

## Comentários à Concessão Especial de Serviços Públicos

Tauã Lima Verdan<sup>1</sup>

### Resumo:

Em sede de comentários introdutórios, cuida destacar que a Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004, instituiu, no ordenamento jurídico pátrio, normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Com efeito, o diploma ora mencionado considerou a parceria público-privada como contrato de administrativo de concessão. Em decorrência de tal aspecto caracterizador, sem olvidar da expressa referência contida no diploma legal que espanca acerca das concessões comuns, disciplinadas pela Lei N° 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, que comporta aplicação subsidiária de alguns dispositivos do mencionado *codex*. A contratação de parceria público-privada, introduzida no ordenamento jurídico pela Lei N° 11.079/2004, constitui verdadeira modalidade especial dos contratos de concessão. A partir do exposto, o presente se debruça em analisar os principais aspectos caracterizadores do instituto em comento, no Direito Administrativo, e as implicações produzidas, tal como os benefícios produzidos pela parceria público-privada no âmbito da administração pública.

**Palavras-chaves:** Concessão Especial. Serviço Público. Parceria Público-Privada.

**Sumário:** 1 Concessão Especial de Serviços Públicos: Notas Inaugurais; 2 Acepção Conceitual e Natureza Jurídica; 3 Modalidade e Incidência Normativa; 4 Objeto da Concessão Especial de Serviços Públicos; 5 Características e diretrizes; 6 Cláusulas essenciais, não essenciais e vedações; 7 Contraprestação e Garantias; 8 Sociedade de propósito específico; 9 Licitações: 9.1 Introdução; 9.2 Modalidade e Condições; 9.3 Edital; 9.4 Procedimento

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Atualmente, cursa a Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Penal e Processo Penal, da Universidade Gama Filho. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

## 1 Concessão Especial de Serviços Públicos: Notas Inaugurais

Em sede de comentários introdutórios, cuida destacar que a Lei N° 11.079<sup>2</sup>, de 30 de Dezembro de 2004, instituiu, no ordenamento jurídico pátrio, normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Conquanto o Projeto de Lei N° 2.546<sup>3</sup>, do Poder Executivo, queda-se silente quanto ao enquadramento da contratação, na órbita do sistema geral dos contratos, “a lei acabou por considerar a parceria público-privada como contrato administrativo de concessão (art. 2°), admitindo duas modalidades [...]: a concessão patrocinada e a concessão administrativa”<sup>4</sup>. Em decorrência de tal aspecto caracterizador, sem olvidar da expressa referência contida no diploma legal que espanca acerca das concessões comuns, disciplinadas pela Lei N° 8.987<sup>5</sup>, de 13 de Fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, que comporta aplicação subsidiária de alguns dispositivos do mencionado *codex*. Com espeque nas lições de Carvalho Filho<sup>6</sup>, a contratação de parceria público-privada, introduzida no ordenamento jurídico pela Lei N° 11.079/2004<sup>7</sup>, constitui verdadeira modalidade especial dos contratos de concessão.

Insta evidenciar que a disciplina encontra-se burilada no enunciado do inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal de 1988<sup>8</sup>, no qual é consagrado que a União Federal detém competência legislativa para editar normas gerais acerca

---

<sup>2</sup> BRASIL. **Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

<sup>3</sup> BRASIL. **Projeto de Lei N° 2.546, de 19 de Novembro de 2003**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

<sup>4</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 390.

<sup>5</sup> BRASIL. **Lei N° 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

<sup>6</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 390.

<sup>7</sup> BRASIL. **Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

<sup>8</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 dez. 2012: “**Art. 22.** *Compete privativamente à União legislar sobre: [omissis] 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, § 1°, III.*”

da contratação e licitação com incidência sobre todos os entes federativos. Imperiosamente, sublinhe-se, que o dispositivo citado acima é o bastião dos diplomas que inauguraram a Lei das Concessões e o Estatuto de Contrato e Licitações. “O âmbito de incidência das normas gerais é o mesmo desses diplomas: incidem sobre todas as pessoas federativas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – e as entidades da administração indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedade de economia mista”<sup>9</sup>, abarcando, inclusive, outras entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes federativos, assim como fundos especiais, mesmo que estes não sejam dotados de personalidade.

Sem embargo, no que atina a parcerias público-privadas contratadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, a lei estabelece limites para tais despesas, sendo considerada a receita corrente líquida da pessoa federativa. Ao lado disso, tão somente se forem atendidos tais limites é que a União poderá conceder-lhes garantia, tal como realizar transferência voluntária de recursos. Por via de consequência, a Lei N° 11.079/2004<sup>10</sup> exige que aqueles entes federativos encaminhem ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional as informações que indiquem o cumprimento dos aludidos limites. Além dos regramentos gerais, os quais são aplicáveis a todas as federativas, o diploma mencionado acima estabelece normas específicas direcionadas à União Federal. “É no campo de incidência de semelhantes normas que Estados, Distrito Federal e Municípios podem editar sua própria legislação”<sup>11</sup>. No mais, não se pode olvidar que a competência da União para editar normas de caráter geral não obsta que os demais entes federativos institua legislação de cunho complementar.

---

<sup>9</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 390.

<sup>10</sup> BRASIL. **Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012: “**Art. 28.** A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a cinco por cento da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos dez anos subsequentes excederem a cinco por cento da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que contratarem empreendimentos por intermédio de parcerias público-privadas deverão encaminhar ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação, as informações necessárias para cumprimento do previsto no caput deste artigo”.

<sup>11</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 391.

## 2 Acepção Conceitual e Natureza Jurídica

Ao se esmiuçar a lei que instituiu as parcerias público-privadas, é denotável que a ementa faz expressa menção as contratações das aludidas parcerias, todavia, na redação do artigo 2º<sup>12</sup> é qualificada como contrato administrativo de concessão. “A lei ficou confusa nesse ponto. A correta denominação deveria ser de ‘contrato de concessão especial de serviços públicos’, para distinguir tal ajuste”<sup>13</sup>. Ao lado disso, a locução “contrato de parceria” se revela equivocado, porquanto, em um primeiro momento, onde existe contrato, em sua acepção conceitual, não subsiste a parceira em seu sentido verdadeiro. Ademais, o denominado “parceiro privado” é uma pessoa comum do setor privado, que, ambiciona lucros e vantagens na execução do serviço ou da obra pública.

Com destaque, o que tem o condão de caracterizar a verdadeira parceira, na qual se observa a cooperação mútua, técnica e financeira, com escopos comuns e sem fins lucrativos, como se infere nos convênios e nos contratos de gestão com organizações sociais, estabelecidos em conformidade com a Lei Nº 9.637<sup>14</sup>, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Nesta esteira de raciocínio, conquanto subsista atecnia na denominação estruturada pelo ourives das leis, o contrato de concessão especial sob o regime de parceria público-privada pode ser descrito como o acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado, com o fim de promover a implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação de ordem pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entres os pactuantes.

---

<sup>12</sup> BRASIL. **Lei Nº 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012: “**Art. 2º** Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 391.

<sup>14</sup> BRASIL. **Lei Nº 9.637, de 15 de Maio de 1998**. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

É fato que a acepção conceitual busca abarcar os elementos fundamentais do instituto em comento, sendo que se trata de acordo de natureza contratual, porquanto é fruto da manifestação volitiva do Poder Público e do concessionário privado. “A delegação implica o serviço de implantação e gestão de empreendimentos públicos normalmente de grandes vultos”<sup>15</sup>. Em razão da natureza do serviço, é possível que ocorra, em sua execução, eventual realização de obras e fornecimento de bens, mesmo assim o objeto básico é o serviço de interesse público a ser prestado. O gasto, total ou parcial, com a prestação do serviço incumbe à pessoa privada, que será devidamente ressarcida durante o decurso do contrato. Inclusive, se a avença não prever contraprestação pecuniária do concedente ao concessionário, não há que se falar em concessão especial, mas sim concessão comum, sendo regulada pela Lei N° 8.987/1995<sup>16</sup>. Neste passo, os riscos e ganhos são compartilhados entre as partes.

No que concerne à natureza jurídica, é imprescindível destacar que o “*tipo de ajuste é a de contrato administrativo de concessão de serviço público, como, aliás, emana da própria lei*”<sup>17</sup>. Além disso, ao se considerar que o ordenamento faz menção à concessão comum, norteadada pela Lei N° 8.987/1995<sup>18</sup>, é imprescindível considerar que a delegação em tela é concessão especial, com o escopo de diferenciá-la daquela. Sobre tais modalidades de contrato, incidem o corolário da desigualdade das partes, bem como as cláusulas exorbitantes, características dos contratos administrativos previstos nas Leis N° 8.666/1993<sup>19</sup> e 8.987/1995<sup>20</sup>, entre elas a possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato, tal como a aplicação das sanções administrativas.

---

<sup>15</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 392.

<sup>16</sup> BRASIL. **Lei N° 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

<sup>17</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 392.

<sup>18</sup> BRASIL. **Lei N° 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

<sup>19</sup> BRASIL. **Lei N° 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 dez. 2012.

<sup>20</sup> BRASIL. **Lei N° 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

### 3 Modalidade e Incidência Normativa

Os contratos de concessão especial de serviços públicos, consoante dispõe a redação do artigo 2º da Lei Nº 11.079/2004<sup>21</sup>, admite duas modalidades, a saber: concessão patrocinada e concessão administrativa. A primeira apresenta como aspecto caracterizador o fato de os concessionários perceberem recursos de duas fontes, uma proveniente do pagamento das respectivas tarifas pelos usuários, e outra, de caráter adicional, oriunda da contraprestação pecuniária devida pelo poder concedente ao particular contratado. “A segunda modalidade é a concessão administrativa, assim considerada a prestação de serviço ‘de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens’<sup>22</sup>. Dessemelhante do que ocorre com a concessão patrocinada, a concessão administrativa não comporta remuneração pelo sistema de tarifas a cargo dos usuários, já que o pagamento da obra ou serviço é efetuado diretamente pelo concedente.

Mister se faz pontuar que, em sede de concessão administrativa, é admitido que os recursos para adimplemento sejam provenientes de outras fontes. Conquanto subsista entendimento que refute essa espécie de remuneração exclusiva do Poder Público, denominada de tarifa-zero, é robusto o entendimento de que, tratando-se de modalidade especial de concessão, não existe qualquer impeditivo constitucional para sua instituição. No que pertine à incidência normativa, a Lei Nº 11.079/2004<sup>23</sup>, embora seja o diploma fundamental a nortear o tema em destaque, admitiu a possibilidade de disciplina suplementar a ser adotada em consonância com a modalidade de concessão.

Como bem anota Carvalho Filho, “as concessões patrocinadas sujeitam-se à aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95 (lei geral das concessões), que regula as concessões comuns de serviços públicos, bem como de outras leis que sejam

---

<sup>21</sup> BRASIL. **Lei Nº 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012: “**Art. 2º** Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

<sup>22</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 393.

<sup>23</sup> BRASIL. **Lei Nº 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012: “**Art. 2º** Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.



*correlatas ao referido diploma*<sup>24</sup>. Noutro viés, em relação às concessões administrativas, a Lei N° 11.079/2004<sup>25</sup> é taxativa ao admitir a possibilidade da incidência, de maneira suplementar, das disposições contidas nas Leis N° 8.987/1995<sup>26</sup> e 9.074/1995<sup>27</sup>. Do primeiro diploma, incidem os artigos 21 (disponibilização aos participantes da licitação de estudos, projetos, obras e despesas ou investimentos realizados pelo concedente, obrigando o vencedor a promover o ressarcimento, em consonância com as disposições do edital); 25 (responsabilidade do concessionário por exequíveis prejuízos causados ao concedente, usuários ou terceiros); e, 27 a 39 (anuência do concedente para transferência da concessão ou do controle societário do concessionário; encargos do poder concedente e do concessionário; intervenção no serviço; e, extinção da concessão). Incide, também, o artigo 31 da Lei N° 9.074/1995.

É importante ponderar que *“os contratos de concessão (comum) de serviços públicos continuam regidos pela Lei n° 8.987/95 (lei geral das concessões e permissões) e pela legislação pertinente, não se lhes aplicando as disposições da Lei n° 11.079”*<sup>28</sup>. Da mesma sorte, os contratos administrativos, de maneira geral, que não se encontrem alcançados pela rubrica de “contratos de concessão”, independentemente da modalidade, estão sujeitos, de modo exclusivo, às disciplinas encartadas na Lei N° 8.666/1993.

#### **4 Objeto da Concessão Especial de Serviços Públicos**

Em consonância com as disposições contidas na Lei N° 11.079/2004<sup>29</sup>, o objeto da concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos e de obras

---

<sup>24</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 393.

<sup>25</sup> BRASIL. **Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012: “**Art. 2º** *Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa*”.

<sup>26</sup> BRASIL. **Lei N° 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

<sup>27</sup> BRASIL. **Lei N° 9.074, de 07 de Julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

<sup>28</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 393.

<sup>29</sup> BRASIL. **Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em:

públicas, a exemplo do que está inserto na Lei Geral das Concessões. Em aludida situação, a destinatária dos serviços e obras é a coletividade, incumbindo aos usuários pagar ao concessionário à respectiva tarifa, em decorrência da utilização do serviço. “Registre-se, no entanto, que o objeto básico da concessão é o serviço público, ainda que de cunho administrativo interno”<sup>30</sup>. Ademais, cuida salientar que já foi sustentada a impropriedade da expressão “concessão de obra pública”, posto que obra não se concede, mas sim contrata. Nesta senda, o que é concedido é o serviço, a atividade, o uso. Assim, quando o ordenamento se refere a tal expressão, o intérprete deve considerar que, mesmo sendo a obra o foco do contrato, o contratado recebe, em concessão a prestação de um serviço a ser executado em decorrência da obra por ele realizada.

Na concessão administrativa, por sua vez, o objeto é a prestação de serviço, sendo que o Poder Público é o usuário direto ou indireto, ainda que seja necessária a execução de obras ou o fornecimento e a instalação de bens, nos termos preconizados no §2º do artigo 2º da Lei N° 11.079/2004<sup>31</sup>. Subsiste caloroso debate quanto ao objeto da concessão administrativa, porquanto parte da doutrina sustentam que o objeto é complexo, abarcando, necessariamente, a prestação de um serviço e a execução de uma obra (ou mesmo uma concessão de uso); ao passo que outros sustentam inexistir a necessidade de objeto complexo, podendo o contrato compreender tão somente a prestação do serviço.

Neste particular, ao versar acerca do objeto da concessão administrativa, é perceptível que padeceu de técnica o legislador, ao colocar uma expressão vaga no corpo do dispositivo. “Note-se, pois, que o sistema pretende admitir a contratação de variada gama de serviços públicos de natureza administrativa, única hipótese em que se pode entender o fato de ser a Administração usuária direta ou indireta desses mesmos serviços”<sup>32</sup>. Em que pesem as similitudes, em razão do mesmo objeto, bem

---

<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012: “**Art. 2º** Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

<sup>30</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 394.

<sup>31</sup> BRASIL. **Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012: “**Art. 2º** Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa [omissis] **§2º** Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

<sup>32</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 394.



como o fato de ser a Administração usuária do serviço, o contrato de concessão administrativa de serviços não tem perfil idêntico ao do contrato de serviço norteados pela Lei N° 8.666/1993<sup>33</sup>. Neste, o particular contratado está limitado à prestação do serviço, incumbindo à Administração adimplir o respectivo preço em dinheiro; naquele, o concessionário presta o serviço, contudo a exigência que faça investimento na atividade, obrigando-se a Administração a uma contraprestação de ordem pecuniária que pode variar de espécie, em ressonância com a redação do artigo 6° Lei N° 11.079/2004<sup>34</sup>.

Com arrimo nas lições de Carvalho Filho, *“como se trata de delegação de gestão de determinada atividade de infraestrutura administrativa, a concessão administrativa reclama que se confira ao concessionário certo grau de autonomia empresarial”*<sup>35</sup>, a fim de assegurar que a atividade seja desenvolvida com maior eficiência e as metas estabelecidas sejam devidamente alcançadas. Assim, insta garantir que os meios e as estratégias inerentes ao poder de gestão atribuído a essa modalidade de concessão não embarace a atuação do concessionário. Fincado em tal motivo é que a Lei vedou a contratação direcionada somente ao fornecimento de mão de obra, ao fornecimento e instalação de equipamentos ou mesmo execução de obra pública, situações em que subsistiriam os cânones do estatuto dos contratos e licitações (Lei N° 8.666/1993<sup>36</sup>). Assim, com escora nas ponderações de Carvalho Filho, *“a concessão administrativa constitui mero pretexto para atrair investimentos do setor privado e, como concessionário é pessoa privada e persegue os lucros, fica no espírito do intérprete séria dúvida sobre a dimensão da contraprestação a que estará sujeita a Administração”*<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> BRASIL. **Lei N° 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 dez. 2012.

<sup>34</sup> BRASIL. **Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012: “**Art. 6°** A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: **I** – ordem bancária; **II** – cessão de créditos não tributários; **III** – outorga de direitos em face da Administração Pública; **IV** – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; **V** – outros meios admitidos em lei”.

<sup>35</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 395.

<sup>36</sup> BRASIL. **Lei N° 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 dez. 2012.

<sup>37</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 395.

## 5 Características e diretrizes

Os contratos de concessão especial sob o regime de parceria público-privada ostentam três características básicas que os distinguem dos demais contratos administrativos. A primeira está assentada no financiamento do setor privado, já que, por tal aspecto, o Poder Público não disponibilizará, de maneira integral, recursos financeiros para os empreendimentos públicos que contratar. Competirá, pois, ao parceiro privado o encargo de promover os investimentos no setor da concessão, seja com recursos próprios, seja por meio de recursos alcançados junto a outras entidades do setor público ou privado. Com destaque, talvez seja o ponto nodal que mais de perto justifique a aceção de parceria.

Outra característica a ser esmiuçada está relacionada ao compartilhamento dos riscos, entendido como o fato da Administração concedente se solidarizar com o parceiro privado, em caso de eventual ocorrência de prejuízos ou outra forma de déficit, ainda que tal consequência seja proveniente de fatos imprevisíveis, como caso fortuito, a força maior, o fato do príncipe e a imprevisão derivada de álea econômica extraordinária. Assim, sobreleva a robusta necessidade de eficiente controle sobre o objeto da contratação, porquanto, se a gestão do empreendimento, colocada a cargo do parceiro privado for desastrosa, o Estado concedente suportará, juntamente com aquele, com as consequências produzidas pela má execução dos contratos.

Neste diapasão, o aspecto substancial da concessão especial é a pluralidade compensatória estatuída como incumbência do Estado em favor do concessionário pela execução de obras ou do serviço, consoante se constata no artigo 6º Lei Nº 11.079/2004<sup>38</sup>. *“De fato, em tal sistema é admitida a contraprestação pecuniária de espécies diversas, além do pagamento direto em pecúnia, que é a forma comum de quitação. A lei admite a cessão de créditos não tributários e a outorga de certos direitos da Administração”*<sup>39</sup>. Ao lado disso, em razão de se enquadrar como contrato administrativo, a concessão especial sob o regime de

---

<sup>38</sup> BRASIL. **Lei Nº 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012: **“Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: I – ordem bancária; II – cessão de créditos não tributários; III – outorga de direitos em face da Administração Pública; IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V – outros meios admitidos em lei”**.

<sup>39</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 396.

parceria público-privada deverá ser celebrado com amparo nas diretrizes estabelecidas na Lei N° 11.079/2004<sup>40</sup>, sendo estas consideradas as linhas diretivas a serem observadas, quando a Administração elaborar seus projetos para tais espécies de ajuste.

Dentre as diretrizes a serem espancadas, é possível fazer alusão à eficiência na execução das obras e serviços públicos, ao respeito aos interesses dos destinatários do objeto do contrato e dos parceiros privados, bem como a transparência dos procedimentos e decisões. Afora isso, a Administração deve considerar a indelegabilidade das funções exclusivas do Estado, como a jurisdicional, as de regulação e as derivadas do exercício do poder de polícia. Tal fato se alicerça na premissa que mencionadas atividades não comportam delegação a pessoas do setor privado, impondo-se que sejam sempre executadas por entes dotados de potestade pública. Da mesma sorte, o mencionado diploma aponta a repartição objetiva dos riscos como diretriz, com o escopo de evitar o afastamento de eventuais parceiros privados, caso tivessem que tolerar o risco do empreendimento. *“Desse modo, os projetos administrativos devem considerar esse nível de igualdade no que toca aos riscos do Estado, tão obviamente indelegável quanto a jurisdicional”*<sup>41</sup>.

Outra importante diretriz a ser esmiuçada é a responsabilidade fiscal, incidindo tanto na etapa da celebração como na execução do serviço ou da obra. O êxito, contudo, da observância de similar diretriz carece muito do modo por meio do qual os órgãos da Administração desempenharão a função de controle. Insta destacar que o aludido controle será interno, quando estiver atrelado às receitas e despesas públicas, e externo, quando se tratar de verificação de desempenho do concessionário e das metas a serem alcançadas. Por derradeiro, a lei incluiu no rol das diretrizes a sustentabilidade financeira dos projetos de parceria, logo, incumbe à Administração se prover de reservas dos custos que ficarão a seu cargo e das vantagens socioeconômicas derivadas do objeto contratual, promovendo a indicação de quais os benefícios que poderão decorrer da estruturação ou da gestão do

---

<sup>40</sup> BRASIL. **Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

<sup>41</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 396.

empreendimento a ser executado pelo parceiro privado. Desta feita, é imprescindível que, de maneira prévia, seja verificada a relação de custo-benefício do empreendimento a ser projetado.

## **6 Cláusulas essenciais, não essenciais e vedações**

As concessões especiais sob o regime de parceria público-privada apresentam dois grupos distintos de cláusulas essenciais. O caráter da essencialidade está atrelado ao sentido de que a ausência ou distorção das mencionadas cláusulas tem o condão de produzir a nulidade do contrato, havendo uma intrínseca relação de validade da avença concessional. Existe ditame essencial quanto ao prazo contratual, não se admitindo a vigência inferior a cinco, nem superior a trinta e cinco anos, já computando eventual prorrogação. Ora, é perceptível que o contrato só admite ampliação se esta não ultrapassar aquele limite. Ao lado disso, a fixação do lapso temporal fica a critério da Administração, exercendo atividade discricionária, sendo imprescindível, entretanto, a observância do corolário da proporcionalidade. *Id est*, o lapso da avença concessional deve ser compatível com a amortização dos investimentos efetuados.

São obrigatórias, ainda, as cláusulas que prevejam a remuneração e atualização dos valores contratuais e as que apontem os meios de preservação da atualidade da prestação dos serviços. Caso a atualização dos valores contratuais estiver condicionada às fórmulas e aos índices objetivos, será automática a aplicação do reajuste, estando, dessa maneira, dispensada a Administração da prática do ato homologatório do reajuste. Em se rejeitando a atualização, o órgão concedente deverá apresentar, de modo expresso, sua justificativa para o fato e publicar o respectivo ato na imprensa oficial, até o prazo de quinze dias contado da apresentação da fatura.

Em consonância com a Lei N° 11.079/2004<sup>42</sup>, outras cláusulas essenciais são: a) a definição dos fatos que indiquem a inadimplência pecuniária do concedente; b) as sanções aplicáveis às partes, caso subsista inadimplemento, observando sempre o postulado da proporcionalidade em relação à gravidade da

---

<sup>42</sup> BRASIL. **Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

falta; c) as garantias de execução do contrato pelo parceiro privado compatíveis com a natureza e extensão do objeto contido no contrato; d) os critérios de avaliação de desempenho do concessionário; e) o compartilhamento com o Poder Público de ganhos econômicos do concessionário, caso haja redução do risco de crédito de financiamento por ele obtidos; f) a vistoria de bens reversíveis, isto é, aqueles que, uma vez utilizados pelo parceiro privado, comportam a transferência para o patrimônio da Administração, sendo admitida a retenção do pagamento, com o escopo de sanar eventuais irregularidades.

Afora as cláusulas obrigatórias, a lei admite, também, a inclusão das cláusulas não essenciais, ou seja, aquelas cuja ausência não acarreta na nulidade do contrato concessional. A inserção no contrato necessita da avaliação da conveniência a cargo da entidade concedente. Dentre estas, é possível fazer menção à previsão dos requisitos que conduzem o concedente a autorizar a transferência do controle da sociedade de propósito específico para seus financiadores, quando necessária reengenharia financeira e a continuidade da prestação do serviço. *“No caso, não se aplica o art. 27, §1º, I, da Lei Nº 8.987/95, segundo o qual o pretendente, para obter a autorização do poder concedente, deverá cumprir as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal indispensáveis à assunção do serviço”*<sup>43</sup>.

Será considerada, ainda, como facultativa a cláusula que preveja a possibilidade de que o empenho seja emitido, de maneira direta, em nome dos financiadores do projeto, quando se tratar de obrigações pecuniárias a cargo da Administração. É plenamente observável que o artigo 5º, §2º, inciso II, da Lei Nº 11.079/2004<sup>44</sup> buscou afastar a burocracia do processo de empenho e garantir ao investidor o recebimento de seus créditos. Por último, é patente, ainda, que o contrato contenha cláusula que contemple a possibilidade de serem pagas indenizações aos financiadores do projeto, caso sobrevenha a extinção antecipada

---

<sup>43</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 398.

<sup>44</sup> BRASIL. **Lei Nº 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012: “**Art. 5º** As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [omissis] **§2º** Os contratos poderão prever adicionalmente: [omissis] **II** – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública”.

do pacto concessional. Podem, da mesma sorte, a eles serem garantidos pagamentos efetuados pelos fundos e empresas governamentais garantidores da contratação. A ambição está jungida na criação de um chamariz para os financiadores, já que reduz os riscos de prejuízos advindos do empreendimento.

O diploma que institui a concessão especial em destaque prevê situações que materializam vedações relativas à parceria público-privada, os quais representam os pressupostos negativos do contrato, sendo que sua inobservância acarreta na invalidação por vício de legalidade. A primeira vedação se encontra sedimentada no valor, porquanto é defeso a contratação, quando o valor for inferior a vinte milhões de reais. “A contrario sensu, *se envolver quantia inferior dever ser celebrado contrato de obra ou serviço (Lei 8.666/93), ou contrato de concessão comum (Lei 8.897/95). Esse limite aplica-se de forma geral a todos os entes federativos*”<sup>45</sup>. Ao depois, a lei prevê a vedação quanto ao tempo, já que o pacto concessional não pode ser estipulado por lapso temporal inferior a cinco anos, como especifica o artigo 2º, §4º, inciso II, da Lei Nº 11.079/2004<sup>46</sup>.

Por derradeiro, a última vedação recai sobre o objeto, eis que o contrato não pode ter como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e a instalação de equipamentos ou a execução de obra pública. A vedação encontra justificativa na premissa que, versando o contrato unicamente sobre referidas atividades, estará ele amoldado na categoria de contrato normal de serviços, compras e obras, norteado pelos dispositivos do Estatuto dos Contratos e Licitações.

## 7 Contraprestação e Garantias

Em uma primeira plana, quadra assinalar que a contraprestação pecuniária é traço característico da parceria público-privada. Entretanto, é carecido evidenciar que o ideário de contraprestação pecuniária encerra dois sentidos distintos, a saber: o primeiro é o que acena que o poder concedente efetuará o pagamento ao parceiro privado diretamente em dinheiro; o segundo se assenta no

---

<sup>45</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 398-399.

<sup>46</sup> BRASIL. **Lei Nº 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012: “**Art. 2º** *Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. [omissis] §4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: [omissis] II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos;*”.



caráter que a pecuniariedade pode ser indireto, o que autoriza que a contraprestação seja efetuada por meio de mecanismo jurídico que, por sua vez, se converta posteriormente em pecúnia. Vale dizer que este último é o sentido contido na redação do artigo 6º da lei que dispõe acerca do tema.

Independente da forma, a contraprestação só pode ser efetuada quando já se encontrar disponível o serviço prestado pelo concessionário, o que substancia que a antecipação do pagamento pode configurar ato de improbidade administrativa. Doutra modo, sendo o serviço dividido em etapas, será lícito efetuar a contraprestação relativamente àquela que já se apresentar fruível pela Administração. Nesta esteira, a contraprestação será parcial e corresponderá à parte do serviço que já se encontrar executado e disponibilizado para o concedente. No tema em destaque, é hasteado como flâmula norteado o princípio da variabilidade remuneratório, o qual enuncia que o contrato pode conter cláusula na qual a remuneração esteja vinculada ao desempenho do concessionário. Entretanto, é imperioso que o contrato estabeleça de forma clara e precisa as metas e os padrões de qualidade e disponibilidade do objeto do ajuste.

A forma comum de contraprestação pecuniária a ser efetuada pelo parceiro público é a ordem bancária, indicando-se o valor devido ao concessionário que estará disponibilizado em estabelecimento bancário. É admitida, ainda, a cessão de créditos não tributários, como é o caso, a título de citação, dos créditos decorrentes de indenizações devidas por terceiros. Outro instrumento é a outorga de direitos em face da Administração Pública, compreendendo, apesar da fluidez e imprecisão da redação do dispositivo, direitos que admitam a possibilidade de conversão em pecúnia ou, ao menos, que estampem a representação de determinado valor. *“Como o interessado deve efetuar uma contrapartida, e tendo esta valor econômico, pode ser dispensada para que o respectivo valor sirva como contraprestação do Poder Público, outorgando-se, porém, o direito do parceiro privado”*<sup>47</sup>, como bem destaca Carvalho Filho.

Outro instrumento utilizado é a outorga de direitos sobre bens públicos dominicais, estando alcançada, nesta modalidade, a renda obtida em razão da locação ou da concessão de bens públicos. Em outro prisma, não servem como

---

<sup>47</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 400.

contraprestação os rendimentos provenientes do uso de bens de uso comum do povo e de bens de uso especial. É possível, ainda, que o arcabouço normativo preveja outros instrumentos a serem utilizados.

Afora isso, a parceria público-privada traz à baila maciça preocupação em evitar que o concessionário, a cujo cargo ficou os investimentos no serviço ou na obra pública, sofra prejuízo, ou, ainda, seja colocado em risco diante de possível inadimplemento do poder concedente ou até mesmo em razão de fatos imprevisíveis. A fim de combater tal situação, o diploma normativo estabeleceu garantias que podem ser encontradas relativamente às obrigações contraídas pela Administração Pública. Dentre essas garantias está a vinculação de receitas, caso o contrato estipule, podendo o concedente oferecer ao parceiro privado recursos vinculados à arrecadação de impostos. Com efeito, a situação supramencionada configura uma das hipóteses de exceção ao impeditivo constitucional que veda a vinculação de imposto a órgão, fundo ou despesa.

É possível, ainda, que sejam estipuladas outras formas de garantia, nos termos em que pincela a redação do artigo 6º da Lei N° 11.079/2004<sup>48</sup>, a exemplo de: a) contratação de seguro-garantia com empresas não controladas pelo ente estatal; b) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras fora do controle do Poder Público; c) a criação ou utilização de fundos especiais, conforme previsto em lei; d) garantia prestada por fundo garantidor ou empresa estatal criada especificamente para tal fim; e) outros instrumentos a serem adotados em lei. Prima destacar que o fundo garantidor configura universalidade jurídica de bens e direitos, apresentando-se como instrumento que confere ao credor maior facilidade no recebimento de seu crédito, o que não é verificável nos contratos comuns do Poder Público. *“Assinale-se, por fim, que tal sistema não poderia aplicar-se a fundos de natureza pública, eis que a regência nesse caso sofre o influxo de normas de direito público”*<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> BRASIL. **Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012: “**Art. 6º** A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: **I** – ordem bancária; **II** – cessão de créditos não tributários; **III** – outorga de direitos em face da Administração Pública; **IV** – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; **V** – outros meios admitidos em lei”.

<sup>49</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 401-402.

## 8 Sociedade de propósito específico

Em uma primeira plana, a Lei N° 11.079/2004<sup>50</sup> contemplou a instituição da sociedade de propósito específico, conferindo-lhe o encargo de implantar e gerir o projeto de parceria, consoante diciona o artigo 9°. “*Pretendeu o legislador colocar em apartado a pessoa jurídica interessada na parceria, de um lado, e a pessoa jurídica incumbida da execução do objeto do contrato, de outro*”<sup>51</sup>. Com destaque, a providência permitirá melhor forma de controle do poder concedente sobre as atividades, o desempenho e as contas do parceiro privado. Não obstante, a lei não se revelou inteligível quanto ao momento da constituição da referida sociedade, vez que o dispositivo mencionado acima utiliza a locução “antes da celebração do contrato”, parecendo que a precedência está relacionada apenas ao contrato, não alcançando, entretanto, a licitação.

Assim, quando do certame, participará normalmente a pessoa jurídica já existente, sendo que aquela que lograr êxito na licitação terá que cumprir a obrigação pré-contratual, consistente na instituição da sociedade de propósito específico. Prima destacar que o edital da licitação deverá estabelecer lapso temporal para que o licitante vencedor cumpra tal obrigação, posto que inócua seria a existência desta sem prazo-limite para o cumprimento. O certo é que, em sendo descumprida a obrigação, não poderá o poder concedente celebrar contrato com a sociedade primitiva. Dentro da órbita licitatória, incumbirá à Administração Pública promover a convocação do participante que se encontra na ordem de classificação imediatamente inferior.

A lei permite que a sociedade de propósito específico assuma a forma de companhia aberta, sob o modelo de sociedade anônima, de maneira a propiciar a negociação de valores mobiliários no mercado, como bem aduz o §2° do artigo 9° da Lei N° 11.079/2004<sup>52</sup>. Trata-se, com destaque, de faculdade legal, na qual se infere

---

<sup>50</sup> BRASIL. **Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

<sup>51</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 402.

<sup>52</sup> BRASIL. **Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012: “**Art. 9°** *Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. [omissis] §2° A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado*”.

que a referida sociedade poderá constituir-se com capital fechado. “*Esta enseja constituição por subscrição particular, originando-se de deliberação dos subscritores em assembleia-geral ou por escritura pública*”<sup>53</sup>. A companhia aberta decorre da constituição por subscrição pública, de iniciativa dos denominados *fundadores*, aqueles que ambicionam captar recursos no mercado para a estruturação da sociedade, e reclama a observância do procedimento específico previsto em lei para sua constituição. Quadra anotar que esta última não vincula os sócios através de contrato propriamente dito, mas sim por ato plurilateral; em se tratando de subscrição pública, os subscritores apenas aderem ao empreendimento. Em razão do pontuado, são consideradas sociedades institucionais, e não contratuais, como são aquelas em que se verifica a presença da *affectio societatis*.

Em se tratando de transferência do controle da sociedade de propósito específico, é imprescindível que a autorização expressa da Administração, devendo, pois, o edital e o contrato estabelecerem critérios para esse fito, consoante espanca o §1º do artigo 9º da Lei N° 11.079/2004<sup>54</sup>. Contudo, é exigida a observância do §1º do artigo 27 da Lei N° 8.987/1995<sup>55</sup>, o qual estabelece que deve o pretendente ao controle da sociedade preencher os requisitos relativos à capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, que o habilitem à execução do contrato, tal como assumir o compromisso de cumprir todas as cláusulas do contrato que se encontra em vigor.

O diploma legislativo que norteia o tema veda que a Administração Pública seja titular da maioria do capital votante nessa espécie de sociedade. Via de consequência, “*a sociedade de propósito específico não poderá adotar a forma de*

---

<sup>53</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 402.

<sup>54</sup> BRASIL. **Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012: “**Art. 9º** Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. **§1º** A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.”

<sup>55</sup> BRASIL. **Lei N° 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012: “**Art. 27**. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. **§1º** Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá: **I** - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e **II** - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor”.

*sociedade de economia mista, nem a de sociedade de mera participação estatal em que o Poder Público seja detentor da maioria do capital com direito a voto*<sup>56</sup>. É perceptível que a legislação optou por afastar qualquer ingerência de órgãos públicos no controle dessas sociedades. É admissível, porém, a aquisição da maioria do capital votante por instituição financeira controlada pelo Poder Público, em razão do inadimplemento de contratos de financiamento, como contempla o §5º do 9º da Lei N° 11.079/2004<sup>57</sup>. Com espeque em tais disposições, se a referida instituição financeira se enquadrar na categoria da sociedade de economia mista ou empresa pública, e houver previsão expressa nessa direção, constituir-se-á sociedade de economia mista ou empresa pública subsidiária, também denominada de segundo grau. *“Sem a previsão legal, entretanto, a assunção da maioria do capital votante renderá ensejo à formação de sociedade de mera participação do Estado, com a condição especial de ser titular da parte majoritária do capital social com direito a voto*<sup>58</sup>.

## 9 Licitações

### 9.1 Introdução

A Lei N° 11.079/2004<sup>59</sup>, a exemplo do que se infere na Lei N° 8.987/1995<sup>60</sup>, estabeleceu normas específicas para os contratos de concessão especial, as quais não tem o condão de excluir as normas gerais sobre o certame licitatório. Por via de consequência, cuida destacar que as normas contidas na legislação própria serão dotadas de aplicabilidade primária. Não obstante, incidem, em caráter de aplicabilidade subsidiária, as normas e ditames contidos na Lei N°

---

<sup>56</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 403.

<sup>57</sup> BRASIL. **Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012: “**Art. 9º** Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. [omissis] **§5º** A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento”.

<sup>58</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 403.

<sup>59</sup> BRASIL. **Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

<sup>60</sup> BRASIL. **Lei N° 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

8.666/1993<sup>61</sup> e da Lei N° 8.987/1995<sup>62</sup>, que, por se tratar das concessões em geral, que dispõe especificamente acerca das parcerias público-privadas.

## 9.2 Modalidade e Condições

A modalidade de licitação que deve preceder o contrato de concessão especial é a concorrência, que é a espécie empregada para contratos de grande vulto e que, em razão disso, reclama maior rigor no processo seletivo. Por óbvio, o procedimento se condiciona a um conjunto de especificidades adequadas ao instituto em comento, sendo estabelecido no *codex* que não poderá ser utilizada espécie diversa de licitação, a exemplo do convite, tomada de preços ou pregão. Ao lado disso, como a concessão especial apresenta nortes jurídicos próprios, a lei que orienta o tema impôs a presença de certas condições para a instauração de procedimento licitatório.

A primeira delas está alicerçada na autorização da autoridade competente, arrimada em estudos técnicos que apontem: a) a conveniência e oportunidade administrativos e as razões que ofereçam suporte à opção ao regime das parcerias público-privadas; b) a subsistência das metas de resultados fiscais, promovendo a compensação dos efeitos da contratação por meio do aumento de receita ou de redução da despesa nos períodos subsequente; e, c) a observância dos limites e condições estabelecidos no diploma de responsabilidade fiscal. É carecido, ainda, que o objeto do pacto esteja previsto no plano plurianual previsto ao período da execução do ajuste. Da mesma maneira, deve a Administração identificar a estimativa do impacto orçamentário-financeiro decorrente do empreendimento, cabendo ao ordenador de despesa declarar que as obrigações advindas do contrato tem harmonia com a lei de diretrizes orçamentárias e que estão contempladas na lei orçamentária anual. A fim de atender tal condição, é necessário que seja feita a estimativa do fluxo de recursos públicos imprescindíveis ao cumprimento do objeto do contrato e ao adimplemento das obrigações assumidas pelo Poder Público.

---

<sup>61</sup> BRASIL. **Lei N° 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 dez. 2012.

<sup>62</sup> BRASIL. **Lei N° 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.



Outra condição é a realização de consulta pública, a fim de promover a análise da minuta do edital de licitação e do contrato de concessão, devendo a Administração providenciar a carecida publicação, indicando todos os elementos que demonstrem a necessidade da contratação, tal como estabelecendo lapso temporal para recebimentos das sugestões, críticas e observações em torno do propósito governamental. Ao lado disso, ainda como condição, é imprescindível a obtenção de licença ambiental (ou as diretrizes para obtenção), com vistas ao empreendimento ambicionado. Em sendo empreendimento de vulto maciço, a mencionada licença será relevante, porquanto, apenas através dela, é possível verificar se o meio ambiente não estará sujeitos a danos fatos e de caráter irreversível.

Em termos finais, é relevante que o empreendimento seja sustentável, pois não adianta resolver um problema com o serviço ou obra pública e, de maneira concomitante, criar outro com a destruição do sistema ecológico. É exigível, por derradeiro, autorização legislativa específica, quando o Poder Público objetivar celebrar concessão patrocinada, em tenha que arcar com o adimplemento de valor superior a 70% (setenta por cento) da remuneração a ser pagar ao concessionário.

### 9.3 Edital

Enquanto instrumento convocatório e representando o documento essencial de regência da licitação, o edital sempre terá que se sujeitar ao conjunto de exigências especiais abarcadas na lei. Com efeito, esse ato reflete o conjunto de normas que orientam as relações entre o Poder Público e os participantes da licitação. O Estatuto de Contratos e Licitações enumerou os requisitos básicos, em seu artigo 40, ao passo que a Lei de Concessões e Permissões os insculpiu entre os artigos 14 a 22. Da mesma maneira, a Lei N° 11.079/2004<sup>63</sup> indicou alguns elementos específicos apropriados ao regime da parceria público-privada e faz remissão a dispositivos contidos nos diplomas legais ora mencionados. Estabelece o artigo 11 que o edital “conterá” a minuta do contrato. *“A minuta do contrato não se insere nos termos do edital; considera-se integrante dele, mas sua apresentação*

---

<sup>63</sup> BRASIL. **Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

formal se faz pela anexação da minuta no edital<sup>64</sup>. Essencialmente, essa é a previsão contida no inciso III do §2º do artigo 40 da Lei N° 8.666/1993<sup>65</sup>.

No que couber, são aplicáveis algumas normas do procedimento de licitação insculpidos na Lei N° 8.987/1995, sendo a mais proeminente a contida no artigo 18, que enumera o elenco geral dos requisitos. É admitida a participação de empresas em consórcio e a disponibilização aos interessados de estudos, projetos, obras, serviços e investimentos já efetuados pelo concedente, sendo possível a previsão que verse sobre o ressarcimento das despesas pelo licitante vencedor se o edital estabelecer, consoante reza o artigo 21 da Lei N° 8.987/1995<sup>66</sup>. Como bem anota Carvalho Filho, “a outra remissão é ao art. 15, §§3º e 4º, da Lei N° 8.987: *recusa as propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente descompassadas em relação aos fins da licitação e a preferência à proposta oferecida por empresa brasileira no caso de haver igualdade de condições*”<sup>67</sup>. Deve, pois, o instrumento convocatório assinalar, de maneira expressa, a garantia da proposta do licitante. Desta feita, com o fito de evitar abusos por parte do concedente, no que toca a inviabilizar a participação de algum interessado, a lei fez referência ao artigo 31, inciso III, da Lei N° 8.666/1993<sup>68</sup> (Estatuto dos Contratos e Licitações), o qual estabelece que a garantia deve estar assentada em um por cento

---

<sup>64</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 405.

<sup>65</sup> BRASIL. **Lei N° 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 dez. 2012: “**Art. 40.** O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: [omissis] **§2º** Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: [omissis] **III** - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor”.

<sup>66</sup> BRASIL. **Lei N° 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012: “**Art. 21.** Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital”.

<sup>67</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 405.

<sup>68</sup> BRASIL. **Lei N° 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 dez. 2012: “**Art. 30.** A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: [omissis] **III** - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação”.

do valor estimado do objeto da contratação. Em havendo garantias a serem oferecidas pela Administração ao parceiro privado, como permite o artigo 8º da Lei N° 11.079/2004<sup>69</sup>, deverão, também, estar especificadas no edital.

#### 9.4 Procedimento

O diploma que introduz a concessão especial sob o regime de parceria público-privada apresenta aspectos procedimentais peculiares, os quais serão observados, imperiosamente, para a materialização da contratação da parceria. Ao lado disso, a Lei N° 11.079/2004 foi clara ao fazer referência aos dispositivos contidos no Estatuto de Contratos e Licitações, como as regras básicas a serem adotadas no certame. Desta feita, as normas apontadas no diploma de parceria terão caráter complementar. Nestes termos, será plenamente lícito à Administração fazer prévia aferição de qualificação técnica das propostas apresentadas, sendo desclassificados os interessados que não alcançarem pontuação mínima, situação em se operará a exclusão da licitação.

Cuida destacar que “os critérios de julgamento são os mesmos previstos para as concessões comuns (art. 15, I a V, da Lei 8.987/95)”<sup>70</sup>. Acrescenta, ainda, a Lei N° 11.079/2004<sup>71</sup> dois critérios, a saber: a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração; b) melhor proposta decorrente da combinação do critério anterior com o de melhor técnica, conforme os pesos mencionados no instrumento convocatório. No mais, a formalização das propostas econômicas deve ser definida no edital, mas a lei admite a utilização de duas modalidades distintas. Na primeira, a proposta será apenas escrita e apresentada em envelope lacrado; na segunda, é permitido o oferecimento da proposta por escrito, seguindo-se lances em viva voz.

Pelo exposto, é possível a adoção do sistema da oralidade, previsto na modalidade pregão, existindo, contudo, dois mecanismos formais em relação a tal sistema. “*Em primeiro lugar, devem ser oferecidos na ordem inversa de classificação das propostas escritas; significa que o primeiro lance deve ser oferecido pelo último*

---

<sup>69</sup> BRASIL. **Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

<sup>70</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 407.

<sup>71</sup> BRASIL. **Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

*colocado no certame; o segundo, pelo penúltimo, e assim por diante*<sup>72</sup>. É permitido, ainda, restringir o universo daqueles que irão participar dos lances em viva voz, com o escopo de se admitir tão apenas aqueles que tiverem ofertado proposta escrita no máximo 20% (vinte por cento) maior do que o *quantum* da melhor proposta. Aprouve ao legislador em deixar claro as razões de análise das propostas técnicas, tanto para qualificação como julgamento. Por tal motivo, foi exigido o regime de motivação, em que o Poder Público deve fundamentar os atos de aferição com espeque nos elementos definidos objetivamente no certame. Deste modo, quanto mais objetivos forem os parâmetros de avaliação da proposta técnica, mais assegurado estará o direito dos licitantes e menos possível será o cometimento de abusos administrativos.

Contempla, também, a lei a possibilidade de se adotar o regime de inversão das fases de habilitação e julgamento, este sendo precedente àquela, assim como sucede na modalidade pregão. Em sendo divulgado o resultado final, o objeto do contrato será adjudicado ao vitorioso no certame, sendo, então, assegurada a execução do contrato de concessão especial, o ato de resultado final do procedimento licitatório, advindo da comissão de licitação, deve sujeitar-se à homologação da autoridade superior competente, porquanto a esta é que incumbe verificar os aspectos de legalidade e mérito concernentes à licitação e ao futuro contrato. Tão somente após a homologação é que, em definitivo, deve ser perpetrado o ato de adjudicação, isto é, o ato de conferir ao vencedor o direito à execução do contrato.

---

<sup>72</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 407.

**REFERÊNCIA:**

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 dez. 2012.

BRASIL. **Lei Nº 8.666, de 21 de Junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 dez. 2012.

BRASIL. **Lei Nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

BRASIL. **Lei Nº 9.074, de 07 de Julho de 1995.** Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

BRASIL. **Lei Nº 9.637, de 15 de Maio de 1998.** Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências . Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

BRASIL. **Lei Nº 11.079, de 30 de Dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

BRASIL. **Projeto de Lei Nº 2.546, de 19 de Novembro de 2003.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.