam empregadas pelos interessados para promover esse desvio. Uma será interpretar o art. 2º, § 4º, I da Lei PPP – que veda a celebração de contrato PPP de “valor inferior” a R\$20 milhões – como se estivesse referindo a soma das parcelas do preço a ser pago ao contratado durante toda a vigência do contrato, e não o **investimento** a ser por ele feito. Essa interpretação não faz qualquer sentido, mesmo porque contraria a razão de ser do instituto, bem expressa no art. 5º, I: **a obtenção de investimentos privados na criação de infra-estrutura pública**. Ademais, seria ridículo que a lei estivesse simplesmente pretendendo tornar mais caros os contratos administrativos, ao prever um “valor mínimo” de R\$20 milhões. É óbvio, portanto, que o que o art. 2º, § 4º, I proíbe é a celebração de contrato de PPP em que não se preveja a realização, pelo parceiro privado, de **investimento de ao menos R\$20 milhões**.

"Portanto, a criação dessa nova fórmula contratual – a concessão administrativa – viabilizou um arranjo para a obtenção de serviços para o Estado antes impossível: aquele em que o particular investe financeiramente na criação da infra-estrutura pública necessária à existência do serviço e ajuda a concebê-la."

Outra estratégia dos interessados no desvio da concessão administrativa será o uso da tese de que o art. 2º, § 4º, I da Lei PPP não seria norma geral (CF, art. 22, XXI), mas sim norma específica, só se aplicando à União, não a Estados e Municípios, os quais poderiam fixar a seu gosto o valor mínimo de investimento nos contratos PPP. A tese, claro, é um equívoco. É norma geral a **definição** tanto **das modalidades contratuais** existentes no direito brasileiro (ex.: contrato administrativo de serviços e contrato de concessão administrativa), como, por óbvio, **dos critérios para sua aplicação** (objeto, prazo, valor, etc.). O investimento mínimo de R\$20 milhões, indicado no art. 2º, § 4º, I da Lei PPP, é um critério identificador do cabimento da concessão administrativa, donde tratar-se de norma geral. O argumento retórico de que Estados e Municípios pequenos ou pobres teriam sido discriminados, pois suas contratações não atingem o citado limite de valor, é apenas isto: retórica vazia. Ora, se esses entes não têm força econômica para tais empreendimentos, simplesmente não precisam de concessões administrativas. Seus negócios, que têm de ser pequenos por carência financeira, podem perfeitamente ser realizados pela via dos contratos administrativos comuns.

3. CONCESSÕES COMUM, PATROCINADA E ADMINISTRATIVA

As concessões de serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal são um gênero, que se caracteriza por seu objeto: a atribuição, ao concessionário, do encargo de executar serviços públicos (aí incluído o de implantar e manter obras públicas, como rodovias e pontes). Quanto ao regime remuneratório, há três possíveis espécies: a concessão comum, a patrocinada e a administrativa.

Segundo o art. 2º, § 3º da Lei PPP, **concessão comum** é aquela em que o concedente não paga contraprestação em pecúnia ao concessionário. A remuneração deste poderá incluir tanto a cobrança de tarifas, como outras receitas alternativas (LC, art. 11), desde que estas não envolvam pagamentos de natureza pecuniária do concedente. Portanto, a concessão comum não se desnatura se a remuneração incluir (ou limitar-se à) contraprestação não-pecuniária feita pela Administração, nas modalidades previstas no art. 6º, III e IV da Lei PPP.

As concessões comuns não se incluem entre os contratos de PPP. Aliás, a única função do conceito de concessão comum é a de esclarecer que ela se rege exclusivamente pela Lei de Concessões e legislação correlata, não se lhe aplicando o disposto na Lei PPP. Isso quer dizer, p.ex., que na concessão comum não se exigirá necessariamente que o concessionário se constitua em sociedade de propósito específico (como disposto no art. 9º da Lei PPP), valendo a regra mais flexível do art. 20 da LC. Também não se pode usar, na licitação para concessão comum, a concorrência-pregão criada pela Lei PPP, em seus arts. 10 a 13.

Concessão patrocinada é, juntamente com a concessão comum, espécie do gênero concessão de serviço público. Por isso, a ela se aplica o regime da legislação geral desse gênero de contratos (a Lei de Concessão e outras correlatas, como a lei federal nº 9.074, de 1995), com o complemento das normas da Lei PPP (art. 3º, § 1º).

O que peculiariza a concessão patrocinada é seu regime remuneratório, que deve incluir tanto tarifa cobrada aos usuários como contraprestação do concedente em forma pecuniária (Lei PPP, art. 2º, § 1º). Se, em uma concessão de serviço público, o concessionário não cobra tarifa dos usuários, remunerando-se por subvenção do concedente (conjuntamente ou não com outras receitas não-tarifárias), não se estará diante de uma concessão patrocinada, mas de uma concessão administrativa.

E o que é a “contraprestação pecuniária do parceiro público”, indispensável a que se caracterize a concessão como patrocinada (art. 2º, § 1º)? É, para usar a linguagem do art. 6º, a que se faz por “ordem bancária” (inc. I) ou por “cessão de créditos não tributários” (inc. II). O art. 6º alude a outras formas não-pecuniárias de a Administração remunerar concessionários: outorgando-lhes direitos sobre bens dominicais e outros direitos contra ela própria (de que seria exemplo o direito de uso alternativo de imóveis ou de construir acima do coeficiente de aproveitamento do local, a que se referem os arts. 28 e 29 do Estatuto de Cidade). Essas receitas, em princípio, enquadram-se no conceito de receitas alternativas a que alude o art. 11 da Lei de Concessão. O mero fato de um concessionário recebê-las não faz de seu contrato uma concessão patrocinada, pois esta só se configura quando a Administração versa uma “contraprestação pecuniária”; do contrário, a concessão será “comum”.

De outra parte, estando presentes a cobrança de tarifas aos usuários e a contraprestação pecuniária do concedente, estar-se-á diante de uma concessão patrocinada, ainda que o concessionário também receba contraprestação não-pecuniária da Administração (as dos incs. III e IV do art. 6º da Lei PPP) e outras receitas alternativas.

E que sentido fazem essas regras, que excluem do conceito de contrato de PPP aqueles em que não haja remuneração pecuniária da Administração ao concessionário? É simples entendê-lo. A Lei PPP foi editada para tratar dos contratos de concessão em que existam desafios especiais de ordem financeira: organizar a assunção de compromissos de longo prazo pelo Poder Público e garantir seu efetivo pagamento ao particular. Para as concessões sem tais compromissos, a Lei PPP nada teria a dizer. Para as concessões de serviços públicos regidas exclusivamente pela Lei de Concessão (as agora chamadas **concessões comuns**), não há prazos legais mínimos nem máximos de duração, tampouco piso legal de investimento; tudo depende das decisões da Administração em cada caso, a serem expressas no contrato.

Porém, ao tratar da concessão patrocinada, a Lei PPP acabou por proibir que a Administração Pública se comprometa contratualmente a pagar adicional de tarifa em certas concessões de serviço público: aquelas em que o investimento a cargo do concessionário não chegue a atingir R\$20 milhões (art. 2º, § 4º, I), e quando seu prazo for inferior a cinco ou superior a trinta e cinco anos, incluída a prorrogação (art. 2º, § 4º, II, c/c art. 5º, I).

Há dois tipos de concessão administrativa: a de serviços públicos e a de serviços ao Estado.

A **concessão administrativa de serviços públicos** é aquela em que, tendo por objeto os serviços públicos a que se refere o art. 175 da Constituição, estes sejam prestados diretamente aos administrados sem a cobrança de qualquer tarifa, remunerando-se o concessionário por contraprestação versada em pecúnia pelo concedente (em conjunto ou não com outras receitas alternativas). Nesse caso, embora os administrados sejam os beneficiários imediatos das prestações, a Administração Pública será havida como usuária indireta, cabendo a ela os direitos e responsabilidades econômicas que, de outro modo, recairiam sobre eles.

A **concessão administrativa de serviços ao Estado** é a que tem por objeto os mesmos serviços a que se refere o art. 6º da Lei de Licitações, isto é, o oferecimento de utilidades à própria Administração, que será havida como usuária direta dos serviços e versará a correspondente remuneração. Quanto a esses aspectos a concessão administrativa de serviços ao Estado aproxima-se do contrato administrativo de serviços regido pela Lei de Licitações. Mas há elementos importantes que, diferenciando-os, aproximam a concessão administrativa de serviços ao Estado da tradicional concessão de serviços públicos.

Enquanto o contrato de serviços resume-se à prestação de serviços, a concessão administrativa de serviços ao Estado inclui também a realização, pelo concessionário, de investimento mínimo de R\$20 milhões (Lei PPP, art. 2º, § 4º, I) na criação, ampliação ou recuperação, por meio da execução de obra ou do fornecimento de bens (art. 2º, § 2º), de infra-estrutura necessária aos serviços, que serão prestados com base nela por ao menos cinco anos (art. 2º, § 4º, II). Enquanto vigente a concessão administrativa de serviços ao Estado, não estando amortizado o investimento, essa infra-estrutura constituirá patrimônio do concessionário, podendo reverter ao concedente ao final, se previsto no contrato (art. 3º, *caput*, da Lei PPP, c/c arts. 18, X e 23, X, da LC). Assim, são idênticas a **estrutura contratual** e a **lógica econômica** da concessão administrativa de serviços ao Estado e da tradicional concessão de serviços públicos.

Não estão no texto literal da Lei PPP as expressões que, por razões didáticas, aqui utilizamos para explicar os dois tipos de concessão administrativa. Mas as categorias correspondentes são criação da própria lei que, em seu art. 2º, § 2º, definiu a concessão administrativa como “o contrato de prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta” (hipótese que denominamos de concessão administrativa de serviços ao Estado) “ou indireta” (hipótese que denominamos de concessão administrativa de serviços públicos).

A concessão administrativa de serviços públicos é uma espécie da **concessão de serviços públicos** a que se refere o art. 175 da CF, juntamente com a concessão comum e a concessão patrocinada. A distinção entre as três espécies corre por conta da forma de remuneração do concessionário, como vimos.

Já a concessão administrativa de serviços ao Estado é uma espécie do gênero **contrato administrativo de serviços ao Estado**. Esse gênero inclui duas espécies: o contrato administrativo de serviços da Lei de Licitações, cujo objeto se restringe ao fornecimento de serviços; e o contrato de concessão administrativa de serviços ao Estado, cujo objeto inclui também a realização de investimento privado para criar, ampliar ou recuperar infra-estrutura pública.

A Lei PPP, para evitar que a concessão administrativa pudesse se confundir com quaisquer dos contratos regidos pela Lei de Licitações – desorganizando, assim, o sistema legal – impôs a **complexidade** como característica indispensável do objeto desse novo contrato. A concessão administrativa não é um simples contrato de prestação de serviços, ao contrário do que pode parecer da leitura isolada do art. 2º, § 2º, pois sempre incluirá a realização de investimentos pelo concessionário para a criação, ampliação ou recuperação de infra-estrutura, a serem amortizados no prazo do contrato (art. 5º, I), em montante de ao menos R\$20 milhões.

A concessão administrativa também não poderá restringir-se à execução de obra pública (art. 2º, § 4º, III), que é característica do contrato de obras da Lei de Licitações. É certo que a concessão administrativa poderá incluir a obra (art. 2º, § 2º), mas dois outros requisitos deverão estar presentes: o concessionário deverá fazer investimento de ao menos R\$20 milhões e, pronta a infra-estrutura, ela deverá ser usada para a prestação de serviços por um período de ao menos cinco anos (art. 2º, § 4º, II). Esses requisitos não existem nos meros contratos de obras. As exigências de prestação de serviços por um tempo mínimo e de que a remuneração esteja sempre vinculada a essa prestação (art. 7º) – não, portanto, à execução de parcelas de obras – impede que a concessão administrativa se transforme em simples contrato de obras com financiamento do empreiteiro.

Ademais, a concessão administrativa, conquanto possa incluir o fornecimento de bens para criação da infra-estrutura (art. 2º, § 2º), não poderá limitar-se a isso (art. 2º, § 4º, III). A lei quis impedir o uso da concessão como simples alternativa ao contrato de compra da Lei de Licitações, bem como para a aquisição financiada de bens. São indispensáveis o investimento mínimo de R\$20 milhões, bem como a prestação de serviços vinculados a esses bens, por ao menos cinco anos.

Por fim, quando se fala de serviços como objeto da concessão administrativa, está-se referindo à execução autônoma de prestações, para alcançar resultados pré-determinados. A Lei PPP não considera como tal o mero fornecimento de força de trabalho humano (isto é, de “mão-de-obra”) para atuar sob a direção da Administração (art. 2º, § 4º, III).

A concessão administrativa, em seus dois tipos, submete-se ao regime jurídico da Lei de Concessão (cf. Lei PPP, art. 3º, *caput*, e art. 11, *caput*), com exceção: a) de normas impertinentes à nova concessão, relativas à conceituação (arts. 1º e 2º), à matéria tarifária e à proteção econômica dos usuários (arts. 6º a 13), e outros aspectos (arts. 16, 17 e 26); e b) de outras normas que têm correspondente na própria Lei PPP (arts. 3º, 4º, 5º, 14 e 20) ou na LL (art. 22).

O art. 6º da Lei PPP prevê diversas modalidades possíveis para o oferecimento de contraprestação pela Administração: há **contraprestações pecuniárias** (por meio de “ordem bancária” ou “cessão de crédito não-tributário”) e **contraprestações não-pecuniárias** (direitos sobre bens públicos dominicais e outros direitos em face da Administração).

Isso propõe a dúvida sobre a categorização ou não, como concessão administrativa, de um contrato em que, embora a contraprestação seja inteiramente suportada pela Administração, sua natureza não seja pecuniária.

A resposta é que, se o contrato envolver a prestação de serviços públicos aos administrados, ele será uma concessão comum, cuja remuneração se faz exclusivamente com receitas alternativas (LC, art. 11). Já se o contrato for de prestação de serviços à Administração, estando preenchidos os demais requisitos do art. 2º, § 4º (especialmente o investimento privado de ao menos R\$20 milhões e o prazo mínimo de prestação de 5 anos), deverá ser havido como uma concessão administrativa.

Perceba-se que, ao definir concessão administrativa, o art. 2º, § 2º deixou implícito que a remuneração do concessionário estará a cargo da Administração, não dos administrados, por ser ela a usuária direta ou indireta dos serviços. Mas, ao contrário do que fez quanto à concessão patrocinada (art. 2º, § 1º), a lei não exige que, na concessão administrativa, a contraprestação do concedente seja em pecúnia. Poderá sê-lo pelas outras formas do art. 6º. A única forma de remuneração que descaracterizaria a concessão administrativa é o recebimento de tarifa pelo concessionário dos administrados especificamente para remunerar seus serviços.

Concessão não é um termo unívoco na legislação administrativa. São denominados como contratos de concessão tanto os que envolvem a transferência da execução de serviços públicos como os que conferem direito à utilização exclusiva de bens públicos por particulares. O traço comum dessas figuras contratuais é a longa duração, justificada pela necessidade de permitir a amortização de investimentos do concessionário. Isso desde logo explica porque a Lei PPP escolheu esse termo para nomear a nova modalidade contratual que estava criando: afinal, tratava-se de ajuste em que o parceiro privado se comprometeria a fazer investimento inicial de monta, de modo a criar, ampliar ou recuperar infra-estrutura pública, viabilizando, com isso, seu emprego na subsequente prestação de serviços. Mas a opção legislativa não foi apenas terminológica. O que se quis foi empregar, em novos objetos, a estrutura contratual e a lógica econômica dos contratos regidos pela Lei de Concessões. Por isso, os contratos de PPP foram submetidos a essa lei (cf. art. 3º da Lei PPP).

A Lei PPP foi editada para conceber alternativas de financiamento privado para a implantação, expansão ou recuperação da infra-estrutura pública. Pretendeu-se obtê-lo sem gerar o tradicional endividamento estatal, por meio de contratos puramente financeiros, com a posterior contratação de empreiteira para a execução de obra e, ao final, a assunção da infra-estrutura pela própria Administração.

concessão

Assim, para cumprir os objetivos políticos do programa PPP, seus contratos não podem limitar-se apenas à execução de serviços ou obras. Devem, necessariamente, incluir o investimento privado. Os R\$20 milhões são o montante de investimento privado considerado mínimo pela lei para justificar a outorga, ao contratado, dos benefícios do regime da concessão – o prazo longo, as proteções especiais em caso de rescisão, etc.

Um dos problemas dos tradicionais contratos de obras é o desinteresse econômico do contratado pela boa execução do contrato. O único risco da má-execução é o de a Administração recusar o recebimento do objeto. Mas, além de esse risco só ser real se a Administração tiver capacidade técnica de identificar as falhas – coisa que freqüentemente não ocorre – o certo é que a fraude na execução gera recursos suficientes para o contratado corromper a fiscalização da obra e lograr sem dificuldades o recebimento definitivo do objeto. Ao impedir que, nos contratos PPP, a prestação se limitasse à execução de obras ou fornecimento de equipamentos (art. 2º, § 4º, III), a Lei PPP fez com que a remuneração dos parceiros privado ficasse diretamente vinculada à fruição dos serviços pela Administração ou pelos administrados (art. 7º) e viabilizou sua variação de acordo com o desempenho do parceiro privados, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade fixados (art. 6º, parágrafo único). Portanto, a boa ou má qualidade das obras ou bens utilizados na infraestrutura repercutirá diretamente na determinação do valor a ser recebido pelo parceiro privado. Isso deve gerar, para ele, um interesse próprio de bem executar a parte relativa à infraestrutura, pois os serviços devem se estender por ao menos cinco anos e a infraestrutura deve ser capaz de resistir bem durante todo esse período.

O regime contratual da concessão patrocinada é, em grandes linhas, semelhante ao das concessões comuns (Lei PPP, art. 3º, § 1º), incluindo-se não só os preceitos da Lei de Concessões relativos ao teor do contrato, como também aos encargos de concessionário e concedente, à intervenção e à extinção do contrato (LC, arts. 23 a 39, com ressalva do art. 26, sobre a subconcessão, que é inaplicável). Mas existem algumas peculiaridades, que estão previstas em alguns tópicos do art. 5º da Lei PPP.

O art. 5º, em seus vários incisos, em geral repete ou esclarece melhor o sentido de disposições que já se encontravam na Lei de Concessão e que, por isso, também se aplicam às concessões comuns. É o caso igualmente do art. 11, III, relativo ao emprego da arbitragem, que já era autorizada (LC, art. 23, XV).

Há, porém, certas exigências contratuais que se aplicam às concessões patrocinadas, mas não às comuns. São as previstas no art. 5º, incs. I (quanto aos prazos mínimo e máximo de vigência) e V (relativo à inadimplência pecuniária do concedente). Ademais, o § 1º do mesmo art. 5º cria para o concessionário um direito à homologação tácita do reajuste ou correção do preço que não existe nas outras modalidades de contratos administrativos.

O § 2º do art. 5º autoriza a inserção, na concessão patrocinada, de cláusulas contratuais para proteger os agentes financeiros que tenham contratado, com o concessionário, o financiamento do projeto por ele assumido. Na realidade brasileira, o preceito tende a defender, sobretudo, os interesses de uma entidade estatal, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, que é o grande financiador desse tipo de projetos. As medidas podem incluir a assunção do controle societário do concessionário diretamente pelo banco, para promover a reestruturação do negócio (art. 5º, § 2º, I), bem como o pagamento direto a ele, pelo concedente ou entidade garantidora, tanto de faturas dos serviços (art. 5º, § 2º, II) como de indenizações pela extinção antecipada (art. 5º, § 2º, II), servindo tais pagamentos à quitação, parcial ou total, das obrigações financeiras do concessionário para com o banco.

Outro tópico contratual das concessões patrocinadas que não existe nas concessões comuns é o referente às garantias de adimplemento das obrigações pecuniárias do concedente, nas modalidades do art. 6º.

Por fim, a concessão patrocinada deverá ser outorgada apenas à sociedade de propósito específico, isto é, criada exclusivamente para esse fim (art. 9º).

Quanto aos contratos de concessão administrativa, estes submetem-se ao mesmo regime das concessões patrocinadas, pois os preceitos legais relativos ao assunto são indistintamente aplicáveis a ambas as modalidades. A diferença quanto ao conteúdo corre por conta apenas da matéria tarifária, que não existe na concessão administrativa, pois esse concessionário não recebe tarifas dos usuários (razão por quê, aliás, não se aplicam às concessões administrativas os arts. 6º a 13 da Lei de Concessão).■