

As Parcerias Público-Privadas no Brasil

Antônio Carlos Cintra do Amaral

Até o final de dezembro de 2004, existia no Direito brasileiro um único tipo de concessão de serviço público, regido pelas Leis 8.987 e 9.074, ambas de 1995, e subsidiariamente pela Lei 8.666/93. A partir da edição da Lei nacional 11.079, de 30/12/2004, passaram a existir dois: a assim apelidada “*concessão comum*”, ou seja, a já existente, e a “*concessão patrocinada*”, criada pela nova lei como um dos dois tipos de Parceria Público-Privada (PPP).

A “*concessão comum*” caracteriza-se, basicamente, pela remuneração exclusivamente **tarifária**. A concessionária presta o serviço ao usuário e este lhe paga, a título de contraprestação pecuniária, uma **tarifa**. Na “*concessão patrocinada*”, há duas contraprestações: uma **tarifa**, paga pelo usuário, e um **preço privado**, pago pelo poder concedente. Tanto numa quanto noutra há duas relações jurídico-contratuais: uma – a de concessão – entre o poder concedente e a concessionária, e outra – a de prestação do serviço público concedido – entre esta e o usuário.

A adoção de “*concessão patrocinada*” pressupõe o atendimento de determinados requisitos. Por exemplo: o valor da contratação deve ser superior a R\$ 20 milhões. O risco é “*repartido*”, enquanto na “*concessão comum*” o serviço é prestado por conta e risco da concessionária. O prazo de vigência não pode ser inferior a 5 nem superior a 35 anos, nele incluído eventual período de prorrogação. Se o “*patrocínio*” do poder concedente é superior a 70% da contraprestação devida, torna-se necessária autorização legislativa específica. E a concessionária conta com um esquema financeiro que tem por objetivo garantir-lhe o efetivo recebimento, nos prazos ajustados, das parcelas a serem pagas pelo poder concedente. Na “*concessão comum*”, a inadimplência é desestimulada pela possibilidade de interrupção da prestação do serviço.

Em suma: a “concessão comum” continua regida pelas Leis 8.987 e 9.074, e subsidiariamente pela Lei 8.666; já a “concessão patrocinada” é regida pela Lei 11.079, aplicando-se-lhe subsidiariamente a Lei 8.987 e “as leis que lhe são correlatas”.

A nova lei criou um segundo tipo de PPP. É a chamada “concessão administrativa”, que de concessão não tem nada. Trata-se de prestação de serviços à Administração Pública, que extrapola o prazo-limite de 60 meses, prorrogáveis excepcionalmente por até 12, estabelecido no art. 57 da Lei 8.666. A adoção dessa impropriamente denominada concessão exige o atendimento de quase os mesmos requisitos exigidos para a “concessão patrocinada”. Algumas características específicas: assim como na “concessão patrocinada”, o prazo deve ser igual ou superior a cinco anos, mas a prestação do serviço pode ser contratada por prazo inferior, só que nessa hipótese o contrato é regido exclusivamente pela Lei 8.666 e não toma o nome de “concessão administrativa”; a contraprestação paga pela Administração Pública é de 100%, o que torna a situação curiosa, porque a adoção de “concessão patrocinada” em que a contraprestação do poder concedente seja, por exemplo, de 75%, exige autorização legislativa específica, enquanto a chamada “concessão administrativa”, que pressupõe a contraprestação de 100% pela Administração, dispensa esse requisito; a prestação efetiva do serviço tanto pode ser efetuada diretamente à Administração Pública, quanto a usuários pessoas privadas, **embora estes não integrem a relação jurídico-contratual**.

A Lei 11.079 diz, no art. 2º, que a chamada “concessão administrativa” é modalidade de contrato administrativo de concessão. Não é. Tanto não é que a própria lei, no § 2º do mesmo artigo, define-a como “contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta”.

O conceito de concessão de serviço público está contido no art. 175 da Constituição. De acordo com esse dispositivo, ao Poder Público compete prestar serviço público, direta ou indiretamente, nesta última hipótese mediante concessão ou permissão. Assim, na concessão o Poder Público **é o prestador do serviço** aos usuários, embora o faça indiretamente. Na chamada “concessão administrativa”, o serviço é prestado à Administração Pública. **Esta não é a prestadora do serviço, e sim sua usuária direta ou indireta**. O serviço a ela prestado é **serviço privado**, remunerado mediante pagamento de um **preço privado** (sobre a distinção entre **preço público** e **preço privado**, ver meu “Concessão de Serviço Público”, 2ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 23).

Essa confusão conceitual provoca relevantes questões jurídicas. Por exemplo: aplica-se a Lei 8.666 às “concessões administrativas”? O art. 3º da Lei 11.079 dispõe que elas se regem pela nova lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto em alguns artigos das Leis 8.987 e 9.074. Não menciona a Lei 8.666. Se, porém, a “concessão administrativa” é verdadeiro contrato de prestação de serviços, a elas não se aplica também, pelo menos subsidiariamente, a Lei 8.666? Mais ainda: as “concessões administrativas” podem ser licitadas, contratadas e executadas com base apenas nos dispositivos da nova lei e naqueles indicados em seu art. 3º?

A Lei 11.079 está a exigir maior reflexão e um estudo mais alentado. Meu propósito neste breve comentário é apenas salientar que ela não representou uma ruptura revolucionária na legislação brasileira sobre parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada, como muitos estão pretendendo. Tínhamos um único tipo legal de concessão de serviço público e passamos a ter dois, o segundo sujeito a algumas regras especiais. Tínhamos um único tipo legal de contrato de prestação de serviços à Administração Pública e passamos a ter dois, o segundo sujeito a algumas regras especiais, sobretudo no que se refere ao prazo máximo de duração, diferente do fixado na Lei 8.666. Creio, porém, que dificilmente conseguirei encontrar resposta satisfatória para a pergunta sobre o porquê de o legislador ter denominado “concessão” um contrato de prestação de serviços à Administração Pública. E esclareço desde logo que não pretendo escrever sobre como são reguladas as PPPs na Inglaterra, nos Estados Unidos, na França, em Portugal ou no Japão, porque, editada a Lei 11.079, cabe a nós, operadores do Direito, interpretar e aplicar a disciplina normativa das PPPs **no Brasil**, analisando como a nova lei se insere no sistema jurídico brasileiro, tarefa que já se antevê bastante árdua.

(Comentário CELC nº 115 – 15.04.2005, divulgado no site www.celc.com.br)

Esta página é renovada quinzenalmente, nos dias 1 e 15 de cada mês.