

# O contrato de parceria público-privada

Mário Engler Pinto Junior<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 Parcerias na administração pública e novas modalidades contratuais. 2 Contratação em regime de concessão: ampliação das possibilidades. 3 Da concessão comum ao contrato de parceria público-privada. 4 Concessão patrocinada. 5 Concessão administrativa. 6 Prestação de garantias para viabilizar o financiamento do projeto. 7 Preocupação com a gestão fiscal responsável.

---

## 1 Parcerias na administração pública e novas modalidades contratuais

O conceito de parceria na administração pública possui conotação bastante ampla. Na essência, pressupõe a cooperação entre parceiros para consecução de um objetivo comum, ainda que as motivações de cada lado sejam distintas. O relacionamento baseado nessa premissa difere substancialmente da contratação regida pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, em que os interesses das partes situam-se em posição contraposta e, portanto, o dever de colaboração recíproca fica mitigado. As parcerias podem ter caráter estrutural quando assumem a forma societária para exercício de determinada atividade econômica, combinando capitais públicos e privados. As parcerias também podem revestir-se de natureza contratual, tendo como contraparte da Administração Pública uma empresa privada ou entidade sem fins lucrativos.

---

<sup>1</sup> Advogado e Procurador do Estado de São Paulo. Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Professor Doutor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

As parcerias sempre foram praticadas no âmbito da Administração com objetivo de fomento a atividades de interesse público. Normalmente, o relacionamento cooperativo é formalizado por meio da celebração de convênio com fundamento no artigo 116 da Lei n. 8.666/93. Ocorre que o convênio é incompatível com o auferimento explícito de lucro pelos partícipes, razão pela qual sua aplicação fica restrita às articulações entre entidades e órgãos da Administração Pública, ou então entes estatais e as chamadas organizações do terceiro setor.

Mais recentemente, surgiram novos modelos contratuais para viabilizar a implementação de projetos objetivando a realização de obras e prestação de serviços em regime de parceria, porém, com estipulação de remuneração formal ao agente privado. A Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Lei das PPPs), introduziu no ordenamento jurídico o contrato de parceria público-privada, nas modalidades de concessão patrocinada e concessão administrativa. Os instrumentos assim criados passaram a conviver com a já conhecida concessão de obras ou serviços públicos de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões), que agora se denomina concessão comum.

O conceito de concessão patrocinada é derivado da concessão comum, tendo como nota distintiva o pagamento de contraprestação pecuniária pelo parceiro público (poder concedente) ao parceiro privado, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários. Já a concessão administrativa equivale ao contrato de prestação de serviços em que a Administração figura como usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento de equipamentos. A Administração será considerada usuária direta quando a utilidade fornecida destinar-se ao seu próprio uso ou consumo. Haverá uso indireto sempre que o serviço concedido for oferecido à população em caráter universal (*uti universi*), tornando jurídica e tecnicamente inviável a tarifação. Nesse caso, toda a remuneração do concessionário passa a ser encargo exclusivo da Administração.

## **2 Contratação em regime de concessão: ampliação das possibilidades**

O advento da Lei de Concessões quebrou o paradigma clássico consagrado na Lei n. 8.666/93, segundo o qual a parte privada nada planeja

ou define sobre o objeto contratual, cabendo-lhe apenas executar a prestação conforme as especificações impostas unilateralmente pela parte pública. A parte privada que contrata com a Administração nesse ambiente não tem motivos para se preocupar com a eficiência metodológica ou a utilidade do produto final, pois a sua responsabilidade exaure-se com a entrega da obra, prestação do serviço ou fornecimento do bem, independentemente do benefício efetivamente proporcionado à coletividade. A parte privada também está protegida contra riscos que impliquem aumento dos encargos inicialmente previstos para a execução do contrato, na medida que existe ampla margem para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Na contratação tradicional regida pela Lei n. 8.666/93, o pagamento da parte privada se faz devido *pari passu* à execução do objeto contratual (unidades de serviço prestado, parcelas medidas da obra ou número de bens entregues). A parte privada pode dispensar o financiamento de médio e longo prazo, pois o ciclo entre a produção e o recebimento do preço é pequeno (normalmente 30 dias).

A lógica contratual e econômica da concessão comum baseia-se em premissas bastante diferentes. O concessionário deixa de ser tratado como mero executor de tarefas previamente encomendadas pelo poder concedente, para se transformar em verdadeiro empresário sujeito aos riscos do negócio, se não a todos eles, pelo menos àqueles razoavelmente previsíveis, controláveis, ou passíveis de proteção adequada.

Diversamente do que ocorre com o contrato administrativo tradicional, a concessão comum precedida da execução de obra pública dispensa a existência de projeto básico completo e abrangente, bastando que o edital contenha apenas alguns dados relativos à obra (art. 18, XV, da Lei n. 8.987/95). O edital deve dar mais ênfase à especificação do produto ou serviço a ser fornecido pela parte privada, com base na infraestrutura que ela irá construir e passará a operar. Na medida que a Administração decide flexibilizar as soluções construtivas para execução da obra vinculada à concessão, é natural que os riscos daí decorrentes sejam imputados à parte privada. A maior autonomia para escolha das variáveis técnicas e empresariais, relativamente à forma como deve ser organizado e prestado o serviço, torna o concessionário responsável pelo resultado final obtido.

O concessionário terá os incentivos econômicos necessários para agir de forma eficiente, porquanto será beneficiado pela redução do orçamento da obra ou fornecimento de equipamentos que deve realizar às suas expensas, ao mesmo tempo que arcará com o custo de manutenção durante a vigência da concessão. Se o trabalho de construção não for bem feito, o ônus daí decorrente será suportado exclusivamente pelo concessionário, sem direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

A essência da concessão comum reside na exploração econômica do serviço público de titularidade originária da Administração (precedido ou não da execução de obra), por conta e risco do concessionário. A remuneração do concessionário para amortização dos investimentos e custeio da operação provém normalmente da cobrança de tarifa dos usuários, mas também pode ser reforçada por receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados (art. 11 da Lei n. 8.987/95). Não cabe ao poder concedente assegurar rentabilidade mínima, sob pena de esvaziar o componente aleatório inerente ao contrato de concessão e reduzir o papel do concessionário ao de simples prestador de serviços típicos do contrato administrativo.

### **3 Da concessão comum ao contrato de parceria público-privada**

Na concessão comum, não é necessário que o concessionário tenha investido recursos próprios, ou de terceiros captados mediante financiamento, na construção, reforma, ampliação, conservação ou melhoria do ativo público considerado indispensável à prestação do serviço concedido. A concessão comum pode ter por objeto apenas a operação privada de determinada infraestrutura preexistente, cabendo ainda ao concessionário a manutenção durante a vigência do contrato. Já no contrato de parceria público-privada (concessão patrocinada ou administrativa), é essencial que a parte privada invista o montante mínimo de R\$ 20.000.000,00, não bastando a assunção da responsabilidade pela operação e manutenção da infraestrutura construída anteriormente pelo Poder Público (art. 4º, § 1º, I, da Lei n. 11.079/2004).

Além da exigência de realização de investimentos pela parte privada, a Lei das PPPs limita o prazo de vigência do contrato de parceria público-privada ao mínimo de cinco e ao máximo de trinta e cinco anos.

A diferenciação de tratamento nesse particular justifica-se não só pela preocupação com a responsabilidade fiscal decorrente da assunção de compromissos financeiros de longo prazo pelo Poder Público, mas também para não permitir a banalização da nova modalidade contratual, reservando a sua utilização para projetos de maior porte, que demandam financiamento privado e proporcionam investimentos em infraestrutura pública.

A nota característica da concessão patrocinada reside no pagamento de contraprestação pecuniária pelo parceiro público ao parceiro privado, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários. A contrapartida nesse caso resume-se ao pagamento em dinheiro, não abrangendo outras prestações de conteúdo econômico. Conquanto o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei das PPPs utilize o termo contraprestação pecuniária para definir a concessão patrocinada, o artigo 6º do mesmo diploma legal relaciona outras formas de contrapartida a cargo do parceiro público, tais como cessão de créditos tributários, outorga de direitos em face da Administração, outorga de direitos sobre bens dominicais e outros meios admitidos em lei.

O principal problema que a Lei das PPPs procura equacionar diz respeito justamente ao subsídio financeiro devido ao parceiro privado. Além da preocupação com a gestão fiscal responsável, a ênfase da disciplina legal nesse particular recai sobre o oferecimento de garantias específicas de pagamento das obrigações pecuniárias assumidas pela Administração em face do parceiro privado, na esteira do permissivo contido no artigo 8º da Lei das PPPs. Igualmente relevante é disposição do artigo 7º, que somente permite remunerar o parceiro privado após a efetiva disponibilização do serviço concedido. Enquanto o objeto do contrato não tiver sido totalmente executado, o pagamento da contraprestação pecuniária deve guardar correlação com a parcela fruível do serviço. Vale dizer, a importância em dinheiro não pode ser entregue antecipadamente ao parceiro privado, mas pressupõe a instalação, ao menos parcial, dos equipamentos públicos e o efetivo início das operações.

#### **4 Concessão patrocinada**

O subsídio público que caracteriza a concessão patrocinada deve estar previsto no contrato, porém não precisa necessariamente ser pago

durante todo o período de vigência da concessão. O complemento tarifário, não obstante já regulamentado contratualmente, pode ter caráter contingente (i.e. ficar sujeito a condição suspensiva) e somente se tornar devido em hipóteses previamente estabelecidas. Isso ocorre quando o poder concedente quer manter a discricionariedade da política tarifária em face do usuário e, ao mesmo tempo, assegurar ao concessionário uma remuneração reajustável periodicamente por determinando índice de preço ou de custo. No momento inicial, a tarifa cobrada do usuário pode coincidir com a tarifa devida ao concessionário, surgindo o descasamento em momento posterior, quando então se desencadeia a obrigação de pagamento pelo poder concedente.

A estipulação de contrapartida contingente não deve ser confundida com a obrigação de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Enquanto o valor e as demais condições de pagamento eventual do subsídio público já estão previamente contratualizadas, o desequilíbrio decorre de evento superveniente cujo impacto na remuneração do concessionário necessita ser apurado *a posteriori*, assim como a forma de compensação que será adotada. Nesse caso, a equação econômico-financeira do contrato poderá ser recomposta pela adoção de outros mecanismos compensatórios, que não apenas o ressarcimento em dinheiro.

O legislador pretendeu limitar a liberdade do Poder Executivo para calibrar o subvencionamento do concessionário, conforme se depreende do parágrafo 3º do artigo 10 da Lei das PPPs. O dispositivo faz depender de autorização legal específica a instituição de concessão patrocinada em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração. A *ratio essendi* da restrição consiste em desestimular políticas de subsídio tarifário fiscalmente irresponsáveis, exigindo que tal decisão seja compartilhada com o Poder Legislativo.

A regra somente se aplica quando for possível, em tese, a cobrança de tarifas dos usuários em função da natureza divisível e específica do serviço concedido. Daí porque a mesma limitação não existe em relação à concessão administrativa, não obstante toda a remuneração do parceiro privado tenha origem orçamentária. Não sendo viável a tarifação, também não faz sentido restringir politicamente o poder discricionário da Administração para contratar e comprometer recursos públicos futuros,

sendo suficiente a observância dos procedimentos orçamentários e financeiros previstos na Lei das PPPs.

## **5 Concessão administrativa**

A concessão administrativa é uma evolução do contrato tradicional regido pela Lei n. 8.666/93. Todavia, a concessão administrativa não está sujeita os mesmos princípios aplicáveis à realização de obras, fornecimento de bens e prestação de serviços no âmbito da Administração, em que há garantia de manutenção das condições da proposta original, nos termos do artigo 37, XXI, da Constituição Federal. Por ser considerada nova modalidade contratual equiparável à figura da concessão prevista no artigo 175 da Constituição Federal, a concessão administrativa permite imputar ao concessionário diversos riscos (inclusive os decorrentes de caso fortuito e força maior), além de tornar mais efetiva a fiscalização pela parte pública. Além de aplicar sanções administrativas no caso de inadimplência, o poder concedente possui a prerrogativa de intervir diretamente nas atividades do concessionário, sempre que houver risco de descontinuidade da prestação dos serviços concedidos, assim como de decretar a caducidade da concessão, com a consequente reversão ao domínio público dos bens vinculados à operação concedida.

A concessão administrativa admite ainda que a parte privada antecipe os investimentos necessários em obras, instalações e equipamentos, para viabilizar a oferta de determinado serviço de interesse da Administração ou da população em geral. A remuneração do parceiro privado seguirá a mesma lógica do concessionário, vale dizer, não ficará atrelada à simples execução de parcelas de obra, mas dependerá de sua performance na satisfação das necessidades da Administração como usuária direta ou indireta do serviço prestado. A concessão administrativa também é compatível com outras alternativas de remuneração do parceiro público, que não apenas o pagamento em dinheiro. É possível ainda remunerar o parceiro privado através da outorga de direitos em face da Administração ou sobre bens dominicais (art. 6º da Lei n. 11.709/2004).

Nesse ambiente, existe largo espaço para introdução do conceito de pagamento variável vinculado a desempenho, a partir do cumprimento de metas de resultado, padrões de qualidade e índices de disponibilidade

do serviço, definidos no contrato (art. 5º, VII, da Lei n. 11.079/2004). A parte pública pode adotar mecanismos de incentivo para premiar a boa prestação do serviço contratado, que costumam ser mais eficientes para alinhar interesses do que a clássica imposição de multas pecuniárias. O prestador de serviço é transformado em autêntico parceiro da Administração, mantendo-se corresponsável pelo resultado decorrente da utilização da infraestrutura por ele construída.

Os serviços públicos passíveis de prestação em regime de concessão administrativa são preferencialmente os de caráter social e com demanda universal. Nesses casos, afigura-se inviável a exploração econômica mediante cobrança de tarifas dos usuários. Incluem-se nessa categoria os serviços de limpeza urbana, iluminação pública, oferecimento de vagas prisionais, construção e manutenção de escolas ou hospitais e projetos de habitação popular.

Também pode ser enquadrado como concessão administrativa o fornecimento de utilidades à própria Administração, a exemplo da construção e manutenção de centros administrativos e da implementação de projetos na área da tecnologia da informação. O essencial é que tenha havido investimento mínimo de R\$ 20.000.000,00 e a operação fique a cargo do parceiro privado. De outra parte, a concessão administrativa não deve ter como objeto exclusivo o fornecimento de mão de obra (i.e. a mera terceirização de serviços), o fornecimento e instalação de equipamentos, ou a execução pura de obra pública. Tampouco pode envolver a delegação das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado (arts. 2º, § 4º, e 4º da Lei n. 11.079/2004).

## **6 Prestação de garantias para viabilizar o financiamento do projeto**

A Lei das PPPs procurou viabilizar a prestação de garantias em relação às obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público, em face do parceiro privado. A certeza quanto ao recebimento dos recursos prometidos pelo Poder Público é fundamental para obtenção do financiamento necessário ao custeio dos investimentos a cargo do parceiro privado. As receitas futuras da concessão, qualquer que seja a sua origem

(tarifária, acessória ou subsídio público), devem ser suficientes para (i) suportar os custos de operação, (ii) servir a dívida contraída para realizar os investimentos e (iii) remunerar o capital aportado pelos acionistas da empresa concessionária.

Como os projetos de infraestrutura costumam ser altamente intensivos de capital, é muito difícil o concessionário executá-lo apenas com recursos próprios. Fatalmente haverá necessidade de captação de numerário por meio da operação estruturada de *project finance*, em que as receitas futuras da concessão servirão de garantia e meio de pagamento do empréstimo bancário contraído pelo concessionário. O financiador somente terá conforto para conceder o financiamento se forem atendidas duas condições básicas: (i) o fluxo da receita tarifária da concessão (comum ou patrocinada) for estável e minimamente previsível; e (ii) estiver razoavelmente afastado o risco de inadimplência do Poder Público em relação ao pagamento da contraprestação pecuniária na concessão patrocinada ou administrativa.

Para acomodar a situação, a Lei das PPPs autoriza, por exemplo, que o contrato estipule penalidades no caso de inadimplência do poder concedente (art. 5º, II, da Lei n. 11.079/2004) e determina a aplicação automática dos reajustes contratuais, sem necessidade de prévia homologação da Administração (art. 5º, § 1º, da Lei n. 11.079/2004). Além disso, contempla várias modalidades de garantias que podem ser concedidas pela parte pública ao parceiro privado, com vistas a facilitar a obtenção do financiamento: (i) vinculação de receitas públicas; (ii) instituição de fundos especiais; (iii) contratação de seguro-garantia; (iv) prestação de garantias por organismos internacionais ou instituições financeiras privadas; (v) criação do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP); (vi) fiança de empresa estatal garantidora (art. 8º da Lei n. 11.079/2004).

A Lei das PPPs disciplina em detalhes a estrutura e funcionamento do FGP, definindo-o como pessoa jurídica de natureza privada, com patrimônio separado do de seus quotistas, capaz de assumir direitos e obrigações em seu próprio nome. O FGP já foi estruturado pela União e encontra-se capitalizado com ativos líquidos (participações minoritárias em empresas privadas e ações excedentes ao controle acionário de sociedades de economia mista), que lhe permitem prestar garantias fidejussórias ou reais (arts. 16 a 21 da Lei n. 11.079/2004 e Dec. n. 5.411/2005).

Além da garantia concedida pela parte pública em relação às obrigações pecuniárias assumidas perante a parte privada, a viabilidade do financiamento para custear os investimentos exigidos pela concessão depende da outorga de garantias pela parte privada diretamente ao financiador. Em outras palavras, a instituição financeira somente estará disposta a emprestar recursos ao concessionário se acreditar que o projeto financiado terá condições de gerar receitas futuras suficientes para cobrir os custos de operação e servir a dívida assim contraída. Mas não basta a percepção favorável sob o ponto de vista financeiro; é necessário também que haja instrumentos jurídicos para assegurar que o concessionário devedor (i) realize as obras civis e adquira os equipamentos vinculados à concessão da forma mais econômica possível, (ii) atue como gestor eficiente da operação, (iii) aporte a parcela de capital próprio prometida, (iv) contrate seguro para cobertura de riscos com forte impacto negativo no desempenho do projeto, e (v) não desvie recursos da empresa concessionária por qualquer meio ilícito.

Sabendo da importância da relação entre concessionário e financiador para o sucesso do modelo de concessão (comum, patrocinada e administrativa), tanto a Lei de Concessões quanto a Lei das PPPs contêm uma série de disposições que facilitam o financiamento com o propósito de reduzir o seu custo. Tudo isso acaba beneficiando indiretamente a parte pública, que despendará menos recursos de contraprestação pecuniária, e os usuários dos serviços concedidos, que pagarão tarifas mais módicas. Nesse sentido, o financiador do concessionário pode ficar garantido com (i) a cessão fiduciária dos créditos operacionais futuros (art. 26-A da Lei n. 8.987/95, alterada pela Lei n. 11.196/2005), (ii) penhor dos direitos emergentes da concessão, notadamente das indenizações devidas pelo poder concedente, no caso de encerramento prematuro da concessão (art. 28 da Lei n. 8.987/95 c.c. o art. 5º, § 2º, III, da Lei n. 11.079/2004), (iii) assunção do controle acionário da empresa concessionária para prover sua reestruturação financeira (art. 27 da Lei n. 8.987/95 c.c. os arts. 5º, § 2º, III, da Lei n. 11.079/2004 e 9º da Lei n. 11.027/2004), (iv) empenho orçamentário da contraprestação pecuniária devida ao concessionário diretamente em nome do financiador (art. 5º, § 2º, II, da Lei n. 11.079/2004).

Outra inovação importante trazida pela Lei das PPPs (e posteriormente acolhida pela Lei das Concessões) foi a possibilidade de adoção

de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem objeto da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos oriundos do contrato de concessão (arts. 11, III, da Lei n. 11.079/2004 e 23-A da Lei n. 8.987/95, alterada pela Lei n. 11.196/2005).

## **7 Preocupação com a gestão fiscal responsável**

O potencial de endividamento inerente aos contratos de parceria público-privada justifica a preocupação demonstrada pela Lei das PPPs com a gestão fiscal responsável, o que motivou a imposição de requisitos especiais para a sua celebração (art. 10 da Lei n. 11.079/2004). Entre as condições assim estabelecidas, constam a demonstração: (i) da conveniência e oportunidade da contratação na modalidade de parceria público-privada, pelo fato de não existirem alternativas mais econômicas de execução de obra pública e prestação do serviço pela própria Administração (*value for money*); (ii) de que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais; (iii) da observância das normas editadas pela Secretaria do Tesouro Nacional para controlar o endividamento dos entes da federação; (iv) da estimativa de impacto orçamentário-financeiro nos exercícios subsequentes; (v) da compatibilidade com a lei orçamentária anual e a lei de diretrizes orçamentárias; (vi) da estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para fazer face à obrigação de pagamento contraída durante a sua vigência; (vii) da previsão no plano plurianual.

Além disso, as despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas no ano anterior não devem ultrapassar a 3% da receita corrente líquida do mesmo exercício. Semelhante limitação deve ser observada em relação aos gastos dessa natureza já contratados para os dez exercícios subsequentes, *vis-à-vis* a receita corrente líquida projetada para o mesmo período futuro. Se o teto for ultrapassado, o ente da federação ficará impedido de obter garantia e receber transferências voluntárias de recursos da União (art. 28 da Lei n. 11.079/2004, com a nova redação dada pela Lei n. 12.024/2009).

Como regra geral, o gasto decorrente da contratação de concessão patrocinada ou administrativa, com previsão de pagamento de contraprestação pecuniária do Poder Público, terá o tratamento de despesa de

custeio, sujeitando-se aos mesmos requisitos orçamentários e financeiros previstos no artigo 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal para a assunção de despesas obrigatórias de caráter continuado. A Lei das PPPs permite ainda à Secretaria do Tesouro Nacional editar normas gerais sobre consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada (art. 10, I, “c”, c.c. o art. 25 da Lei n. 11.079/2004). Tais disposições podem, em situações específicas, tratar os compromissos de pagamento assumidos pelo parceiro público como obrigação decorrente de operação de crédito, caso em que será observado o disposto nos artigos 29, 30 e 32 da Lei de Responsabilidade Fiscal (*v.g.* limite máximo de endividamento do ente de federação e tramitação prévia pelo Ministério da Fazenda).

Foi editada pela Secretaria do Tesouro Nacional a Portaria n. 614, de 26 de agosto de 2006, que, entre outras coisas, obriga a incorporar na contabilidade do ente público os ativos e passivos da empresa concessionária, sempre que assumir parcela relevante (40% ou mais) dos riscos de demanda, disponibilidade ou construção, e na proporção assim assumida.