

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS

CURSO DE DIREITO

JONATHAN DA SILVA NUNES

O INSTITUTO DA CONCESSÃO EM UM BRASIL DE ESPETÁCULOS: REALIDADE E
DESAFIOS

São Luís

2016

JONATHAN DA SILVA NUNES

O INSTITUTO DA CONCESSÃO EM UM BRASIL DE ESPETÁCULOS: REALIDADE E
DESAFIOS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação do Curso de
Direito da Universidade Federal do
Maranhão, como requisito para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

São Luís

2016

Nunes, Jonathan da Silva.

O instituto da concessão em um Brasil de espetáculos: realidade e desafios / Jonathan da Silva Nunes. — São Luís, 2015.

89 f.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Lucyléa Gonçalves França.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2015.

1. Direito administrativo. 2. Administração pública. 3. Concessão. 4. Contratação pública. 5. Parceria público-privada. 6. Megaeventos esportivos. I. Título.

CDU 349.95:351.712.2

JONATHAN DA SILVA NUNES

**O INSTITUTO DA CONCESSÃO EM UM BRASIL DE ESPETÁCULOS:
REALIDADE E DESAFIOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

**Profa. Dr^a. Lucyléa Gonçalves França
(Orientador)**

1º Examinador

2º Examinador

São Luís
2016

AGRADECIMENTOS

Ao Deus, vivo e presente em cada passo dessa caminhada, sem ele nada sou.

A esta universidade, seus professores, funcionários, coordenação, reitoria e demais membros que enriqueceram e engrandeceram a minha formação acadêmica e como cidadão.

A minha orientadora Lucyléa França pelo suporte, incentivo e disponibilidade, prestando legítima orientação não apenas neste trabalho monográfico, mas em todas as dificuldades que tive ao longo da minha jornada acadêmica.

Ao meu pai Cândido Nunes, um verdadeiro herói que nas batalhas da vida sempre me ensinou que com honestidade, dedicação, determinação, e com trabalho, todas as conquistas serão inevitáveis consequências.

A minha esposa Monike que esteve ao meu lado durante todo esse trajeto, com o seu amor e incondicional apoio em todos os momentos, nos dias difíceis, nos desafios que pareciam inalcançáveis, nas decepções e por vezes frustrações, suas palavras de apoio e sua inigualável presença transformou todas as adversidades em algo diminuto, efêmero, propiciando por fim este momento único em minha vida.

E um sincero agradecimento a todos os colegas de turma, e quaisquer outros membros dessa instituição que contribuíram de forma direta ou indireta para a minha formação.

RESUMO

O instituto da concessão é tema de constante debate e possui grande importância no modelo de gestão brasileiro. Ao falar das concessões as parcerias público-privadas vêm ganhando maior destaque devido a sua ampla utilização, tornando-se cada vez mais um mecanismo adotado diante do problema da emergente necessidade de crescimento infraestrutural e limitações recursais da administração pública. O presente trabalho busca abordar conceitos e características não apenas do instituto da concessão em sentido *lato*, mas engloba temas conexos como os serviços públicos, a equação econômica e financeira do contrato, o regime diferenciado de contratação pública e uma melhor abordagem sobre a modalidade das parcerias público-privadas. Destacando-se as concessões durante o período dos megaeventos esportivos “Copa do Mundo” e “Jogos Olímpicos de 2016”.

Palavras-Chaves: Administração pública. Concessão. Parceria público-privada. Contratações públicas. Copa do mundo. Jogos olímpicos. Lei 8.987/95. Lei 11.079/04. Lei 12.462/11.

ABSTRACT

The institute of the concession is subject of constant debate and possesss great importance in the Brazilian model of management. When speak of the concessions, the public-private partnerships come gaining bigger prominence due to its ample use, becoming each time plus a mechanism adopted on problem of the emergent necessity of infrastructural growth and limitations financial of the public administration. The present work searches approach to not only concepts and characteristics of the institute of the concession in one interpretation direction *lato*, but includes connected subjects as the public services, the equation economic-financial of the contract, the regimen differentiated of hiring public and one better approach of the modality of the public-private partnerships. Being distinguished the concessions during the period of the mega sporting events "World Cup of football" and "Olympic Games 2016".

SUMMARY:

Key Words: Administrative Law. Concession. Public-private partnerships. Public Contracting. World Cup of Football. Olympic Games. Law 8.987/1995. Law 11.079/2004. Law 12.462/2011.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1. INTRODUÇÃO | 9 |
| 2. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS..... | 11 |
| 2.1. Serviços públicos um olhar breve acerca do tema | 11 |
| 2.2. A implicações do modelo gerencial da administração nos serviços públicos..... | 16 |
| 2.3. Conceito de concessão | 18 |
| 2.4. Competência Legislativa..... | 19 |
| 2.5. Natureza jurídica e Princípios do contrato de concessão de serviço público..... | 21 |
| 2.6. Modalidades de delegação da concessão. | 24 |
| 2.7. Direitos e deveres das partes que compõem a concessão. | 27 |
| 2.8. O prazo das concessões | 35 |
| 2.9. Modalidades de extinção..... | 35 |
| 3. A PARCERIA PÚBLICO PRIVADA E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO NO CONTRATO DE CONCESSÃO | 39 |
| 3.1. A parceria público-privada (PPP) | 39 |
| 3.2. Elementos mutáveis e imutáveis da concessão | 48 |
| 3.3. Equilíbrio econômico financeiro..... | 49 |
| 3.4. Teoria das áleas | 52 |
| 3.4.1. Álea ordinária..... | 53 |
| 3.4.2. Álea extraordinária..... | 53 |
| 3.5. Restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro no contrato de concessão..... | 56 |

| | |
|---|-----------|
| 3.5.1. Reajuste de tarifas | 56 |
| 3.5.2. Revisão periódica | 57 |
| 3.5.3. Revisão extraordinária..... | 57 |
| 3.5.4. Dilação de prazo contratual..... | 58 |
| 3.5.5. Aporte de recursos públicos | 58 |
| 4. O INSTITUTO DA CONCESSÃO EM UM BRASIL DE ESPETÁCULO: REALIDADE E DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO DIANTE DAS EMERGENTES NECESSIDADES ESTRUTURAIS | 60 |
| 4.1. Um Brasil carente de infraestrutura: Parcerias público-privadas, a solução para o problema? | 60 |
| 4.2. Lei nº 12.462/ 2011: Regime diferenciado de contratação pública..... | 65 |
| 4.3. Como o modelo das parcerias público-privadas está presente diante do período de eventos esportivos copa do mundo de futebol e jogos olímpicos..... | 68 |
| 4.3.1. A concessão na copa do mundo | 68 |
| 4.3.2. A concessão nos jogos olímpicos de 2016: PPPs do Porto Maravilha e Parque Olímpico | 76 |
| 4.4. A carência de um pensamento voltado a gestão pública: a necessidade de parcerias que visem o efetivo cumprimento das necessidades públicas..... | 81 |
| 5. CONCLUSÃO | 86 |
| REFERÊNCIAS | 89 |

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como principal intuito realizar um estudo acerca do instituto da concessão, enfatizando a sua importância na realidade da administração pública nacional, abordando não apenas seu conceito e características, mas tratando de forma ampla de assuntos conexos como os serviços públicos, a equação econômica e financeira do contrato e uma melhor abordagem sobre a modalidade parceria-público privada, além disso, buscou-se destacar como as concessões estão sendo utilizadas diante dos megaeventos esportivos “Copa do Mundo” e “Jogos Olímpicos de 2016”, com grande destaque para as parcerias público-privadas e o regime diferenciado de contratação pública.

Buscou-se nesse trabalho leis, doutrinas, jurisprudências, relatórios fiscais e noticiários, que nos auxiliassem a ter um pensamento crítico sobre as concessões no Brasil, sobre como os investimentos públicos são realizados e principalmente como a parceria com o setor privado tem sido importante para a realização de investimentos que busquem a satisfação do interesse público.

Nesse desafio, início o primeiro capítulo abordando importantes conceitos sobre o tema serviços públicos. No tópico seguinte faço comentários sobre a importância das reformas implantadas pelo governo Fernando Henrique Cardoso que propiciaram uma maior eficiência na utilização dos recursos públicos, bem como um modelo de gestão voltado para resultados que melhor atendesse o interesse dos administrados. Mas, o ponto central do capítulo é dedicado a uma abordagem cuidadosa do instituto da concessão trazendo seu conceito, natureza jurídica, competência legislativa, princípios do contrato de concessão, modalidades de delegação, os poderes do estado concedente, os direitos e deveres dos concessionários e usuários dos serviços públicos, os prazos da concessão e por fim as modalidades de extinção, tendo como ponto de apoio as doutrinas que escrevem sobre a matéria.

No segundo capítulo passasse a análise das parcerias público-privadas e do equilíbrio econômico e financeiro do contrato. As parcerias público-privadas constituem elemento chave na compreensão deste trabalho uma vez que no cenário da administração atual podem ser vistas como a principal forma de concessão, dadas as suas características de celeridade, eficiência e principalmente economicidade dos recursos públicos. Os principais investimentos do período em destaque neste trabalho, os megaeventos esportivos, foram e estão sendo realizados através de parcerias. O outro elemento do capítulo é o equilíbrio econômico financeiro do contrato, o

seu destaque é de fundamental importância na compreensão das garantias que cercam as concessões. É o equilíbrio econômico financeiro que defende o contrato diante dos fatos humanos ou naturais que possam alterá-lo, se excetuando aqueles fatos que sejam previsíveis, os inerentes a álea econômica e que não possui relação com as ações do estado, sendo, portanto, uma busca pela preservação do equilíbrio contratual, para que não afete qualquer das partes seja concessionário, ou seja poder concedente.

Por fim, no terceiro capítulo aborda-se diretamente o instituto da concessão diante da realização dos megaeventos esportivos, o capítulo é formulado em quatro tópicos que são fundamentais à compreensão daquilo que este trabalho se propõe. No primeiro deles se debate a efetividade da parceria público privada no Brasil, evidenciando que embora se trate de um instituto mais célere, econômico, e em teoria mais eficiente que a concessão comum, podemos encontrar diversos problemas na sua execução. O segundo tópico busca por meio de doutrinas, relatórios fiscais e noticiários traçar um panorama sobre as principais concessões realizadas no período da copa do mundo e dos jogos olímpicos, dando destaque as parcerias público privadas devido à grande utilização da modalidade, no tópico analisaremos os contratos de concessão, os resultados obtidos, as falhas encontradas, buscando formar um pensamento crítico sobre o saldo parcial desse período. No penúltimo tópico abordaremos o regime de contratação diferenciada, abordando sua importância e principais inovações trazidas. E por fim se faz uma crítica sobre a carência de um pensamento voltado a gestão pública diante da necessidade de parcerias que visem o efetivo cumprimento das necessidades públicas.

É válido ressaltar que este trabalho não tem como meta dar um veredito sobre as parcerias público-privadas no Brasil, principalmente devido a repercussão de investigações de corrupção recentes no cenário nacional. As consequências desse momento conturbado da política e da administração brasileira poderão afetar diretamente a forma que interpretamos o sistema de garantias existentes nos processos licitatórios e por consequência nas concessões.

2. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1. Serviços públicos um olhar breve acerca do tema

Iniciar esse trabalho monográfico abordando de maneira breve o tema serviço público pode causar inquietação ao leitor, mas embora não se faça uma abordagem extremamente aprofundada não deixaremos de tratar dos elementos principais durante todos os capítulos, uma vez que a tensão existente entre o poder concedente e o concessionário na triangulação com esse interesse público deve almejar uma boa prestação dos serviços.

Destarte, neste tópico nos atemos a noções básicas do que consiste o termo “serviços públicos”, e posteriormente nas demais reflexões desse trabalho a elucidação dos demais temas servirá como complemento dessa compreensão.

Os serviços públicos, de forma simples, são aqueles prestados pelo Estado ou por aqueles que os representam de forma delegada, com o intuito de satisfazer as necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, bem como as necessidades do próprio Estado.

Nas palavras do professor Mello (2013, p. 687) serviços públicos são:

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinentes aos seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público- portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Para Carvalho Filho (2014, p. 329) serviço público: “[...] consiste em toda atividade prestada pelo Estado ou pelos seus delegados, basicamente sob o regime de direito público, com vistas a satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.”

Para Di Pietro (2014, p. 107) a definição de serviços públicos corresponde a: “[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”

Para Medauar (2004, p. 372) serviço público “[...] apresenta-se como uma dentre as muitas atividades desempenhadas pela administração, que deve utilizar seus poderes, bens e agentes, seus atos e contratos para realiza-lo de modo eficiente. ”

Para Cunha Júnior (2012, p. 241) serviço público:

É uma atividade administrativa e material prestada pelos órgãos da administração direta do Estado ou por suas entidades da administração indireta ou, ainda, por empresas privadas que atuam por delegação do Estado, consistente em utilidades ou comodidades materiais criadas por lei, fruíveis direta ou indiretamente pelos administrados, sujeitos a regime total ou parcialmente públicos”.

Diante dos vários conceitos encontrados acerca da matéria existem, portanto, duas formas de conceituar os serviços públicos, sendo a primeira uma visão ampla e a outra mais restrita, de modo que ambas as abordagens nos fornecem conceitos adequados que não se excluem e que coexistem.¹

É fato que diante dos conceitos apresentados, podemos extrair os elementos constitutivos dessa definição, o primeiro deles que iremos abordar é o elemento subjetivo.

No elemento subjetivo se leva em consideração qual o sujeito que cria e que presta o serviço público. O Estado é o incumbido legalmente dessa função devendo ele na forma da lei ou sob regime de concessão ou permissão, sendo a última sempre através de licitação, prestar os serviços públicos, conforme previsão legal do art. 175 da Constituição Federal.

Assim, cabe ao Estado a faculdade de exercer a atividade diretamente, uma vez que ele entenda que deve se apoderar desse exercício por determinar não ser conveniente ou adequado que o mesmo seja exercido pelo particular, cabendo a ele a gestão, sendo, portanto, titular absoluto do serviço. O Estado também poderá exercer essa gestão por outorga ou delegação,

¹ Di Pietro (2014, p. 107) em sua obra reafirma essa concepção ao nos dizer que no direito positivo ambas as abordagens são comportadas uma vez que ambas estão presentes em nosso ordenamento constitucional das duas formas, não havendo, portanto, um rigor excludente acerca de qualquer um desses sentidos. Como segue nas linhas em que diserta que “em exemplo no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que cuida da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, esta expressão aparece em seu sentido mais amplo, de modo a abranger todas as atividades do Estado, sem distinguir a administrativa, a judicial e a legislativa, e sem distinguir o serviço público, em sentido estrito, da atividade de polícia, do fomento e da intervenção. Já no artigo 175, que atribui ao poder público a prestação de serviço público, mediante concessão ou permissão, a expressão aparece em seu sentido mais restrito, adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, porque pressupõe que se trate de fornecimento de utilidades das quais os cidadãos possam usufruir individualmente. Também no artigo 145, II, ao prever, como um dos fatos geradores da taxa, a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição, a expressão serviço público é utilizada em seu sentido mais restrito. ”

em caso de outorga será prestado pela administração pública indireta por meio de criação de lei especial que cria e transfere a gestão desses serviços públicos a entidades criadas pelo próprio Estado, sendo as pessoas jurídicas criadas com essa finalidade. Ao passo que na concessão, permissão ou autorização, as pessoas jurídicas que não compõem a administração direta ou indireta recebem do Estado a gestão de serviços públicos específicos por meio de contrato administrativo ou ato administrativo unilateral, ou seja, objetivam unicamente a prestação daquele serviço público.

O próximo elemento é o elemento formal, este também definido por lei corresponde ao regime jurídico aplicável ao serviço público. A teoria mais adotada é a de que ao se tratar de serviços não industriais ou comerciais o regime jurídico é de direito público, ao passo que para os serviços comerciais ou industriais o regime será de direito privado (civil ou comercial).

E por fim o elemento material, o que entre os autores é de certo modo unânime em dizer que consiste a uma atividade de interesse público, devendo-se sempre recordar que se trata de um interesse público e que a lei atribui esse objetivo ao Estado.²

Quanto aos princípios que se aplicam ao serviço público abordaremos de maneira breve os três princípios que são considerados principais, são eles: o princípio da continuidade do serviço público, princípio da mutabilidade do regime jurídico e o princípio da igualdade.

O princípio da continuidade do serviço público nas palavras de Cunha Junior (2012, p. 243) consiste na noção de que “o serviço público, além de ser um dever do Estado, ele não pode sofrer solução de continuidade. ” Para Di Pietro (2014, p. 113) “o serviço público não pode parar, tem aplicação especialmente com relação aos contratos administrativos e ao exercício da função pública. ” A continuidade do serviço público é um princípio que também estará presente quando discutirmos acerca da concessão, uma vez que, diversos casos de concessões do serviço público foram renovados tendo como uma das maiores justificativas ou fundamentos a manutenção da continuidade da prestação do serviço.

² A observação do texto tenta trazer a reflexão de que nem tudo que é tido como interesse público justifica a materialização do serviço público, uma vez que o aspecto positivo da lei é necessário, a nota faz menção ao texto de Di Pietro (2014, p. 109) na passagem em que a autora expressa que “É verdade que muitos particulares também podem exercer atividades de interesse geral; mas há dois aspectos a considerar: um é o fato de raramente ser esse o seu objetivo primordial, pois o que move o particular é em regra o seu próprio interesse; outro aspecto é o fato de não ser suficiente o objetivo de interesse público para caracterizar o serviço público, pois é necessário que a lei atribua esse objetivo ao Estado”.

O princípio da mutabilidade do regime jurídico leva em consideração a mutabilidade do interesse público, e como tal a necessidade de mudança do regime. Nas palavras de Di Pietro (2014, p. 113) este princípio: “autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, que é sempre variável no tempo.”

Quanto ao princípio da igualdade é aquele que diz que não deve haver qualquer distinção de caráter pessoal na prestação dos serviços públicos.³

Cabe agora nos atermos de forma objetiva a classificação dos serviços públicos. A primeira delas é quanto serviços públicos próprios e impróprios, o primeiro é aquele que para o atendimento das necessidades coletivas o Estado toma como seu exercendo direta ou indiretamente. Ao passo que os impróprio não são assumidos ou prestados pelo Estado, mas somente autorizados, regulamentados e fiscalizados, recebendo o nome de serviço público por imprecisão uma vez que embora trate de interesses coletivos são atividades privadas, sujeitas ao poder de polícia do Estado.

Quanto ao objeto, os serviços públicos podem ser administrativos quando fizerem referência àqueles voltados para as necessidades internas da própria administração pública ou quando houver referência a serviços que servem de preparo para a execução de outros. Pode ser comercial ou industrial quando “[...] a administração pública executa direta ou indiretamente, para atender as necessidades coletivas de ordem econômica” nas palavras de Di Pietro (2014, p.116). Bem como podem ser serviços públicos sociais quando nas palavras de Cunha Júnior (2012, p.246) “Corresponderem aqueles que atendem as necessidades coletivas em que o Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, tal como ocorre na saúde e educação.”

Quanto a ser *uti singuli* ou *uti universi*. São serviços *uti singuli* quando forem usufruídos direta e individualmente pelos administrados, ao passo que são considerados *uti universi* quando destinados a uma coletividade, não havendo portando divisibilidade.

Quanto à prestação dos serviços públicos pelo Estado, estes podem ser exclusivos ou não exclusivos. Os exclusivos são aqueles em que a própria constituição determina que sejam

³ Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 694) ele vai traz uma outra abordagem quanto aos princípios dos serviços públicos que compõem o aspecto formal do conceito, para o autor relevantes são os seguintes princípios: “1-Dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação, 2-Princípio da supremacia do interesse público, 3-Princípio da adaptabilidade, 4-Princípio da universalidade, 5-Princípio da impessoalidade, 6-Princípio da continuidade, 7-Princípio da transparência, 8-Princípio da motivação, 9-Princípio da modicidade das tarifas,- 10-Princípio do controle (interno e externo).” Nessa reflexão o princípio que corresponde ao da igualdade aqui colocado é o princípio que o autor chama de impessoalidade que para ele corresponde na inadmissibilidade de discriminação entre os usuários.

exercidos pelo Estado e somente por ele, como é o caso dos serviços de correio aéreo nacional e serviço postal (art.21, X), os serviços de telecomunicação (art. 21, XI), o de energia elétrica, navegação aérea e os demais presentes no (artigo 21, XII) do texto constitucional. Aqui cabe um lembrete ao leitor, a execução pode ser ela direta ou indireta, como veremos mais detalhadamente ao longo do capítulo, no último caso uma das ferramentas mais utilizada é a concessão de serviços públicos. O outro lado da classificação é composto pelos não exclusivos que são aqueles serviços em que também podem ser prestados pelo particular cabendo ao Estado a autorização e o controle das atividades.

Encerraremos este tópico ao falar das formas de gestão dos serviços públicos, uma vez que uma das abordagens do tema é com relação aos contratos de concessão e das parcerias público privadas tema central desse trabalho monográfico que será trabalhado detalhadamente não apenas neste capítulo, mas ao longo de todo o texto.

Nas palavras de Di Pietro (2014, p. 119) temos que:

[...] as principais formas de gestão abrangem: a) a concessão e a permissão de serviços públicos, disciplinadas pela lei nº 8.987, de 13-02-95; b) a concessão patrocinada e a concessão administrativa, englobadas sob o título de parcerias público privadas na lei nº 11.079, de 30-12-04; c) o contrato de gestão como instrumento de parceria com as chamadas organizações sociais, disciplinadas na esfera federal, pela lei nº 9.637 de 15-05-98.

Destarte, sobre as formas de gestão dos serviços públicos, existe previsão em texto constitucional no artigo 175, que define ao Estado a execução dos serviços públicos seja prestando diretamente ou indiretamente por meio de concessão ou permissão, entendendo-se como direta os órgãos da administração sem personalidade jurídica, e indireta quando se refere a vários dispositivos constitucionais com destaque ao art. 37.

Uma vez encerrada esta rápida abordagem acerca dos serviços públicos é de fundamental relevância comentar a importância da reforma gerencial da administração implantada no Brasil no governo Fernando Henrique Cardoso quanto a execução dos serviços públicos. Posteriormente, nos atentaremos ao cerne desse capítulo: a abordagem do instituto da concessão em sua forma ampla.

2.2. A implicações do modelo gerencial da administração nos serviços públicos

Antes de adentrar ao conceito de concessão e abordar o tema principal dessa monografia é importante que se destaque como as reformas introduzidas pelo governo Fernando Henrique Cardoso afetaram diretamente a execução dos serviços públicos, o modo em que o estado passa a definir os objetivos das atividades do estado primando os resultados das atividades em relação ao ato em si.

Na segunda metade da década de 90 o debate acerca da reforma dos estados nacionais eclode como objeto de discussão em todo mundo, no Brasil através do Plano de Reforma do aparelho do Estado (PDRAE) elaborado pelo ministério de administração e reforma do estado (MARE) passa a ser a reação do estado brasileiro as dinâmicas mudanças globais que estavam acontecendo.⁴

O estado era gigante, interventor, arcando a cada dia com quase todas as demandas da sociedade, se responsabilizando com atividades que ia muito além das funções essenciais do poder público, nesse cenário insustentável não existe recursos suficientes para a realização de todos os serviços públicos necessários.

A necessidade latente de uma reestruturação do estado deu início a processo de busca pela redução das atividades do estado, em 12 de abril de 1990 é promulgada a Lei 8.031 que cria o programa nacional de desestatização, como o objetivo de reordenar a posição estratégica do estado na economia, passando a transferir para iniciativa privadas atividades que estavam sendo indevidamente exploradas pelo estado. Desse modo em meados de 1995 iniciasse a reforma gerencial, estruturada sobre os alicerces de uma abordagem técnica e restrita tendo como fundadores o ex-ministro Luiz Carlos Bresser e o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso. Posteriormente a Lei 8.031, foi revogada pela Lei 9.491/97, que trouxe alterações nos procedimentos relativos ao programa nacional de desestatização.

Nessa nova visão o estado trata como elemento primordial os cidadãos ao passo que confere as instituições públicas sob a exigibilidade de eficiência e eficácia alguns dos serviços

⁴ Nas palavras de Mafra (2005): “Foi inaugurada com o mesmo Plano uma série de medidas a serem tomadas no âmbito do Estado, para a implementação de uma nova Administração Pública. A meta primordial era substituir a antiga administração pública formal ou burocrática, por uma administração pública gerencial. Esta seria baseada em conceitos modernos de administração e eficiência, voltada para o controle de resultados e descentralizada, para poder chegar ao cidadão. ”

que a lei confere ao estado a obrigação de fornecimento a sociedade, a materialização dessa mudança é feita pelos institutos da concessão, permissão e na autorização concedidas pelo próprio estado.

A delegação de serviços ao particular não desvincula o estado do compromisso com a sociedade, o estado atua diretamente na medida que age como agente regulador e fiscalizador dos serviços essenciais executados, muito embora deixa de caracterizar o exercício direto a essas atividades, há uma defesa e vigilância.

O estado passa, portanto, a prezar pela qualidade dos serviços públicos prestados ao mesmo tempo que visa uma economicidade, se busca uma realização dos serviços públicos, com maior presteza, qualidade e produtividade. Essa concepção foi elemento gerador da transformação da eficiência em princípio constitucional através da Emenda Constitucional nº19/98.

Desse modo a administração pública gerencial não possui foco nos processos e sim nos resultados, ocorre a descentralização de tarefas antes concentradas no estado ao particular, eles passam a presta-las diretamente de modo que se venha a alcançar resultados satisfatórios e eficientes, de uma forma menos onerosa, com maior qualidade e com menor lapso de tempo, desafogando o estado do exercício direto de todas as atividades consideradas serviços públicos.

O que se busca não consiste em uma ausência, um abandono estatal, mas uma melhor configuração na prestação dos serviços conferindo aos particulares essa função, muito embora ainda estejam sobre a presença do controle estatal.

A partir dessa nova abordagem os serviços públicos passa a ser tratado como algo que exige uma maior participação da sociedade, cabendo ao corpo social uma intervenção direta na execução desses serviços. Destarte os serviços públicos passam a ser voltados para uma gestão mais eficaz e um dos pontos primordiais é a limitação das despesas, que futuramente cominaria na edição da Lei Complementar 101/2000 a conhecida lei de responsabilidade fiscal.

Essa nova administração com a cultura gerencial na gestão dos recursos públicos fornece ao cidadão o poder de intervenção e acompanhamento dos recursos públicos, confere transparência garantindo acesso direto a informações que explicitam os atos dos governantes, uma divulgação que não se restringe a uma só forma, a transparência vem com uma abordagem aberta seja em meios eletrônicos, audiências públicas, nos planos, nos orçamentos, nas diretrizes orçamentarias, na gestão fiscal e principalmente nas prestações de contas e pareceres emitidos pelos tribunais de conta, propiciando ao cidadão uma participação efetiva.

A administração gerencial prima pela qualidade de gestão na prestação dos serviços públicos trazendo maior eficácia aos princípios administrativos uma vez que voltasse aos interesses coletivos em detrimento aos particulares, garantindo eficiência na administração pública e sua imparcialidade.

2.3. **Conceito de concessão**

Nestas linhas o capítulo se inicia de fato, pois passaremos a tratar especificadamente do contrato de concessão de serviço público ao iniciar falando de seu conceito.

Ao falarmos de seu conceito obrigatoriamente não podemos deixar de posicionar a concessão como instituto no período pós constituição de 1988, uma vez que neste período se cria o pilar normativo que baliza o instituto das concessões como hoje conhecemos, a lei federal nº 8987/95.

Nas palavras de Marques Neto (2015, p. 107) a própria criação e aprovação do projeto esteve permeada de grande dificuldade, em suas linhas ele diz que:

O projeto original foi apresentado pelo então Senador Fernando Henrique Cardoso ao Senado Federal em 21 de março de 1990. Tramitou por quase 5 anos pelas duas casas do Congresso e, pode-se dizer, somente foi aprovado pelo esforço do autor da proposta quando eleito e empossado na Presidência da República. Tanto é assim que o projeto foi finalmente aprovado em 19 de janeiro de 1995, dias após a posse do novo presidente.

Aprovada diante dessas circunstâncias, a norma basilar das concessões no Brasil entra em vigor, do seu texto extrairmos o primeiro conceito a este trabalho, presente no artigo art. 2º, II, a determinação de que concessão de serviço público consiste na delegação de prestação dos serviços públicos, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para o desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Vários elementos se destacam nesse conceito, trabalharemos ao longo do capítulo com maior zelo por esses termos, mas desde logo vale destacar, o fato de que a delegação exige um processo licitatório, delegando a uma pessoa jurídica ou um consórcio, que demonstre no processo licitatório um convencimento acerca de sua capacidade para desempenhar o objeto da concessão, o serviço público, por um tempo determinado, e talvez aqui um dos elementos mais

debatidos por quem escreve sobre o tema a “sua conta e risco”, transferindo portanto ao concessionário os riscos da atividade.

Trazendo luz a questão segue o conceito de Mello (2013, p. 717):

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita presta-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo poder público, mas sobre a garantia contratual do equilíbrio econômico e financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Para Di Pietro (2014, p. 306) concessão consiste:

[...] no contrato administrativo pelo qual a administração pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço. Esse é o conceito aplicável as concessões disciplinadas pela lei nº 8987/95 e que poderá ser alterado em relação as parcerias público-privadas, porque, nesse caso, a remuneração por tarifa tende a deixar de ser a forma principal ou a única remuneração das empresas concessionárias

O conceito de concessão, portanto acaba por ser esse aglomerado dos elementos apresentados, não se tratando de uma simples delegação de serviço público, mas de uma delegação que possui forma legal, requisitos, transferência de riscos, forma de remuneração, etc.; todos elementos que discorreremos nos tópicos a seguir. Quanto as PPPs (Parcerias Público-Privadas) serão melhor analisadas no capítulo seguinte devido à complexidade da matéria, com elementos e características que se diferenciam da concessão de serviço público comum, regulada por instituto próprio a lei 11079/2004, uma melhor explicação sobre o tema acaba por ser essencial a compreensão desse trabalho, uma vez que constitui um dos modelos mais utilizados na realidade de carência infra estrutural do País.

2.4. Competência Legislativa

Possuindo natureza de contrato administrativo, tanto na modalidade de concessão de serviço público comum quando na forma de parcerias público privadas, sendo, portanto, regidas pelos mesmos dispositivos constitucionais.

Observando a conjugação dos dispositivos, art. 175, incisos I a IV da constituição federal com o dispositivo art. 22, inciso XXVII, Di Pietro nos traz que: “chega-se à conclusão de que a competência legislativa, nessa matéria, cabe a união, no que diz respeito às normas gerais, e aos Estados e Municípios, no que se refere às normas suplementares. Com base no § 3º do art. 24 e no artigo 30, inciso II, respectivamente. Por outras palavras trata-se de matéria de competência concorrente da União, Estados e Municípios”. (p.70, 2011).⁵

Diante da elucidação do texto acima a União possui a competência legislativa ao tratar das normas gerais de contratação, destarte que segundo o artigo 22, XXVII, Constituição federal, cabe a união legislar sobre: “ as normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades [...]”, entretanto existem autores que divergem dessa compreensão. Um dos autores que fazem esse contraponto é o autor Marques Neto, para o escritor embora a lei nº 8.987/95 seja seguida por estado e municípios como lei geral das concessões e o dispositivo do artigo 22 da CF traga que seja a união a responsável por editar normas gerais, o autor discorda fundamentando em três argumentos que afastaria a união a competência para editar normas gerais de concessão. Abaixo tecemos algumas dessas colocações.

A primeira as pontuações segundo Marques Neto (2015, p.175) é de que o dispositivo constitucional art. 37, inc. XXI, atribui como competência ao Congresso Nacional os contratos de satisfação, e não os contratos de delegação, como é o caso dos contratos de concessão.

Como segundo argumento temos o fato de que a competência trata de normas gerais de contratação, ou seja, se volta para os procedimentos de contratação e não para o conteúdo e regime dos mesmos. Bem como o artigo 175 da constituição federal trata especificamente a concessão de serviço público, fazendo alusão a lei, em sentido amplo, sem dizer tratar-se de lei nacional ou de normas gerais. Deixando, portanto, a compreensão de que devido ao conteúdo da legislação envolver inclusive política tarifaria não cabe a constituição a união entrever sua competência.

⁵ Cabe aqui citar também sobre as parcerias público-privadas (muito embora o assunto seja melhor elucidado no capítulo seguinte), nas PPPs a Lei nº 11;079/2004 logo no seu artigo 1º deixa claro que cabe a lei instituir normas gerais para a licitação e contratação de parceria público privada nas esferas da União, Estado, Distrito Federal e Municípios. O que acaba por ser benéfico na determinação da competência legislativa. A autora Di Pietro (2011, p. 73) ao abordar a questão escreve que: “Um aspecto positivo da Lei nº 11.079 é que ela permite com mais facilidade distinguir as normas gerais nela contidas, obrigatórias para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e as normas federais aplicáveis apenas a União. É que a lei contém um capítulo VI com “disposições aplicáveis a União”, abrangendo os artigos 14 a 22. Tais dispositivo tratam especificamente do órgão gestor das parcerias público-privadas, do Fundo Garantidor de PPPs (FGP), das garantias a serem prestadas pelo parceiro público e dos limites para a contratação de PPPs”.

Marques Neto (2015, p.176) ao escrever sobre esse posicionamento faz a acertada colocação no seguinte sentido:

[...] a Lei nº 8987/95, em sua essência, não é propriamente uma lei nacional, e sim uma lei federal de concessões, aplicável a rigor, às concessões de serviços públicos de titularidade da união e que não sejam objeto de leis federais específicas. Não obstante, a doutrina segue reconhecendo o caráter geral das normas da lei de concessões federal, embora com abalizadas posições em contrário.

De qualquer modo mesmo diante dos posicionamentos aqui expostos ambos autores não discordam quanto a possibilidade de aplicação das normas estaduais e municipais em consonância com essa norma federal (referindo-se a 8.987/95), na disposição sobre o regime de concessão de serviços públicos, devendo entretanto manter uma distinção da abordagem que possui o caráter geral daquela que possui o caráter especial, para que se extraia qual o regime jurídico adequado a ser aplicado em cada unidade da federação.

2.5. **Natureza jurídica e Princípios do contrato de concessão de serviço público**

Antes de abordar necessariamente alguns princípios acerca da concessão de serviço público, falaremos acerca de sua natureza jurídica.

A natureza jurídica da concessão é objeto de discussão e de inconclusão entre os doutrinadores, talvez o único ponto comum em que eles convergem seja o de que se trate de um contrato administrativo.⁶

A concepção ao qual o autor deste trabalho se alinha é aquela adotada por Mello (2013, p. 727) em que consiste:

[...] a concessão é uma relação jurídica complexa composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento,

⁶ Destarte ao elucidar sobre a questão Marques Neto (2015, p. 136) discorre que: “ Há na doutrina, basicamente três diferentes linhas acerca da natureza jurídica da concessão, cada qual contendo variações. Alguns autores entendem que a concessão tem natureza contratual, cujo pressuposto é o acordo de vontades entre concedente e concessionário. Para outros, a concessão é um ato unilateral do poder público, ao qual o concessionário adere. Temos autores que concebem a concessão como um ato complexo, bipartido, compreendendo um ato unilateral da administração, antecedente, seguido por um acordo de natureza contratual versante sobre o âmago negocial, este dependente de um ajuste de vontades. É de se referir também, dada a importância dos seus defensores, as chamadas “teorias orgânicas”, que concebem especificamente a concessão de serviço público como um ato de organização, um mecanismo de encaixe de entidades privadas (concessionárias) na estrutura da administração pública.

organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários, de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo poder público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômica financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário.

Nos alinhamos no sentido de que não se trata apenas de uma relação contratual comum, mas está investida de características específicas criando uma relação única, própria, um prestador se submete voluntariamente a disposição de um ato-condição, estabelecida pelo poder concedente convergindo de forma comum ao atendimento do interesse público, conciliando assim uma organização, estrutura, regime de funcionários, operacionalização no mercado com as regras de direito privado, mas ao mesmo tempo mantem uma relação de caráter de direito público com o poder concedente, sendo uma prestadora de um serviço público.

Quanto aos princípios o concessionário deve observar aqueles pertinentes a execução dos serviços públicos.

De forma resumida a reflexão de Di Pietro (2011, p. 78) acaba por sintetizar como os principais princípios aqueles que são pertinentes a execução dos serviços públicos, segue sua compreensão:

O concessionário fica sujeito a todos os princípios pertinentes a execução de serviços públicos, em especial os da continuidade, mutabilidade do regime jurídico, igualdade dos usuários, além de outros indicados no art. 6º, §1º, da lei nº 8.987/95, como requisitos para que o serviço seja considerado adequado.

Portanto, abordaremos de maneira mais objetiva os princípios: princípio da continuidade, princípio da mutabilidade e o princípio da igualdade perante o serviço público.

O princípio da continuidade consiste no fato de que o serviço fornecido pelo concessionário não pode ser interrompido por parte do concessionário, exceto quando previsto em lei ou no contrato de concessão.

O texto da Lei 8.987 traz no artigo 6º, § 1º, a concepção de que: “[...] serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.” Essas são as condições para que um serviço público seja tido como adequado, não havendo manutenção da continuidade da prestação do serviço público o concessionário sofrerá as consequências do inadimplemento,

podendo inclusive cominar na rescisão contratual e responsabilidade por perdas e danos, excetuando aqui as hipóteses previstas no artigo 6º, § 3º.

Segundo Di Pietro (2011, p. 79) pelo princípio da continuidade se justifica:

[...] a) a imposição de prazos rigorosos ao contratado; b) a aplicação das teorias pertinentes ao equilíbrio econômico financeiro do contrato; c) a inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a administração, no caso desta não cumprir as normas contratuais, sendo mais rigorosa no caso da concessão; d) o reconhecimento de certos poderes da administração como o da encampação, o de intervenção, o uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa concessionária, quando necessário para dar continuidade ao serviço; e) a reversão de bens da concessionária para o poder concedente, ao término da concessão.

Quanto ao princípio da mutabilidade corresponde dizer que as cláusulas que regulamentam o contrato quando em necessidade para atender o interesse público podem ser unilateralmente modificadas pelo poder concedente não cabendo ao concessionário ou mesmo aos usuários do serviço intervir. As mudanças devem ser devidamente motivadas, pois somente quando ocorrer mudanças na situação de fato é que se pode alterar o contrato de concessão. Di Pietro (2011, p. 80) exemplifica ao dizer que:

[...] estamos a falar de circunstâncias de variada natureza que recomendem a mudança de cláusulas regulamentares, como, por exemplo, o progresso científico, que torna superadas técnicas anteriores, ou a diminuição ou acréscimo da demanda pelo serviço. E também pode decorrer de alterações na situação de direito: a lei que disciplinava o serviço sofre alterações, que acarretam a necessidade de alterar as cláusulas regulamentares do serviço.

O último princípio a elucidarmos é o da igualdade perante o serviço público, é o equivalente ao da igualdade de todos perante a lei, uma vez satisfazendo as condições legais é direito comum a disponibilidade dos serviços públicos a todos, sem distinção.

Nas palavras de Di Pietro (2011 p. 81): “ [...] a prestação de serviço público deve ser igual para aqueles que se encontrem em igualdade de situações. ”

Essa concepção abre portas para o entendimento de que tarifas reduzidas possam ser criadas para determinados grupos, como idoso ou estudantes, a depender na necessidade que se precise para se alcançar uma igualdade. O princípio da igualdade na prestação do serviço público, portanto, busca respeitar a todos os usuários de maneira isonômica, para que assim o tão defendido e citado “interesse público” seja alcançado.

2.6. Modalidades de delegação da concessão.

Existem várias modalidades de concessão, neste trabalho nos ateremos as seguintes: concessão de serviço público (em sua forma comum), concessão de obra pública, concessão patrocinada, concessão administrativa, concessão de uso de bem público; de modo que as concessões patrocinadas e administrativas serão abordadas de forma conjunta no próximo capítulo ao falarmos sobre as parcerias público-privadas.

Portanto nesse tópico de maneira breve o trabalho busca elucidar acerca das modalidades, mas sem grande aprofundamento uma vez que a maioria de seus elementos está presente de forma individual nos outros tópicos desse capítulo.

Iniciamos esse tópico com a concessão de serviço público comum, disciplinada pela Lei nº 8.987/95 a concessão de serviço público veio a ganhar esse aditivo “comum” devido a lei 11.079/04 que criou as chamadas parcerias público-privadas.

Portanto a concessão comum, é a pura, a mais simples aqui já conceituada e trabalhada neste capítulo, tendo por objeto a delegação da oferta e da prestação de um serviço público. Os demais aspectos como natureza jurídica, princípios, concedente e concessionário etc., já foram ou serão melhor trabalhados nesse capítulo cabendo, portanto apenas a menção ao objeto de cada modalidade de concessão.

A próxima modalidade é a concessão de obra pública, essa modalidade foi absorvida pela concessão de serviço público, como se percebe no artigo 2º, inc. III, da lei 8.987, ao falar de concessão de serviço público concedido de obra pública. Em verdade existem concessões de serviços públicos que para a efetiva execução de serviço uma obra deve preceder e só assim será possível o fornecimento do serviço público.

Segundo Marques Neto (2015, p. 249) o objeto concedido nessa modalidade de concessão é tido como:

O objeto da concessão de obra pública é delegar ao particular a construção, como já decorre da própria designação, é delegar ao particular a construção, a recuperação ou a reforma de uma obra pública, explorando essa utilidade mediante a cobrança de uma retribuição pecuniária pela utilização dessa obra. O escopo da concessão de obra pública é a execução de um produto físico (obra) e a consequente oferta deste.

Transferindo a construção da obra totalmente ao particular o poder concedente visa vários objetivos, novamente usaremos das palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto (2015, p. 250):

[...] (i) financiar a obra, ressarcindo o particular da própria exploração desta; (ii) conceber e projetar a obra de modo mais racional, aproveitando-se do fato de que o particular detentor dessa expertise tem mais condições de alocar eficientemente seus custos e de projetar a obra do que o poder público; (iii) ganhar agilidade na execução das obras, pela maior flexibilidade do privado para adquirir os bens imóveis necessários a execução das obras e para adquirir insumos e materiais; (iv) trazer ao Poder Público ganhos econômicos associados consistentes na não ocorrência nos custos de manutenção da obra e na menor preocupação com a qualidade desta, pois que por um largo prazo o particular fica responsável pela sua higidez.

Diante do exposto o concessionário passa a ser autorizado a execução e construção da obra concedida, cabendo ao concessionário a elaboração dos projetos de construção da obra, bem como os riscos da atividade. O concessionário passa a poder se remunerar por meio de cobrança do preço público daqueles que venham a utilizar o serviço público concedido.

A concessão de obra pública pode ainda ser onerosa ao concessionário, cabendo a ele um pagamento de um valor fixo ou percentual ao poder concedente.

E por fim quanto ao processo de escolha, obrigatoriamente deverá ser feito por meio de licitação, onde dois fatores são considerados de maior relevância: o primeiro é os menores

valores de remuneração exigidos pelo particular pelo uso da obra ou em caso de obra onerosa aquele que oferecer maior remuneração ao poder concedente.⁷

A próxima modalidade a ser analisada neste capítulo é a concessão de uso de bem público. Nesta forma de concessão confrontamos com uma modalidade de fácil confusão, por se aproximar do conceito de outras modalidades.

Segundo Marques Neto (2015, p. 264) se tem que:

[...] no âmbito da concessão de serviços públicos muita vez ocorre a cessão de uso privativo de bem público. Igualmente, a concessão de obra pública não deixa de ser também uma concessão de uso de um bem público, apenas marcada pelo fato de que esse bem é produzido ou requalificado pelo próprio concessionário no cumprimento de suas obrigações contratuais.

Em verdade seu conceito é um pouco confuso, por sugerir outras modalidades, mas em síntese acaba sendo a modalidade que permite dar utilidade a bens públicos, um exemplo que Floriano de Azevedo Neto (2015, p. 264) traz é quanto a concessão de minerárias e de hidrocarbonetos, que o concessionário explora o bem público e ao fim da concessão devolve ao poder concedente o bem subtraído aquilo que lhe foi explorado.

Seu fundamento normativo é tido na maioria dos livros como “leis esparsas”, uma vez que não existe um instituto normativo único nacional que regule a matéria, muito embora autores como o próprio Marques Neto defende que as disposições existentes na lei das concessões (Lei nº 8.987) possa ser utilizada de modo subsidiário nas concessões de uso.

O seu objeto concedido será sempre um bem público, transferindo ao particular o uso privativo do bem o que não implica necessariamente no uso exclusivo do bem. Nas palavras de Marques Neto (2015 p. 269): “ [...]o direito privativo de explorar o bem concedido implica franquear o uso, dentro de certos parâmetros, a todos os interessados, como ocorre nos exemplos anteriores da concessão de uso de bem para implantação de mobiliário urbano, ciclofaixas, ciclovias, ou da concessão de uso de um museu. ”. Dessa forma o direito de uso

⁷ A remuneração do concessionário é um dos temas que o último capítulo dessa obra discorrerá, não com uma abordagem de elucidar como ela é feita, uma vez que cada modalidade possui uma remuneração própria, mas em forma de crítica, o modo que a administração entende como fator relevante no processo licitatório, o quanto o “menor preço” se sobrepõe a “viabilidade real e qualidade prestacional”, para melhor compreensão sugerimos a leitura do capítulo 4 deste trabalho.

será transferido ao particular de acordo com as características do próprio bem que se cede, e principalmente quanto a qual a finalidade dessa concessão.

Quanto a forma de exploração econômica Marques Neto (2015 p. 270) é preciso ao afirmar que:

A exploração da concessão depende, pois, do uso a ser dado ao bem concedido. Pode ser que a concessão não envolva uma exploração econômica. É o que ocorre na já referida concessão especial de uso para fins de moradia. Quando, contudo, a concessão de uso envolver a possibilidade de ser explorada sobre o bem uma atividade econômica, então há a exploração do objeto concedido com transferência de riscos de exploração ao concessionário.

A receita obtida pela exploração da concessão administrativa de uso tem natureza de preço privado, não existe prazo mínimo nem máximo para o uso do bem da concessão, e a escolha do concessionário também exige licitação.

2.7. Direitos e deveres das partes que compõem a concessão.

A primeira delas é o poder concedente, a sua definição é dada pelo artigo 2º, I da Lei 8.987/95 segundo o qual é tido como: “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão”.

Sobre essa definição conclui Matheus Carvalho (2015, p. 620):

[...] sendo assim, o poder concedente é o ente federativo responsável pela execução da atividade delegada, respeitando as competências constitucionais para a prestação dos serviços públicos, ou seja, a União é responsável pela delegação de serviços de interesse nacional, enquanto os estados ficam responsáveis pela celebração dos contratos de concessão que deleguem a execução de serviços de interesse regional. Por sua vez, o ente público municipal será a entidade concedente quando se tratar de serviços de interesse local.

A administração pública na relação existente nas concessões possui poderes que a colocam em uma posição de supremacia em relação ao concessionário.

O primeiro deles é o poder de controle. A administração exerce o poder de direção e controle sobre o serviço público executado pelo concessionário.

Segundo Di Pietro (2011, p. 82): “ Dentro desse poder de direção e controle insere-se, além do próprio poder de alteração unilateral, já referido, também o poder de fiscalizar, de forma ampla, a execução do contrato; na realidade, a administração continua responsável pelo serviço, que é de sua titularidade, porque lhe foi atribuído por força de lei”. Desse modo a titularidade continua a ser do poder concedente embora a sua execução fique a cargo do concessionário.

Para Carvalho (2015, p. 621) o poder de controle pode ser visto:

[...] como a prerrogativa que a administração tem de regulamentar o serviço público concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação: trata se do poder dever da administração, haja vista tratar se de uma garantia pública a possibilidade de fiscalização do contrato durante sua execução.

Segundo as palavras de Mello (2013, p. 745) esse poder de controle é colocado como poder de “inspeção e fiscalização” e poder de “alteração unilateral das cláusulas regulamentares”, o primeiro o autor define como:

[...] aquele que “por força dele o poder concedente está qualificado para manter se permanentemente informado sobre todo o comportamento do concessionário relacionado com o desempenho do serviço. Com isto poderá verificar, como de seu dever, se o concessionário está atendendo de modo satisfatório e desejável às obrigações assumidas, ao acompanhar, mesmo no interior da vida da empresa, inclusive através do exame de livros, registros e assentamentos desta, as providências tomadas e a lisura delas para implemento dos encargos da concessão.

Ao passo que por poder de “alteração unilateral das cláusulas regulamentares, Mello (2013, p. 746) disserta como:

O poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares confere-lhe a possibilidade de alterar as condições do funcionamento do serviço. Por isso, pode impor modificações relativas à organização dele, a seu funcionamento e

desfrute pelos usuários, o que inclui, evidentemente, as tarifas a serem cobradas.

Diante das reflexões dos autores fica claro e como ponto comum que o poder concedente, a administração pública continua ela a ser titular do serviço público, a concessão não a isenta de responsabilidade, devendo, portanto, fiscalizar e inspecionar aquele que acordado fora no contrato, nas palavras de Di Pietro (2011, p. 83): “O exercício de poder de direção e controle constitui um poder dever da administração, ao qual ela não pode furtar-se, sob pena de responsabilidade por omissão.”

Outro dos poderes do concedente é o poder sancionador, que é tido como aquele em que a administração pode punir o concessionário por infrações ao contrato. No art. 38 da Lei 8.987 traz que “ a inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas, entre as partes”.

Ao falar sobre o assunto Di Pietro (2011, p. 85) disserta que:

[...]em face do princípio da legalidade, parece evidente que as penalidades possíveis são apenas aquelas previstas em lei; no caso seriam as previstas na lei que disciplina o serviço a ser concedido, ou sem sua falta, seriam as mesmas previstas na lei nº 8.666 (art. 87 e 88), que se aplica subsidiariamente as concessões de serviços públicos, por força de seu art. 124, em tudo o que não contrariar a legislação específica sobre o assunto.

Não existe uma definição clara de qual a penalidade cabível exceto a compreensão deixada no dispositivo legal da lei 8.987/95.

Destarte cabe a administração a aplicação de sanções, estas devem, entretanto serem instituídas de maneira prévia, como elucida no pensamento de Mello (2013, p. 749):

A Lei 8.987 inclui entre os encargos do concedente o de "aplicar as penalidades regulamentares e contratuais" (art. 29, II), mas não indica quais sejam. Estas podem ser estabelecidas em regulamento anterior à concessão ou no edital do certame, pois, em tal caso, quem se candidate a disputá-lo terá antecipado conhecimento das sanções a que eventualmente estará exposto [...]

Ao passo que o poder sancionador é tratado por Carvalho (2015, p. 621) como a prerrogativa que o poder concedente tem de:

[...] aplicar as penalidades regulamentares e contratuais, nos moldes definidos no contrato, observando o princípio da proporcionalidade, não se admitindo a aplicação de penas mais intensas do que o necessário para sancionar a infração cometida pela empresa concessionária; com efeito, a Administração Pública pode aplicar penalidades aos particulares contratados em decorrência de descumprimento do acordo, nos moldes da lei 8666/93.

Em determinadas situações cabe ao poder concedente intervir no serviço público, quando lhe achar necessário, seja na apuração de irregularidades, na adoção de medidas mais convenientes a administração ou mesmo para assegurar um dos princípios da concessão de serviços públicos o da continuidade, nessa hipótese a administração se vale do uso do poder de intervenção.

Ela está disciplinada nos artigos 32 a 34 da lei 8.987/95, nas palavras de Di Pietro (2011, p. 86) ao analisar os dispositivos se afirma que:

[...] a intervenção é declarada por decreto do poder concedente e será necessariamente seguida da instauração de procedimento administrativo contraditório destinado a apurar as irregularidades. O prazo para a instauração desse procedimento é de 30 dias, ultrapassado o qual, a intervenção se torna ilegal e pode ser impugnada pela concessionária; como também se tornara ilegal se o prazo de apuração demorar mais do que 180 dias. Em ambos os casos a concessionária tem o direito de assumir a execução do serviço, podendo defender judicialmente esse direito. É a única interpretação possível para conciliar o poder de intervenção com o direito da concessionária de gerir os próprios negócios. A intervenção é medida excepcional, porque excede os poderes normais de fiscalização, devendo, por isso mesmo ser interpretada de modo estrito.

Segundo Carvalho (2015, p. 621, 2015) consiste na prerrogativa da administração de: “intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei, sempre que houver indícios de irregularidades na empresa contratada”.

Findando a intervenção a administração poderá prosseguir de 3 formas, a primeira delas consiste na extinção da concessão de serviço público, a segunda pela utilização do poder

sancionatório aplicando a penalidade devida, e por fim na situação mais benéfica ocorrerá o simples retorno a prestação do serviço, ou seja, a continuidade da concessão, nesta última hipótese se deve observar o texto presente no artigo 34 da Lei das concessões: “ Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida a concessionária, precedida da prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante sua gestão”.

O último dos poderes do concedente aqui abordados, consiste na faculdade de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído, nas hipóteses em que a concessão não atenda mais ao interesse público, ou mesmo quando ocorrerem as chamadas “faltas do concessionário”, o assunto será melhor abordado ao falarmos das modalidades de extinção da concessão, por aqui cabe apenas uma abordagem breve sobre o tema.

Ao falar sobre esse poder Carvalho (2015, p. 621) nos traz como prerrogativa da administração:

[...] extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato que é a garantia de Rescisão unilateral do contrato, à qual configura prerrogativa dada ao ente público contratante de pôr fim à avença, independentemente de consentimento do particular e sem depender de decisão judicial; pode-se dar por motivo de interesse público e, neste caso, recebe o nome de encampação e, pode-se dar por inadimplemento da empresa concessionária, quando receberá o nome de caducidade.

Ademais a essas reflexões outros poderes são citados por outros autores como é o caso do “poder de exigir garantia” abordado por Di Pietro, bem como o “poder de incentivar a competitividade” em Matheus Carvalho; acabamos por trilhar a linha de Celso Antônio Bandeira de Mello que considera os poderes aqui citados os essenciais da administração concedente.

Após as reflexões acerca dos poderes do concedente, deve-se abordar agora os direitos e deveres dos concessionários e usuários dos serviços públicos, ficando a ressalva de que quanto ao direito dos concessionários sua abordagem será breve devido a existência de capítulo dedicado a um dos principais direitos do concessionário, qual seja: “a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato”, que como veremos é a base para a recomposição das relações entre concedente e concessionário.

Feita essas considerações passo a elencar de modo breve os outros direitos dos concessionários. O primeiro deles é o da conservação do objeto da concessão protegendo, portanto, o concessionário da exigência de execução de objeto estranho aquilo que fora firmado no contrato de concessão. O segundo é sobre sua remuneração, nas palavras de Mello (2013, p. 750) para que se componha a remuneração é necessário: “ [...] examinar três questões: a das rifas, a das fontes paralelas ou complementares de receita e, finalmente, a relativa ao tema fundamental do equilíbrio econômico-financeiro. ”

Quanto as tarifas se constituem como a principal forma de remuneração do concessionário, ela é fruto de cobrança direta aos usuários pelo uso ou disposição dos serviços públicos. Devendo ser módicas, ou seja, que possam ser acessíveis a todos os usuários, com previsão no art. 6º, §1º da Lei 8.987/95, o artigo também prevê que o serviço deve satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade generalidade e cortesia na sua prestação.

No artigo 9º da Lei 8.987/95 também fica previsto a possibilidade de revisão conforme a própria lei, ao edital ou ao contrato. Sobre as tarifas disserta Mello (2013, p. 751):

[...] o concessionário de serviço público (ou da obra pública) explora o serviço (ou a obra pública) mediante tarifas que cobra diretamente dos usuários, sendo daí que extrai, basicamente, a remuneração que lhe corresponde. Isto não exclui a possibilidade de que sejam também previstas outras fontes de recursos para compor-lhe a remuneração.

Quanto as fontes paralelas podem ser de várias formas a título de exemplo cito a exploração de áreas do subsolo ou contíguas à obra pública.

A questão relativa ao equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão será abordada de forma detalhada no próximo capítulo.

A outra metade desse tópico corresponde aos direitos e deveres dos usuários. Poder concedente, concessionário e usuários constituem a relação contratual em que a partir do momento que essa se inicia todos são afetados por seus efeitos.

Acontece que os usuários dos serviços públicos, não apenas sofrem os efeitos do contrato, mas são o objeto final do mesmo, a concessão é feita para atender as necessidades dos administrados, eles são o elemento mais importante dessa relação. Interesse público e interesse

dos usuários não são expressões sinônimas, mas por vezes coincidem, podendo o administrado interferir diretamente na mutabilidade da concessão.⁸

A Lei nº 8.987 no art. 7º define quais seriam esses direitos e deveres, como segue nos próximos parágrafos.

O primeiro deles é o direito a prestação do serviço adequado, assim como já citado neste trabalho, relembremos que segundo o art. 6º, § 1º da Lei 8.987 entende por serviço adequado aquele que “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia em sua prestação, e modicidade das tarifas”.

Portando, deve ser oferecido ao usuário um serviço que seja dotado de todas essas características, bem como a observância do princípio da igualdade perante o serviço público; um serviço de qualidade, contínuo e regular. No não cumprimento das condições exigidas no art. 6º estamos a falar da sonegação constitucional do serviço.

Em breves linhas Carvalho (2015, p. 625) ao comentar sobre o direito da prestação de um serviço adequado escreve que: “Inicialmente, é garantia do particular o recebimento de serviço adequado, respeitando a eficiência e isonomia na sua prestação, em obediência às regras de modicidade das tarifas e cortesia pelos executores”.

Um serviço público essencial só poderá ter o seu fornecimento interrompido em último caso. Conforme aborda Di Pietro (2011, p. 95):

Dúvida que pode ocorrer é quanto à possibilidade de interrupção na prestação do serviço, por falta de pagamento. Quando o serviço é essencial, como fornecimento de luz ou de água, sua interrupção deve ser adotada em casos extremos, uma vez que a empresa concessionária dispõe de outros meios para obter a satisfação do crédito, em especial o processo judicial de execução.

O próximo direito é da informação para defesa de interesses individuais ou coletivos. Mesmo já existindo previsão legal no art. 5º, inc. XXXIII da carta magna nacional, a Lei 9.897 traz previsão no art. 7º, inc. II. De modo breve o instituto discorre que o usuário do serviço

⁸ Vale aqui a referência as palavras de Mello (2013, p. 760) ao dizer que: ” realmente, a figura estelar em tema de serviço público só pode mesmo ser o usuário, já que o serviço é instituído unicamente em seu prol. Aliás, de fora parte a promoção da ordem e da paz social a justificativa substancial paia a existência do próprio Estado é, precisamente, a de oferecer aos administrados as utilidades e comodidades que se constituem nos serviços públicos. ”

público deve ter a sua disposição todas as informações que forem necessárias para a defesa de interesses coletivos e individuais.

Outro direito que discorreremos é o direito à fiscalização sobre a prestação do serviço, segundo o qual disciplinado no art. 7º, inc. IV descreve: “levar ao conhecimento do poder público e das concessionárias as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado” bem como o inc. V: “comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço”. Garantindo portando o direito de fiscalização e denúncia ao usuário, o que não implica na isenção do estado desse papel, ao contrário o poder concedente tem que estar presente atuando diretamente na fiscalização e controle da atividade.

Di Pietro (2011, p. 96) elucida sobre o direito à modicidade das tarifas, com previsão na Lei 8.987/95 nos art. 6º, §1º, e art. 11, nas palavras da autora:

[...] para fazer valer os seus direitos, o usuário pode utilizar de seu direito de petição, quer na via administrativa, que na judicial. Em caso de verificar danos ao patrimônio público, ao meio ambiente, ao consumidor, poderá representar ao Ministério Público ou a outra entidade legitimada para a propositura de ação civil pública, nos termos da Lei 7.347, de 24-07-85, com alterações posteriores.

O outro direito aqui discorrido é o Direito à escolha de data para pagamento de tarifa, para elucidar a questão segue as palavras de Carvalho Filho (2014, p. 406):

Outro direito relevante para o usuário de serviços concedidos diz respeito ao vencimento dos débitos dos consumidores. A Lei nº 9.791, de 24.3.1999, inserindo o art.7º-A na Lei nº 8.987/1995, estabeleceu que as concessionárias de serviços públicos nos Estados e no Distrito Federal têm a obrigação de oferecer ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis dias como opção de vencimento para o recolhimento de seus débitos. A norma é positiva, porque leva em conta as diversas formas e os vários momentos de remuneração dos usuários, evitando que sejam muitas vezes obrigados a pagar suas contas com atraso e, em consequência, sujeitar-se ao pagamento de acréscimos onerosos.

2.8. O prazo das concessões

Quanto a prazo, voltamos aquilo que havia sido elucidado na concessão de uso de bem público. A lei 8.987/95 não estipula um prazo para as concessões o que se tem é apenas a exigência de que esse prazo seja determinado conforme encontramos no art. 2º, II e III, e que o contrato (art. 23, I) e edital da licitação (art. 18, I) indiquem o prazo da concessão.⁹

Em verdade, o prazo deve ser compatível com o serviço a ser desenvolvido, pois, cada concessão possui características próprias e sua viabilidade por vezes está diretamente relacionada ao prazo em que o poder concedente estipula ao concessionário não apenas para o “início” da prestação em si, mas também levando em consideração a remuneração do concessionário. Essa reflexão segue aquilo que o autor Carvalho Filho (p.408, 2014) disserta, ao dizer que não existe uma norma expressa que indique o limite de prazo, cabendo a fixação do prazo ao poder concedente, levando em conta o serviço objeto da concessão.

2.9. Modalidades de extinção

Esse tópico elencará as modalidades de extinção do contrato de concessão, respeitando a previsão legal encontrada no art. 35 da Lei 8.987/95, passaremos então aos comentários sobre cada modalidade.

A primeira das modalidades elencadas no dispositivo é o advento do termo contratual que consiste na forma mais comum, ocorre quando expira o prazo fixado no ato da concessão, findando, portanto, a relação concessionário-concedente, os bens do concessionário que estavam vinculados a execução do serviço público passam a entregar o patrimônio do concedente, ocorrendo o que se conhece por “reversão”.¹⁰

Nas palavras de Carvalho (2015, p. 634):

⁹ Aqui cabe a ressalva de Di Pietro (2011, p. 114) quando ao prolongamento desse prazo, segundo a autora: “A omissão do legislador quanto ao limite de prazo das concessões não significa que se devam aplicar os limites estabelecidos pelo art. 57 da lei nº 8.666. Nesse dispositivo, o objetivo do legislador é o de evitar a celebração de contratos que ultrapassem o exercício financeiro, salvo nas hipóteses expressamente previstas no dispositivo. A ideia evidente é a de impedir o comprometimento de orçamentos dos exercícios subsequentes”. Portanto ao se falar em prazo indeterminado ainda assim a concessão deve ser pensada com o objetivo de atender o interesse público, não prejudicando inclusive as contas Inter gestão.

¹⁰ Com o mesmo entendimento Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 764).

É cediço que todos os contratos administrativos são celebrados por prazo determinado em seu instrumento e o escoamento do prazo negocial enseja o término do acordo. A lei prevê que, nesses casos, a reversão dos bens da concessionária ao poder concedente far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Uma outra forma de extinção é conhecida como encampação, que consiste na rescisão unilateral do poder concedente devido não haver mais compatibilidade com o interesse público. Estando prevista no art.37 da Lei 8.987/95, no qual descreve encampação como “a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo 36”.

Uma questão relevante é aquela descrita por Carvalho Filho (2014, p. 414):

“Sendo o concedente o titular do serviço, é de todo razoável que, em razão da peculiaridade de certas situações, tenha ele interesse em extinguir a delegação e, por conseguinte, a concessão. Os motivos, como bem consigna a lei, são de interesse público, vale dizer, a Administração há de calcar-se em fatores de caráter exclusivamente administrativo. Registre-se, no entanto, por oportuno, que, embora esses fatores sejam próprios da avaliação dos administradores públicos, estão eles vinculados à sua veracidade. Em outras palavras, se o concedente encampa o serviço sob a alegação do motivo A, fica vinculado à efetiva existência desse motivo; se inexistente o motivo alegado, o ato de encampação é írrito e nulo”.

É importante evidenciar o fato de que na encampação não houve inadimplência do concessionário, apenas o poder concedente em consonância com o interesse público achou necessário a extinção da concessão, para que esse interesse público fosse atendido.

São requisitos da encampação a existência de lei específica que venha a autorizar a retomada do serviço prestado pelo concessionário, bem como a indenização devida ao concessionário, em razão dos bens empregados na execução do serviço público. Sendo

relevante lembrar que a encampação independe da anuência do concessionário, devendo apenas ser motivada.

A previsão legal também nos traz como forma de extinção da concessão a caducidade. Aqui diferente da encampação o principal elemento definidor para a extinção da concessão é o inadimplemento do concessionário, as causas do inadimplemento são aquelas previstas no art. 38 da Lei 8.987, uma vez encontrada violação ao contrato de concessão cabe ao poder concedente estabelecer prazo a concessionária para que corrija as falhas e se adeque novamente ao contrato, não o fazendo, o poder concedente inicia a fase de instauração de processo administrativo de inadimplência, neste o concessionário possuirá nova oportunidade de defesa, mas uma vez comprovada a inadimplência é decretada a caducidade da concessão levando a sua extinção.¹¹

Para Carvalho Filho (2014, p.413):

Sem embargo da denominação, a caducidade não deixa de ser o efeito extintivo decorrente de atuação culposa do concessionário, ou seja, não deixa de ser o instrumento de rescisão unilateral do contrato por inadimplemento do prestador do serviço. Este é um dos fatores que ocasionam a conhecida rescisão administrativa, caracterizada como aquela que provém da vontade unilateral da Administração.

Em síntese se conclui que a declaração da caducidade é feita por meio de decreto do poder concedente, e somente após a comprovação da inadimplência do concessionário mediante um adequado processo administrativo em que seja respeitado o princípio do contraditório.

Outra das modalidades são as situações de rescisão ou anulação do contrato de concessão. Na rescisão se encontra duas situações diversas, a primeira delas é a chamada rescisão consensual, ambos os interessados concedentes e concessionária estão de comum acordo acerca

¹¹ Ao falar sobre a liberdade unilateral do poder concedente acerca da instauração do processo de inadimplência ficamos com as palavras de Mello (2013, p. 766): “É óbvio que esta “liberdade” conferida ao concedente é descabível e injurídica. Isto porque, a toda evidência, tratando-se de falta ou falha gravíssima, [...] a decretação de caducidade seria inadversavelmente obrigatória. De outro lado, se o descumprimento for de pequena relevância, é claro a todas as luzes que não poderia ser decretada a caducidade, porque, em tal caso, a medida padeceria do vício de “falta de proporcionalidade.”

do destrato da concessão, para a autoridade concedente a concessão não está em consonância com o interesse público e para o concessionário não há lide, a decisão é acatada. Ao passo que na rescisão judicial¹² é aquela em que uma vez que o poder concedente causar lesão ao concessionário cabe a este o requerimento da rescisão, haja vista que o concessionário não pode romper de forma unilateral o contrato de concessão por não ser dotado dessa soberania, sobre a rescisão judicial prevê o art. 39 da Lei 8.987/95 que: “O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim”.

Na anulação se extingue o contrato de concessão em virtude de ilegalidade originária, podendo assim ser exercida pela administração concedente diretamente no exercício do seu poder de autotutela ou por decisão judicial quando concessionário for o interessado.¹³

A última modalidade de extinção do contrato é a hipótese de falência ou extinção da empresa concessionária bem como o falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual. Nessa forma de extinção do contrato de concessão ocorre em razão do desaparecimento da concessionária, uma vez que o contrato de concessão é intuito personae não podendo existir diante da ausência da parte concessionária.

A falência do concessionário deixa evidente que o concessionário não possui condições para seguir com o contrato, independentemente de sua motivação¹⁴, ao passo que em razão de falecimento do titular da empresa individual acaba por corresponder a extinção da própria empresa e por motivos claros também inviabiliza o prosseguimento da concessão.

¹² Válida é a colocação de Mello (2013, p. 764) ao dizer que: “A composição patrimonial entre as partes supõe indenização do capital ainda não amortizado do concessionário e reversão para o Poder Público do equipamento necessário à prestação do serviço. Se tiver havido culpa do concedente, o juiz fixará a composição dos lucros que o concessionário haja deixado de auferir por força da extinção da concessão.”

¹³ Segundo Carvalho Filho (2014, p. 411), ao exercer o poder autotutela a administração concedente deve ao perceber o vício buscar cessá-lo imediatamente, nas suas palavras: “O que não se pode conceber é o prosseguimento da atividade, se esta decorre de um ajuste com vício de legalidade. Presente o vício, há presumida lesão ao patrimônio público, o que permite o ajuizamento de ação popular para postular-se a anulação do ajuste.”

¹⁴ Para Mello (2013, p.727): “a decretação judicial da falência do concessionário, que pode ocorrer em razão de sua insolvência oriunda de incapacidade ou deficiência deste na gestão das atividades a que se obrigou - se porventura chegar a ocorrer antes de a Administração extinguir a concessão, por verificar a deterioração dos serviços acarretará automaticamente a extinção da concessão, por ser declaração manifesta de que o concessionário não está em condições de prosseguir o serviço.”

3. A PARCERIA PÚBLICO PRIVADA E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO NO CONTRATO DE CONCESSÃO

Neste capítulo se aborda as parcerias público privadas e o equilíbrio econômico financeiro de forma mais ampla, trazendo não apenas os seus conceitos, mas buscando elaborar uma discussão voltada para suas principais características bem como contextualiza-las com o panorama brasileiro.

3.1. A parceria público-privada (PPP)

As parcerias público-privadas (PPP) entram em um contexto em que a realidade nacional possui a dívida pública como elemento de restrição ao crescimento da economia, não sendo capaz, portanto de arcar com a realização de necessárias e dispendiosas obras de infraestrutura como nos setores energéticos, de telefonia, siderúrgica, serviços financeiros, etc.

Apesar das privatizações estatais da década de 90 não houve a captação suficiente para o levantamento dos recursos necessários para o atendimento de obras de infraestrutura bem como a melhoria expressivas nos serviços públicos essenciais.

Quanto ao início das PPPs no Brasil, Savoia e Shinohara (2008, p. 25) relatam esse momento da seguinte forma:

Pode-se dizer que o início das PPP no Brasil ocorreu em 19 de agosto de 2001, quando técnicos do ministério do Planejamento reuniram-se para discutir o assunto que, até aquela data, era formalmente desconhecido pelo governo brasileiro. Em 11 de novembro de 2003, foi elaborado o projeto de lei federal de parceria público-privada, entregue pelo ministro do planejamento da época (Guido Mantega) ao então presidente da câmara dos deputados (Joao Paulo Cunha) depois de ter passado por consulta pública e ter recebido diversas contribuições de entidades da sociedade civil, do conselho social e de organizações não governamentais.

Os eventos acima acabaram por culminar em 22 de dezembro de 2004 na aprovação do projeto de lei de parceria público-privada, e em 30 de dezembro ocorreu a sanção presidencial.

A lei 11.079/04 em seu artigo 2º traz que “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”. E ressalta em seus parágrafos 1ª e 2ª cada uma das modalidades: “ §1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. ” e “§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”.

Desse modo é essencial a compreensão do conceito apresentado no capítulo anterior para concessão comum, muito embora aqui haja diferenças, a própria lei federal (11.079/04, art. 3º) explicita que a concessão comum (lei 8.987/95) não se enquadra na modalidade de parcerias público privadas.¹⁵

Adotaremos como conceito de parceria público-privada aquele descrito por Maria França (2011, p. 27) como:

O contrato administrativo de concessão, de longo prazo, celebrado entre a Administração Pública e o setor privado, em regime de compartilhamento de riscos, que pode ter como objeto: (i) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, cuja remuneração acresce às tarifas pagas pelos usuários uma contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (ii) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, com ou sem a execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público, cabendo, em ambos os casos, ao parceiro privado a concepção, estruturação, financiamento, execução, conservação e operação, com eficiência e qualidade, do empreendimento destinado à fruição direta ou indireta da coletividade, durante todo o prazo estipulado, e ao Poder Público, em contrapartida, o dever de assegurar ao

¹⁵ Nas palavras de Mello (2013, p. 789): “As concessões comuns de serviços e obras não sofrem qualquer influxo desta lei e persistem sujeitas à Lei 8.987/1995 e leis correlatas, conforme indicado no art. 3a, § 2a, da Lei 11.079. É a diferença de regimes entre umas e outras - o das parcerias é muitíssimo mais benéfico para o contratado - que tornaria impossível a transformação de atuais concessões comuns em parcerias, sob pena de favorecimento e inconstitucional burla ao princípio da licitação. ” Reforçando, portanto, a concepção de que não se deve confundir as PPPs com as concessões comuns, o surgimento dessa nova modalidade não substitui legislação própria à concessão comum.

parceiro privado as condições de exploração e remuneração, após a efetiva oferta de obra ou serviço pelo parceiro privado, nos termos ajustados.

As parcerias público-privadas só serão admitidas quando seu valor contratual for equivalente a pelo menos 20 milhões de reais em um período de prestação não inferior a 5 anos, não podendo exceder a 35 anos conforme previsão no art. 2º, §4º, I e II, e art. 5º, I.

O seu objeto será a prestação de serviços públicos mesmo que englobe outras atividades.¹⁶

Os princípios que regem as parcerias público privadas ou melhor as diretrizes e cláusulas contratuais estão elencadas no artigo 4º da Lei 11.079/04 em que consiste: “ I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; V – transparência dos procedimentos e das decisões; VI – repartição objetiva de riscos entre as partes; VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.”¹⁷ Para alguns autores como Celso Antônio Bandeira de Mello, acaba por ser dispensáveis a maioria dessas diretrizes no texto legal, por entender que uma vez não observadas essas condições constituiria verdadeiro absurdo à própria execução da parceria.¹⁸

¹⁶ Com a luz do pensamento Mello (2013, p. 790): “Como a lei pretende que as parcerias público-privadas (PPPs) sejam consideradas modalidades de concessão de serviço público, obviamente seu objeto só pode ser a prestação de um serviço público (ainda que para isto necessite englobar outras atividades); vale dizer: seu objeto será necessariamente a prestação de utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelos administrados. Assim, toda tentativa de efetuar PPPs tendo como objeto alguma atividade que não seja serviço público seria aberrante, resultando em evidente nulidade do contrato. ”

¹⁷ Ao falar dessas diretrizes são válidas algumas considerações: “Ao falar de responsabilidade fiscal a lei complementar 101/ 2000 deverá ser observada na celebração das parcerias, e principalmente durante a execução dos contratos celebrados; quanto a repartição objetiva dos riscos nos contratos de administração atuais, não há compartilhamento, sendo os riscos suportados pelo agente privado e mitigado apenas pelo restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro do contrato, devendo os mesmos serem devidamente previstos e explicitados no contrato de parceria público-privada, para que não haja alegação de desconhecimento por parte dos contratantes.” (Savoia; Shinohara, p.37, 2008).

¹⁸ Para o autor Mello (2013, p. 798) os dispositivos são completamente desnecessários pois por óbvio deveriam estar implícitos como objetivos do contrato, conforme afirma: “Com exceção da 'repartição objetiva de riscos entre as partes', todas as demais diretrizes, obviamente, não precisariam ser referidas. ”

Quanto as duas modalidades elencadas pela lei abordaremos mais detalhadamente cada uma em separado.

A primeira delas é a concessão patrocinada, nessa modalidade há uma conciliação entre duas formas de remuneração, o concessionário recebe as tarifas do usuário em conjunto com a contraprestação pecuniária do parceiro público.

Nas palavras de França (2011, p. 28):

A concessão patrocinada é modalidade de concessão de serviço público que conjuga, como forma de remuneração ao parceiro privado, a tarifa paga pelos usuários a uma contraprestação pecuniária paga pelo Poder Público. Instituída pela Lei nº 11.079/04 como uma das formas de parceria público-privada, apresenta como uma das diferenças mais marcantes da concessão patrocinada perante a concessão comum o plus consistente na contraprestação pecuniária do parceiro público (concedente) ao parceiro privado (concessionário), o que significa que a amortização do investimento feito pelo parceiro privado é feita mediante tarifas pagas pelos usuários e recursos públicos.

É válida aqui a colocação da Doutrina ao falar da justificativa para a implementação da PPP patrocinada, que em tese serve para que a administração pública poupe recursos e realize obras ou serviços com um baixo dispêndio, aliviando o ente público desse investimento, deixando, portanto, a cargo do particular. A doutrina vem a colocar que não necessariamente se pode concluir que em toda PPP patrocinada isso aconteça, em verdade essa contraprestação pecuniária do poder público pode corresponder até 70% ou mais que isso, uma vez que ocorra autorização legislativa.¹⁹

¹⁹ Nas lições de Mello (2013, p.791): “Curiosamente, embora a concessão de serviços públicos clássica seja adotada para poupar investimentos públicos ou para acudir à carência deles, e esta última razão sempre foi a habitualmente apontada, entre nós, como justificativa para a introdução das PPPs, a lei pressupõe que na modalidade patrocinada a contraprestação pecuniária a ser desembolsada pelo Poder Público poderá corresponder a até 70% da remuneração do contratado ou mais que isto, se houver autorização legislativa (art. 10, § 3a). Logo, é possível, de direito, que alcance qualquer porcentual, desde que inferior a 100%. Seguramente, este não é um modo de acudir à carência de recursos públicos; antes, pressupõe que existam disponíveis e implica permissão legal para que sejam despendidos: exatamente a antítese das justificativas apontadas para exaltar este novo instituto.”

A seguinte modalidade é a administrativa que consiste na modalidade de concessão dotada de regime jurídico diferenciado com o objetivo da prestação de serviços públicos onde a administração pública está presente, seja como usuária direta ou indireta e que pode envolver o fornecimento e instalação de bens ou execução de obras.

Quanto a remuneração o parceiro privado é remunerado pelo parceiro público através de contraprestação pecuniária, não impedindo o recebimento de recursos de fontes acessórias, complementares ou alternativas, ou ainda decorrentes de projetos associados, tendo em vista a relação não clausulada contida no artigo 6º, da Lei nº 11.079/04.²⁰

Segundo Di Pietro (2014, p. 324):

Na concessão patrocinada (da mesma forma que na concessão de serviços públicos comum ou tradicional), a execução de serviço público é delegada ao concessionário, que vai assumir a sua gestão e a sua execução material. Na concessão administrativa, se o objeto for a prestação de serviço, o concessionário, da mesma forma que na empreitada, vai assumir apenas a execução material de uma atividade prestada à Administração Pública; esta é que detém a gestão do serviço.

A observação da autora é importante para elucidarmos o ponto daquilo que o concessionário assume nessa modalidade, mas aqui também cabe crítica ao que se entende por concessão administrativa, uma vez que na execução desse serviço caberia a administração acobertar todo o dispêndio remuneratório ou pelo menos a sua maioria uma vez que como já citado aqui o artigo 6º da lei 11.079/04 permite fontes complementares, estaria ainda configurada como tarifa? E não como remuneração contratual comum? Me alio a observação

²⁰ Nas lições de Di Pietro (2014, p.326): “Evidentemente, não há impedimento a que o concessionário receba recursos de outras fontes de receitas complementares, acessórias, alternativas ou decorrentes de projetos associados, até porque o inciso V do artigo 6º, ao falar em "outros meios admitidos em lei", deixa claro que a indicação das formas de contraprestação não é taxativa. ”

crítica colocada por Celso Antônio Bandeira de Mello no seu livro “Curso de Direito Administrativo”.²¹

Se faz relevante elencarmos pontos que são comuns a ambas as modalidades de concessão nos utilizando da doutrina principalmente das reflexões de Di Pietro (p.325, 2014).

O primeiro ponto importante é a previsão de prestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, não havendo acaba por configurar concessão comum, o que diferencia entre elas é que na patrocinada essa prestação consiste em parte da remuneração, ao passo que na concessão administrativa é forma básica de remuneração.

O segundo ponto diz respeito a garantia do equilíbrio financeiro, que decorre da aplicação subsidiária da Lei 8.987/95, que prever a repartição dos riscos entre as partes.

Outra característica apontada por Di Pietro (2014, p. 327) equivale ao:

[...] compartilhamento de ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; essa característica se justifica porque, para as parcerias público-privadas, ao contrário do que ocorre na concessão de serviços públicos, o poder público poderá oferecer garantias ao financiador do projeto (art. 5º, § 2º).

O financiamento por terceiros, presente em alguns dispositivos da Lei nº 11.079/04, como ocorre nos artigos 5º § 2º, art. 18 § 2º, e art. 24. Bem como a previsão de três tipos de garantias para as parcerias público-privadas qual seja: 1) as garantias de execução do contrato com a mesma previsão legal dos contratos administrativos encontradas na lei 8.666/93; 2) A garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público perante o parceiro

²¹ Para elucidar a questão é de grande importância trazeremos a crítica de Mello (2013, p. 793) que para ele estamos a falar de uma “falsa concessão” segue seu entendimento: “Ocorre que é praticamente impossível conceber um serviço que possa ser mantido por meras tarifas nas quais a Administração compareça como simples usuária, mas na quantidade e frequência suficiente para acobertar tais serviços, maiormente se envolverem também a execução de obra ou implantação de bens. Logo, o que a Administração teria que pagar para acobertar os dispêndios da prestação do serviço, embora devesse ser uma tarifa, não seria tarifa alguma, mas uma remuneração contratual como qualquer outra - o que, evidentemente, descaracteriza a parceria como uma concessão. Deveras, não basta chamar um contrato de prestação de serviços como concessão para que ele adquira, como em um passe de mágica, esta qualidade. Também não basta chamar de tarifa o pagamento feito ao prestador de serviço em um contrato desta índole para que tal pagamento se converta em tarifa e o dito contrato se transforme em uma concessão; assim como não bastaria chamar uma cadeira de alto-falante para poder irradiar sons por meio dela. ”

privado, prevista no artigo 8º da Lei nº 11.079 e 3) A contra garantia prestada pelo parceiro público a entidade financiadora do projeto.

Também se enquadram como características comuns a ambas as modalidades: constituição de sociedades de propósitos específicos, previsão de penalidades aplicáveis à administração pública, delimitação do prazo contratual, normas sobre licitações, observância da lei de responsabilidade fiscal, imposição do limite de despesa, bem como as vedações previstas no artigo 2º, §4º da Lei 11.079/04.

Ao se referir a modalidade de licitação das parcerias público-privadas o art. 10º da Lei 11.079/04, tem previsão de que a licitação deve ser feita na modalidade concorrência respeitando a observância de algumas formalidades, a primeira delas é a autorização de autoridade competente, com a devida motivação que venha a demonstrar a sua conveniência e oportunidade de contratação, a segunda consiste na demonstração do cumprimento da lei de responsabilidade fiscal, também são requisitos a submissão a minuta do edital do contrato a consulta pública, bem como a exigência de licença ambiental do empreendimento sempre que o objeto exigir.

Quanto a autoridade competente citamos as lições de Di Pietro (2014, p. 329):

Quanto à autoridade competente para a autorização de abertura da licitação e à motivação, a Lei nº 11.079 disciplina o assunto nos artigos 14 e 15, dos quais se deduz que as minutas de edital serão elaboradas pelo Ministério ou Agência Reguladora em cuja área de competência se insira o objeto do contrato. A autorização para a contratação será dada pelo órgão gestor, instituído, na União, pelo Decreto nº 5.385, de 4-3-05, alterado pelo Decreto nº 6.037, de 7-2-07 [...]

Quanto a forma de remuneração do parceiro privado pode se dizer que aqui se encontra um dos pontos fundamentais ao diferenciarmos da concessão comum, nas parcerias público-privadas o parceiro público se compromete com a remuneração parcial ou integral ao parceiro privado, sendo assim na hipótese de insuficiência no pagamento das outras formas acessórias de remuneração o parceiro público acaba por garantir uma remuneração mínima.

Uma vez já elucidado cada modalidade e seus pontos em comum bem como a forma que se dá o processo licitatório vamos a alguns pontos importantes sobre o tema ainda não abordados.

O primeiro deles são os benefícios aos contratados nas parcerias público privadas com o advento da Lei 11.079/04, dentre eles se destaca: que o seu contrato de acordo com o art. 5º, dure até 35 anos; que ao contratar lhe seja dadas garantias antes ausentes nos contratos em geral como a vinculação de receitas presente no art. 8º; conforme art. 11 o emprego de mecanismos privados de solução de disputas; que o pagamento aos parceiros privados possa ser feito com as opções presentes no art. 6º; quanto a atualização automática de valores baseados em índices e fórmulas matemáticas, não havendo necessidade de homologação administrativa, salvo se publicado em imprensa oficial; além das demais é de fundamental importância destacar a existência da previsão contratual de penalidades em caso de inadimplemento ao parceiro público ou ao privado, conforme os moldes estabelecidos no art. 5º, II.²²

Um outro ponto relevante corresponde as garantias ofertadas ao financiador privado, presentes no art. 5º, §2º, I, II, III, que corresponde a: possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública; ao reconhecimento de legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de PPPs, e ao fato de que a Administração autorize, nos termos de requisitos e condições ali previstos, a transferência do controle da sociedade de propósito específico para seus financiadores, com o objetivo de promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, sem que estes tenham necessidade de possuir “capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço”.

Quanto a liberação do pagamento ao parceiro privado passara a ser feito somente após a realização do serviço objeto do contrato conforme art. 7º da Lei 11.079/04 com a observação presente no § 1º, ao colocar que é facultado a administração pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

²² Relevante neste ponto as colocações de França (2011, p. 40) em sua tese ao afirmar que: “As garantias dadas ao parceiro público estão sempre relacionadas à eficiência e à qualidade do serviço a ser prestado pelo parceiro privado. O fato de o pagamento de remuneração ao parceiro privado poder ser variável de acordo com o desempenho do serviço objeto do contrato de parceria público-privada, por exemplo, assegura a adequada destinação dos recursos públicos para honrar essa remuneração [...]”

Ao falarmos de compartilhamento dos riscos e dos ganhos econômicos na parceria público-privada segundo o art. 5º, III da lei 11.079/04 as cláusulas dos contratos de parceria devem prever: “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”, diferentemente da concessão comum, aqui existe uma repartição de riscos relativos aos empreendimentos (álea ordinária) bem como correrão por conta do concedente, aqueles oriundos do fato do príncipe, os compreendidos na teoria da imprevisão, além das chamadas sujeições imprevistas (álea extraordinária). Correrá também por conta do concedente os riscos que são resultados de suas faltas contratuais, entretanto devendo se observar o causador.

Neste trabalho como daremos maior enfoque as PPPs de construção e operacionalização de obras, talvez o risco de maior relevância são aqueles relacionados ao projeto, e sobre os mesmos é válida a observação de França (2011, p. 37) ao escrever que:

Riscos associados a projetos que envolvem construção, manutenção e operação de um bem ou serviço por um longo período de tempo, em regra, diminuem sensivelmente após a fase de construção, já que superada toda a complexidade de incertezas que se verificam nesse período [de construção], a exemplo da realização de desapropriações, da obtenção de diversas licenças de órgãos públicos, da transposição de entraves burocráticos relacionados ao projeto, muitas vezes, políticos, bem como da viabilização econômico financeira do Poder Público.

No Brasil os contratos de parcerias tendem a não modificar as condições iniciais do contrato refinanciando os projetos, segundo França (2011, p. 38): “[...] uma vez que o poder público fixe as condições de financiamento a etapa seguinte corresponderia a avaliação, com base nos termos da proposta vencedora, a capacidade do parceiro econômico privado, não mais alterando as condições estabelecidas”.

No próximo tópico se abordará com maior zelo o risco nas parcerias público-privadas, bem como o equilíbrio econômico, como acontece a reestruturação desse equilíbrio dentre outras questões.

3.2. Elementos mutáveis e imutáveis da concessão

Para falarmos dos riscos e do equilíbrio econômico em si, esse tópico é de fundamental importância vez que, diferenciamos elementos que compõem a concessão, em duas partes, a primeira delas é composta por elementos mutáveis a segunda por elementos imutáveis.

Quanto aos elementos mutáveis se fala das cláusulas regulamentares ou de serviço, aquelas que estejam presente nas leis, decretos, ou no contrato, correspondendo a forma de prestação do serviço, deste modo essas cláusulas são disponíveis a variações por parte do poder concedente, atribuindo ao poder concedente a capacidade de alterar regulamentos do serviço, mas não o objeto contratual.

Segundo Caetano (1996, p.243 apud ARAGÃO, 2013, p. 38):

Os regulamentos de serviço podem ser veiculados das seguintes formas:(a) Inseridos no próprio contrato de concessão, podendo ser alterados a qualquer momento; (b) O contrato de concessão contém apenas uma cláusula genérica pela qual o concessionário se obriga a observar todos os regulamentos presentes ou futuros concernentes ao serviço (com isto, o poder concedente ou eventual autarquia reguladora poderá emitir regulamentos para todos os concessionários ou para determinada concessão específica, desde que haja critério discriminante legítimo para tanto); (c) A elaboração dos regulamentos é delegada ao próprio concessionário, devendo as minutas por ele elaboradas ser submetidas à aprovação do poder concedente; (d) Determinadas disposições regulamentares podem ser de tal forma relacionadas com a equação econômico-financeira que o contrato pode, excepcionalmente, exigir a concordância das duas partes para sua modificação.²³

Quanto aos elementos imutáveis que não são passíveis de variações se tem as chamadas cláusulas contratuais, econômicas ou financeiras que equivale a chamada equação-econômica financeira do contrato.

²³ CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. 1996. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.263, 35-66p. maio/ago, 2013.

Nas palavras de Aragão (2013, p. 39):

Alguns importantes aspectos econômicos do contrato constam de cláusulas de serviço (ex.: a fixação da tarifa), e como tal estão na esfera unilateral do poder público, que, no entanto, deverá sempre observar o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado, recompondo-o se for o caso (art. 9º, § 4º, Lei no 8.987/1995). É que, ao contrário do que pode parecer, a intangibilidade é apenas da equação econômico-financeira, não das cláusulas que tenham expressão econômica em si, inclusive as respeitantes à estrutura tarifária, que podem, portanto, ser alteradas, desde que o delegatário seja de alguma forma recompensado (ex.: a tarifa pode ser diminuída, mas o equilíbrio econômico-financeiro há de ser recomposto mediante a minoração dos investimentos, a não reversibilidade de parte dos bens, o aumento do prazo da delegação etc.).

Desse modo o que se faz importante é o respeito a equação econômica financeira não acarretando obrigatoriamente um exposto engessamento das cláusulas contratuais, que podem ser alteradas desde que compensado o delegatário.

3.3. Equilíbrio econômico financeiro

Uma vez que tenha sido feita a distinção dos elementos do contrato de concessão passaremos a abordar aquilo em que consiste o equilíbrio econômico financeiro da concessão.

O equilíbrio financeiro econômico do contrato corresponde na proteção as condições iniciais do contrato, ou seja, a manutenção dos termos iniciais diante da afetação por fatos sejam eles naturais ou humanos que possam alterar o contrato, se excetuando aqueles fatos que sejam previsíveis, os inerentes a álea econômica e que não possui relação com as ações do estado, sendo portanto uma busca pela preservação do equilíbrio contratual, para que não afete qualquer das partes seja concessionário, seja poder concedente.²⁴

²⁴ Importante as lições de Mello (2013, p. 754) ao relacionar não apenas a busca pela realização do objeto da concessão, mas que nesse processo também se observe o equilíbrio entre o encargo do contrato e o lucro destinado ao concessionário: “Há uma necessária relação entre os encargos fixados no ato concessivo e o lucro então ensejado

Desse modo o equilíbrio econômico e financeiro é de indispensável nos contratos de concessão, à medida que esses contratos estão suscetíveis as mais diversas mudanças, sendo essencial que para a viabilidade do contrato e que para se resolva o objeto contratual as condições devem ser mantidas conforme inicialmente fixado, com sua importância prevista no art. 37, XXI da carta magna brasileira.²⁵

Nessa linha, na leitura do texto constitucional percebe-se a necessidade do equilíbrio econômico financeiro do contrato ao se descrever que: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, **com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta** [...]” (BRASIL. Constituição federal, 1988, art. 37, XXI, grifo nosso).

O equilíbrio econômico e financeiro também é conferido pela Lei 8.666/93, art. 58, §§1º e 2º, em que ao preservar a intangibilidade do equilíbrio econômico e financeiro determina:

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado

§ 2º: “Na hipótese do inciso I deste artigo [refere-se ao poder da Administração Pública de alterar unilateralmente o contrato], as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

De igual modo o art. 65, §6º da referida lei, reforça o dever da administração com o equilíbrio econômico e financeiro: “Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial. ”

ao concessionário. Uns e outro segundo os termos compostos na época, como pesos distribuídos entre dois pratos da balança, fixam uma igualdade de equilíbrio, este equilíbrio que o Estado não só não pode romper unilateralmente mas deve, ainda, procurar preservar. ”

²⁵ Conforme França (2011, p. 123): “A assunção de obrigações e de prestações recíprocas, todavia, não pode deixar de considerar a necessidade de permanente manutenção das condições contratuais originariamente estabelecidas entre as partes do contrato, especialmente as de cunho econômico-financeiro, sob pena de dificultar a execução do objeto do contrato ou até mesmo de obstar seu prosseguimento. A importância da preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos foi erigida a regra constitucional, conforme previsão do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal. ”

Destarte, os dois pratos da balança se compõem pelo ônus ou encargo e em contrapartida a devida contraprestação, o objeto fim da concessão seja comum ou nas PPPs será afetado caso o estado aumente a carga sobre o concessionário, vez que se o ônus empregado modificar o equilíbrio é devido o restabelecimento das condições inicialmente fixadas, não apenas para que se viabilize o prosseguimento da concessão mas para que se defenda o equilíbrio das obrigações recíprocas entre os contratantes.²⁶

Nas palavras de França (2011, p. 124):

A equação ou relação de equilíbrio que se estabelece, no momento da celebração de um contrato sinalagmático e comutativo, entre as obrigações recíprocas assumidas pelos contratantes — encargo versus contraprestação — é o que a doutrina entendeu denominar equilíbrio econômico-financeiro ou equação econômico-financeira do contrato.

Se faz necessário um ajustamento quando o equilíbrio é afetado, para que se proceda o contrato de concessão, como discorre Caio Tácito ao afirmar que um sistema de “vasos comunicantes” inter-relaciona as partes de um contrato administrativo, necessário para um equilíbrio na prestação do serviço e de sua contraprestação.²⁷

Destarte essa relação existente entre concessionário e poder concedente deve constantemente almejar esse equilíbrio, mas não apenas quando o concessionário sofrer alterações em prejuízo, uma vez que não apenas mudanças prejudiciais podem ocorrer, mas também quando as alterações implicarem em benefícios ao concessionário, nas palavras de Aragão (2013, p. 41):

²⁶ Para Mello (2013, p. 754): “Os termos da igualdade alteram-se necessariamente toda vez que o Poder Público agravar os encargos. Isto porque, a fim de manter a mesma proporcionalidade, correspondente à igualdade da equação, o Estado terá que recompor economicamente o concessionário-quando modificar a grandeza de seus ônus. A expressão quantitativa pode se modificar por ato da autoridade pública, unilateralmente, e como exercício normal de um direito seu, mas precisa ser compensada corretamente no outro extremo da relação.”

²⁷ Nas lições de Caio Tácito (1961, p. 3): “Há, entre os direitos e obrigações das partes, um sistema de vasos comunicantes, ou uma relação necessária de causalidade, de que decorre o ajustamento de preço quando a prestação do serviço se modifica, quantitativa ou qualitativamente, ou quando se torna exorbitantemente onerosa.”

O equilíbrio contratual resulta de uma equação econômico-financeira complexa, inclusiva de todos os fatores favoráveis e desfavoráveis a ambas as partes. Se as áleas extraordinárias em questão ocorrerem desonerando o concessionário, o contrato deve ser revisto em benefício do poder concedente ou dos usuários. Não se trata de sanção ou gravame para o concessionário, mas apenas da manutenção do contrato em seus termos econômicos iniciais, da mesma forma que ocorreria, caso a álea extraordinária estivesse onerando o concessionário. O que se visa em ambos os casos é evitar o enriquecimento injustificado de qualquer das partes. O equilíbrio econômico-financeiro é, portanto, uma garantia de mão dupla, razão pela qual os reguladores também devem estar constantemente atentos para eventuais desequilíbrios em favor das concessionárias.

Sendo essencial, portanto a proteção da equação econômico financeira, nas palavras de França (2011, p. 126):

A equação econômico-financeira merece proteção legal em diversas situações que podem acarretar sua alteração e desestabilização da justa proporção das obrigações recíprocas assumidas originariamente pelas partes contratantes. Agravos econômicos ou áleas administrativas ou econômicas extraordinárias, caracterizados pela imprevisibilidade de sua ocorrência ou de suas consequências — a que a Lei nº 8.666/93 trata como imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis —, são acontecimentos que alteram o vínculo obrigatório estabelecido no estado vigente ao tempo da estipulação. Para autorizar a revisão contratual, tais alterações devem ser significativas de modo a provocar uma alteração radical da equação econômico-financeira originariamente estabelecida.

Os demais termos presentes nesta explicação serão melhor trabalhados ao longo deste tópico, passamos agora a análise da Teoria das Áleas.

3.4. Teoria das áleas

Entendendo a necessidade da manutenção do equilíbrio econômico temos que, uma estabelecidas as cláusulas contratuais, condições posteriores podem afetar a execução do contrato impactando diretamente nas cláusulas originais, essas novas condições acabam por

acarretar o surgimento de fatos que são denominados áleas verificadas ao longo da execução do contrato.

Uma vez que uma álea ocorra suas consequências podem dificultar ou mesmo impedir que o objeto do contrato de concessão seja alcançado, essa condição é o que se entende por risco no contrato de concessão.

Falaremos melhor das áleas existentes nos próximos tópicos.

3.4.1. Álea ordinária

A álea ordinária corresponde a possibilidade de fracasso existente em qualquer atividade empresarial, sendo, portanto, normal a qualquer negócio. Segundo Di Pietro (2014, p. 290):

Álea ordinária ou empresarial, que está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado; sendo previsível, por ele responde o particular. Há quem entenda que mesmo nesses casos a Administração responde, tendo em vista que nos contratos administrativos os riscos assumem maior relevância por causa do porte dos empreendimentos, o que torna mais difícil a adequada previsão dos gastos; não nos parece aceitável essa tese, pois, se os riscos não eram previsíveis, a álea deixa de ser ordinária.

Diante do exposto se pode resumir como o risco que qualquer particular corre no exercício da atividade, são as condições próprias do mercado, condições essas que podem conduzir ao encerramento das atividades.

3.4.2. Álea extraordinária

Quanto a álea extraordinária faremos uma subdivisão em álea administrativa e álea econômica, em ambas as situações os fatos são imprevisíveis e modificam o equilíbrio econômico e financeiro.

A primeira que abordamos é a álea administrativa que corresponde às ações tomadas pela administração pública seja descumprindo o contrato de concessão seja exercendo o poder de alteração unilateral. A primeira de suas modalidades corresponde a alteração unilateral do

contrato, para atendimento do interesse público. Nessa modalidade ocorre um ato unilateral da administração pública que afeta diretamente o contrato, entretanto existem limites a serem considerados como aponta Di Pietro (2014, p. 291):

Esses dois limites estão previstos expressamente na Lei nº 8.666/93; o artigo 58, I, prevê a prerrogativa de modificação unilateral "para melhor adequação às finalidades de interesse público". E o artigo 65, § 6º, obriga a Administração, nessa hipótese, a "restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Desse modo a equação econômica financeira poderá ser recomposta inúmeras vezes no decorrer do contrato de concessão possuindo, portanto, um caráter dinâmico. Quanto ao elemento quantitativo também existe previsão legal de acordo com o art. 65, §§ 1º e 4º, ao falar que "O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos".

Para melhor elucidar essa compreensão da obrigação de reestruturação da equação do equilíbrio econômico financeiro temos a compreensão de que segundo Tácito (1975, p.204 apud DI PIETRO, 2014, p.292):

Alguns autores, especialmente franceses, ilustram com fórmulas matemáticas a diferença entre o equilíbrio do contrato de direito privado e o administrativo: no primeiro, o equilíbrio é do tipo $a = b$, de tal forma que, se uma das partes descumpre a sua obrigação, ela comete uma falta e o sistema contratual fica irremediavelmente rompido; no contrato administrativo, o equilíbrio é do tipo $a/b = a1/b1$. Se a Administração altera a obrigação a do contratado, substituindo-a pela obrigação $a1$, a remuneração devida pelo poder público passa de b para $b1$.²⁸

²⁸ TÁCITO, Caio. Direito administrativo.1975. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

A seguinte modalidade na álea administrativa equivale ao fato do príncipe, que para Di Pietro (2014, p. 292) corresponde: “as medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado”.

Nessa concepção as ações tomadas pelo estado de medida geral acabam por atingir o contrato de maneira reflexa, e por consequência também afetará a equação econômica financeira, desde que a autoridade responsável pelo fato do príncipe seja de mesma esfera do governo que celebrou o contrato. Possui previsão expressa no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/94, e no art. 5º, III, da Lei nº 11.079/04, que disciplina as parcerias público-privadas.

A próxima modalidade é a do fato da administração que corresponde segundo Di Pietro (2014, p. 293): “O fato da Administração compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, pode tornar impossível a execução do contrato ou provocar seu desequilíbrio econômico”.

Desse modo qualquer forma de atuação da administração pública, estando na qualidade de contratante que prejudique o contrato impossibilitando ou afetando seu equilíbrio econômico financeiro é considerado fato da administração.²⁹

A próxima álea corresponde a álea econômica, é imprescindível a citação das palavras de Di Pietro (2014, p. 295) ao elucidar que:

[...] Álea econômica, que dá lugar à aplicação da teoria da imprevisão, é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado.

Desse modo qualquer elemento que seja externo ao contrato, que não seja previsível pelas partes, e inevitáveis são chamados de álea econômica, uma vez que assim como as outras áleas elencadas ensejará em afetação ao equilíbrio econômico financeiro do contrato.

²⁹ Di Pietro (2014, p. 294) traz relevante questão ao diferenciar fato da administração de força maior conforme elucida: “Costuma-se equiparar o fato da Administração com a força maior, o que deve ser entendido em termos; em ambas as hipóteses, há a ocorrência de um fato atual (posterior à celebração do contrato), imprevisível e inevitável; porém, na força maior, esse fato é estranho à vontade das partes e, no fato da Administração, é imputável a esta. Além disso, a força maior torna impossível a execução do contrato, isentando ambas as partes de qualquer sanção, enquanto o fato da Administração pode determinar a paralisação temporária ou definitiva, respondendo a Administração pelos prejuízos sofridos pelo contratado. ”

Principalmente ao falarmos do contrato de concessão é de extrema importância que a teoria da imprevisão seja aplicada, com legislação encontrada na Lei nº 8.987/95, em seu art.9º, §§ 3º e 4º. Conforme França (2011, p. 93):

A aplicação da teoria da imprevisão é eficiente instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos que garante ao particular contratante, num contexto de instabilidade econômica, a manutenção das condições contratuais originariamente estabelecidas ou o ressarcimento pela inexecução contratual.

Para complementar essa colocação Di Pietro (2014, p. 297) descreve como requisitos da teoria da imprevisão a necessidade de que o fato seja: “ Imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências; estranho à vontade das partes; inevitável; causa de desequilíbrio muito grande no contrato. ”

3.5. Restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro no contrato de concessão

Uma vez que o equilíbrio econômico-financeiro esteja comprometido cabe a administração pública restabelecer a equação seja de forma direta ou indireta, a exceção ocorre quando desequilíbrio inviabiliza o prosseguimento da concessão, o poder concedente deve indenizar o concessionário naquilo que fora investido uma vez que o reequilíbrio econômico financeiro não pode mais ser reestabelecido.

O reestabelecimento de forma direta estamos a falar do reajuste de tarifas, revisão periódica e revisão extraordinária, todos os métodos afetam diretamente o valor da tarifa da concessão. Ao passo que na forma indireta falaremos da alteração no programa de investimentos, dilação do prazo contratual e do aporte de recursos públicos.

3.5.1. Reajuste de tarifas

A primeira das medidas de buscas pelo reequilíbrio de forma direta é o reajuste das tarifas com previsão no art. 18, inc. VIII, bem como no art.23, inc. IV, da Lei nº 8987/95, que prevê a

possibilidade do reajuste periódico do valor das tarifas com a finalidade de corrigir a perda do valor monetário em virtude da inflação.

Conforme disserta Vasconcelos (2004, p. 66):

Diante do fato de o reajuste ter por objetivo a preservação do valor inicial da tarifa contratada, em face da deterioração do valor da moeda, entende-se que, sempre que possível, o reajuste deve-se dar por meio de algum índice que reflita a variação do custo do serviço concedido, evitando-se índices gerais de preços ou índices vinculados à variação cambial, pois tais índices poderão ensejar um desequilíbrio econômico financeiro no contrato durante o período de execução da concessão.

Em síntese, o reajuste acabaria por restabelecer o equilíbrio provocado pela própria desvalorização monetária fruto da inflação.

3.5.2. Revisão periódica

A revisão periódica compreende um período de normalmente 4 ou 5 anos, previsto na lei 8.987/95 nos artigos 9, §2º, art. 18, inc. VIII e art. 23, inc. IV.

Na revisão periódica cabe ao poder concedente uma análise entre o encargo suportado pelo concessionário e o retorno obtido pelo mesmo no curso dessa concessão, sempre observando aquilo que se estabeleceu por meio de contrato. O reajuste é comum principalmente em concessões de longo prazo, e tem por objetivo corrigir qualquer desequilíbrio existente, ajustando o valor da tarifa do serviço público.

3.5.3. Revisão extraordinária

Diante da ocorrência de um evento da álea extraordinária com consequências significativas ao equilíbrio econômico financeiro cabe ao poder concedente e ao concessionário o direito a busca por uma revisão com o objetivo de restabelecimento do equilíbrio.

Um dos pontos mais relevantes dessa modalidade de reajuste é tratado por Vasconcelos (2004, p. 67, 2004):

Nesse caso, assim como ocorre no reajuste tarifário, usualmente serão os usuários do serviço concedido que arcarão com a totalidade do ônus de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato afetado. Dessa forma, deve o poder concedente atentar para o disposto no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/1995 quanto à modicidade tarifária, ou seja, em havendo a perspectiva de um aumento no valor da tarifa do serviço público que possa acarretar tarifas não módicas, caberá ao poder concedente estudar mecanismos alternativos de recomposição do contrato.

3.5.4. Dilação de prazo contratual

Na dilatação do prazo contratual ocorre uma alteração do prazo estabelecido inicialmente no contrato, com o objetivo de que com o prazo adicional na concessão ocorra o ressarcimento financeiro proveniente do desequilíbrio. Essa modalidade não é recomendada para concessões de longo prazo em que o desequilíbrio ocorra em seu começo uma vez que deve existir uma proporção entre o desequilíbrio e o tempo de concessão, pois se o mesmo sem alteração for suficiente para recompor a equação não há necessidade de alteração.

Uma vez mais se torna relevante as colocações de Vasconcelos (2004, p. 68) ao afirmar que embora permita essa dilação deve-se respeitar os limites estabelecidos em lei: “Frise-se, no entanto, que o artigo 4º da Lei nº 9.074, de 1995, limita o prazo das concessões de geração de energia elétrica em 35 anos (§ 2º) e de transmissão e de distribuição de energia elétrica em 30 anos, mas neste caso prorrogáveis, no máximo, por igual período (§ 3º).”

3.5.5. Aporte de recursos públicos

Essa modalidade tem como pré-requisito uma expressa previsão legal no edital de licitação e na minuta do contrato de concessão, para que todos os envolvidos no processo licitatório tenham conhecimento.

Para falar dessa modalidade primeiramente um exemplo encontrado nas palavras de Luís Roberto Barroso (2008, p. 43), que disserta:

Em suma: pressupondo a legitimidade da alteração que causou o desequilíbrio, o administrador poderá então fazer uma avaliação discricionária de como reequilibrar o ajuste. No caso dos contratos de concessão, remunerados mediante a cobrança de tarifa dos usuários do serviço concedido, podem ser meios legítimos para produzir esse resultado a indenização, o aumento da tarifa, o aumento da base pagante, e a extensão ou prorrogação de prazo.

Desse modo, consiste, portanto, na utilização dos recursos públicos para a recomposição do equilíbrio, para Vasconcelos (2004, p. 69) também é importante a compreensão de que, “[...] as condições em que o poder concedente irá aportar recursos públicos, a fim de reequilibrar a concessão, estiveram bem claras e objetivas na licitação, tal mecanismo poderá propiciar, por exemplo, que usuários carentes da população tenham acesso ao serviço prestado.”

4. O INSTITUTO DA CONCESSÃO EM UM BRASIL DE ESPETÁCULO: REALIDADE E DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO DIANTE DAS EMERGENTES NECESSIDADES ESTRUTURAIS

4.1. Um Brasil carente de infraestrutura: Parcerias público-privadas, a solução para o problema?

As parcerias público-privadas surgem em um contexto global em que se imperava as medidas privatizantes diretamente incentivadas pelos organismos de financiamento internacional, tendo como ponto primordial de entrada o governo de Margareth Thatcher em meados de 80, e retomadas pelos conservadores na Inglaterra de 1992, com o que ficou conhecido como programa de financiamento privado (Private Finance Initiatives), posteriormente em 1997 as PFIs vieram a constituir as chamadas parcerias público-privadas.

Como já comentado nesta monografia as parcerias público-privadas equivalem a um mecanismo conjuntural e estrutural de promoção de uma nova forma de financiamento de infraestrutura de extrema importância para o estado, como na área de educação, saúde, transporte, instalações portuárias, em um cenário em que o estado não possui recursos para custear sozinho essas obras sem que haja um comprometimento do orçamento.

O cenário em que se insere no Brasil é posterior as reformas implantadas pelo governo Fernando Henrique Cardoso, em que mesmo após a redução da intervenção do estado as necessidades estruturais eram latentes, e a condição orçamentaria nacional continuou a não proporcionar que o estado de modo solitário dispendesse recursos suficientes para a promoção dos investimentos em infraestrutura.

O desenvolvimento das parcerias público-privadas fora fortemente influenciado pelo modelo neoliberal que apoia um estado que voltasse ao desenvolvimento nacional nas palavras de Nohara (2014, p. 188):

[...] um Estado voltado a propiciar segurança negocial, atração de investimentos para infraestrutura e “parcerização” com uma elite de investidores. A proposta neoliberal buscou favorecer a expansão da economia capitalista pela flexibilização do trabalho, mesmo com o incremento das desigualdades sociais, tendo em vista o fato de que os detentores do poderio

econômico procuram expandir o seu mercado, pouco se importando, na prática, com o impacto de sua ação nas políticas sociais distributivas.

Nesse contexto, o Consenso de Washington com sua maior expressão no economista John Williamson, acaba por se tornar um modelo de imposições presentes nos organismos de financiamento internacionais que por consequência afetaria diretamente os países periféricos, impondo a eles medidas como: a abertura da economia através da liberalização financeira comercial e a retirada das barreiras aos investimentos estrangeiros, uma política favorável as privatizações, a redução de gastos em políticas sociais, mudanças em legislações trabalhistas que reduzissem os custos na contratação. Todas as medidas afetam diretamente o desenvolvimento nacional por aumentar as desigualdades econômicas internas ao país, não contribuindo para uma promoção do bem-estar social.

Circunstâncias acima que acarretariam em uma modernização sem desenvolvimento que nas palavras de Nohara (2014, p. 189): “[...] Crescimento sem desenvolvimento é mera modernização, que não contribui para melhorar as condições de vida da maioria da população, uma vez que o progresso técnico pode ser limitado ao estilo de vida e ao padrão de consumo de uma minoria privilegiada.”

Nesse contexto os estados periféricos e aqui podemos citar o Brasil, se encontram em um momento de retração, de menor intervenção estatal, e mesmo diante desse novo modelo gerencial temos estados endividados e com limitados recursos para investimentos públicos.

Mesmo que a lei tenha sido promulgada no governo de Luiz Inácio Lula da Silva, não se atribui a ideia a ele, mas sim como herança do programa de Reformas do Estado implantado no governo Fernando Henrique Cardoso na década de 90, uma vez que se superou o questionamento da adoção do modelo como solução para a escassez de recurso público, o mesmo constitui hoje prática presente em todos os poderes concedentes independente do gestor público, como se percebe nas obras estruturais existentes (ou planejadas) destinadas a realização da copa do mundo de 2014 (que como veremos mais especificadamente ocorreram diversas complicações) e os jogos olímpicos de 2016.

Com legislação própria na Lei 11.079/04 as parcerias público-privadas nos termos da lei são classificadas, nas palavras de Figueiredo (2008, p. 153):

[...] a) concessão patrocinada: é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando

envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; b) 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.

Como se percebe pelo conceito existe vantagens quando comparada com a concessão comum, não apenas a contraprestação estatal, mas uma repartição de riscos entre o poder concedente e o concessionário, um sistema de financiamento e a ampliação das garantias do investimento.

No contrato de parceria público-privada se exige nas palavras de Bagnoli (2008, p. 120): “[...] a constituição de sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. [...] estando vedado à administração pública ser a titular da maioria do capital volante da sociedade. ”

O que se constata com a experiência das PPPs no Brasil é que esse modelo não veio a assegurar uma maior segurança jurídica e estabilidade com o governo em benefício ao investidor, bem como não atingiu exatamente aquilo que a administração pública almejava com sua criação.

Os demais elementos das parcerias-público privadas foram abordados em tópico específico desse trabalho, voltamos a abordagem da indagação: as parcerias público-privadas constituem de fato uma solução definitiva para o problema de infraestrutura brasileiro? O que se constata nas leituras é que não se trata de um modelo perfeito, e que acaba por não cumprir exatamente aquilo que a que se propõe.

A primeira das observações é a respeito da política tarifária existente nos contratos de parceria, que por vezes no processo de reajuste entra em desacordo com o estabelecido no contrato. Nas palavras de Nohara (2014, p. 191):

Mesmo diante de índices inflacionários específicos, o Poder Público, que detém o planejamento da política tarifária que recai sobre os serviços públicos, nem sempre promove o reajuste tal qual delimitado no contrato, mas arca com medidas compensatórias para garantir a modicidade do serviço; o que, aliás, não desonera o “empresariado” de ter de negociar a continuidade de seus ajustes.

O ponto seguinte é o orçamento público, as parceiras público-privadas não eliminam a despesa do poder concedente, uma vez que se confere o adiamento da contraprestação ao concessionário, e não a sua extinção, pois ocorrendo a entrega do objeto contratual tornasse devido a justa compensação, não apenas tarifaria, mas também pública.

Algumas restrições são relevantes, primeira delas é o valor mínimo de vinte milhões de reais para a celebração da PPP, a seguinte restrição está presente no art. 22 da Lei 11.079/04 ao determinar que “A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. ”

Também se o destaca o texto do art. 28 da Lei 11.079/04: “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 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. ”

Existe a exigência de autorização legislativa nos casos em que mais de 70% da remuneração da concessão patrocinada for oriunda de verba pública (concessão patrocinada), o mesmo não é necessário na concessão administrativa.

Nohara (2014, p.193) nos traz outro ponto, evidenciando uma relação direta com a LDO e com a LOA, como segue a necessidade das:

[...] diretrizes financeiras que determinam a existência de estudo técnico que demonstre a conveniência e oportunidade da opção em adoção da PPP, acompanhado da elaboração de estimativa de impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que vigorará a PPP; declaração do ordenador da despesa de que as obrigações são compatíveis com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e previstas na Lei de Orçamentária Anual; estimativa de fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante o contrato e por

exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública, previsão do Plano Plurianual em vigor no momento da celebração do contrato.

Também é relevante dizer que a contraprestação pública é proporcional as metas estabelecidas no contrato, sendo rotineiramente matéria de pleito judicial.

Talvez um dos pontos de maior importância ao concessionário seria a previsão do art. 5º, IX ao afirmar que: “o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado”, frase que para alguns autores é inconsistente como o caso de Mello (2014, p.800 apud NOHARA, 2014, p. 193) “aparentemente improvável e de difícil operacionalização prática”.³⁰ Essa reflexão trabalha no sentido de que o concessionário tem como remuneração auxiliar ou integral (administrativa) a contraprestação pública, e essa inevitavelmente está vinculada a um equilíbrio político que não provoque mudanças no curso da parceria, principalmente nas concessões de longo prazo.

Questão controversa é a repartição objetiva de risco, expressa no art. 4º, inc. VI e art. 5º da lei 11.079/04, em que a lei determina que deve haver uma “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”. Mas na prática é inviável diante de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas inevitáveis antever acontecimentos futuros já visando uma repartição justa dos sinistros, além da possibilidade de revisão judiciária de cláusula contratual que se mostre desequilibrante, uma vez que existe relação direta com o interesse público cambiante.

E por fim citasse nas palavras de Nohara (2014, p. 195):

São garantias facultativas previstas exemplificativamente no art. 8º da Lei nº 11.079/04: a vinculação de receitas, observada a vedação de vinculação de receitas de impostos; a instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; a contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras não controladas pelo Poder Público; a garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 2014. In: NOHARA, Irene Patrícia. **Desafios jurídicos das parcerias público-privadas (PPPs) e desenvolvimento nacional sustentável**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 5, n.2, 184-203p. jul/dez, 2014.

Poder Público e as garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade. Estas são previsões que asseguram de fato medidas compensatórias dos riscos assumidos.

Diante do exposto podemos dizer que as parcerias público-privadas não são a solução definitiva para o problema de infraestrutura brasileiro, na verdade não existe uma solução definitiva, estamos a falar de um modelo relativamente novo (quando comparado com a concessão comum, na data deste trabalho fazem 12 anos da promulgação da lei das PPPs), que tem por objetivo reduzir o impacto causado no orçamento público e ao mesmo tempo promover não apenas obras públicas mas também a prestação de serviços públicos, em que conceitualmente não equivale a forma exata prevista nas Lei 11.079/2004, mas que apesar das críticas traz um conjunto de novas garantias para ambos os lados seja o poder concessionário seja o poder concedente.

4.2. Lei nº 12.462/ 2011: Regime diferenciado de contratação pública.

O regime de contratação pública diferenciada tem seu nascimento atribuído a MP nº527 de 2011 e sua forma expressa na Lei 12.462/11 que determina um modelo diferenciado de contratação para os eventos esportivos que ocorreram em 2013/2014 e que estão programados para o ano corrente de 2016, correspondendo a copa das confederações, a copa do mundo e aos jogos olímpicos.³¹

Essa era a previsão inicial, mas gradativamente novos cabimentos foram sendo atribuídos, aqui citamos: a) as obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos estados da federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais; b) ações do PAC com a Lei 12.688/12; c) obras e serviços de engenharia no SUS com a Lei 12.725/12;

³¹ Conforme elucida Mello (2013, p. 677): “Em vista da Copa das Confederações da FIFA (2013), da Copa do Mundo de Futebol (2014) e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos (2016) foi instituído um regime especial, dito Regime Diferenciado de “Contratações” Públicas (RDC), pela Lei 12.462, de 5.8.2011, que é a conversão da MP 537, de 2011, destinado inicialmente, conforme seu art. 22, às obras de infraestrutura e contratação de serviços para os aeroportos das Capitais dos Estados distantes até 350 km das cidades sedes dos mencionados mundiais e outras obras a serem definidas pela própria Administração Pública. Posteriormente foi alargado seu âmbito de ação, para abranger também “as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)”, previsto na Lei 11.578, de 26.11.2007, bem como as licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.”

d) obras e serviços de engenharia em estabelecimentos penais e socioeducativos pela Lei 12.980/14 (MP 630/13); e) obras e serviços de engenharia no sistema público de ensino, Lei 12.722/12, f) obras e serviços de unidades armazenadoras da CONAB (companhia nacional de abastecimento), Lei 12.873/13.

A criação do instituto tem como objetivo um processo mais célere, econômico, e com maior eficiência na contratação pública, para regular esses investimentos extremamente vultuosos objetivando não apenas uma rápida implantação de infraestrutura necessária, mas um processo que seja feito de modo transparente e efetivo.

Dentro desses moldes em princípio tratava-se de uma Lei muito específica, voltada unicamente para objetos delimitados, os eventos esportivos, em datas próprias, em que findando os eventos se tornaria inoperante, mas com o passar dos anos está sendo gradativamente empregada em outros objetos (como já citamos.).

Quanto aos seus objetivos estão previstos expressamente no § 1º do art. 1º da Lei 12.462, de 2011, que estabelece os seguintes: 1) ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; 2) promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; 3) incentivar a inovação tecnológica; e 4) assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

As fases do RDC são: I) preparatória, II) publicação do instrumento convocatório; (III) apresentação de propostas ou lances; (IV) julgamento; (V) habilitação; (VI) recursal; e (VII) encerramento, conforme artigo 12.

De acordo com o artigo 15º e com o §1º, inc. I e II e §2º da Lei, determina que: “a sua publicidade, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante: publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores; entretanto nos casos de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, é dispensada a publicação prevista no inciso I do § 1º do art. 15”.

As licitações poderão ser adotadas os modelos de disputa aberto ou fechado (art. 16), e seus critérios de julgamento serão: I - menor preço ou maior desconto; II - técnica e preço; III - melhor técnica ou conteúdo artístico; IV - maior oferta de preço; ou V - maior retorno econômico, conforme artigo 18 da Lei 12.462/2011.

Quanto as suas principais inovações se elenca:

- a) Adoção da lógica do pregão, possuindo inversão das fases (art. 12), procedimento preferencialmente eletrônico (art. 13); possibilidade de modo de disputa aberto, com oferta de lances públicos e sucessivos (art. 17); fase recursal única (art. 27).
- b) Função regulatória da licitação: desenvolvimento sustentável (art. 3º); proposta mais vantajosa não mais adstrita apenas ao preço, podendo considerar os custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive de manutenção, desfazimento de bens e resíduos, depreciação econômica (art. 4º)
- c) Orçamento sigiloso (art. 6º): restrição subjetiva e temporal
- d) Remuneração variável (art. 10)
- e) Adjudicação múltipla para o mesmo serviço (art. 11)
- f) Contrato de eficiência (art. 23)

O regime diferenciado de contratação já fora atacado por duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as ADI nº 4.645 e ADI nº 4.655. Segundo Freire, as “[...] ações questionam diversos aspectos da Lei do RDC e, dentre eles, o instituto da contratação integrada. De acordo com os impetrantes, a contratação integrada fere os princípios da isonomia e do julgamento objetivo quando não permite definir com clareza qual será objeto e suas dimensões, sem efetivo projeto básico e executivo [...]”.³²

Dentre outras alegações as ADI discorreram que a contratação integrada poderia desvirtuar os propósitos da licitação pública, em afronta direta ao artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, mas parte da doutrina aprova a previsão da contratação integrada, ao elucidar que o RDC traz maior eficiência ao contrato, uma vez que estabelece uma relação mais

³² FREIRE, André Vieira. *Constitucionalidade da contratação integrada no regime diferenciado de contratações*. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55183&seo=1>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

direta entre o setor particular e o público, conforme escreve Reisdorfer (2013, p.161 apud FREIRE, 2016): “Esse tipo de ajuste, baseado na atribuição do encargo de desenvolvimento do projeto básico ao particular, é inspirado por uma lógica de cooperação mais acentuada, que se revela na medida em que o particular é chamado a participar da concepção da prestação a ser executada. Ao admitir a solução da contratação integrada, a Lei nº 12.462 afasta-se do paradigma de “dirigismo da licitação” refletindo na disciplina da Lei nº 8.666, baseado na ideia de delimitar as características e condições do futuro contrato de mais completa e exaustiva.”³³

Pode se encerrar este tópico concluindo que o regime diferenciado de contratação pública vem provando ser uma forma menos burocrática de licitar, trazendo uma maior agilidade, e efetividade as contratações públicas, e que a resistência colocada sobre sua matéria se deve por vezes a inexperiência do próprio mecanismo, gradativamente com sua utilização e aprimoramento estimasse que o RDC seja uma boa alternativa a já defasada lei geral de licitações.

4.3. Como o modelo das parcerias público-privadas está presente diante do período de eventos esportivos copa do mundo de futebol e jogos olímpicos.

4.3.1. A concessão na copa do mundo

O Brasil foi sede da copa do mundo de futebol de 2014, foi um evento grandioso, com cobertura midiática global, que trouxe os “olhos do mundo” para o nosso país, e em breve nos dias 5 a 21 de agosto de 2016 ocorreram os jogos olímpicos de 2016. O objetivo desse tópico é tecer comentários acerca das concessões empregadas na copa, mas nossa abordagem será direcionada as parcerias público-privadas firmadas para a construção de obras públicas e prestação de serviços, buscando de forma objetiva tecer comentários sobre como as diversas parcerias foram firmadas, e se os objetivos propostos foram ou estão sendo alcançados.

Destarte que devido aos seus impactos no orçamento público e sua complexidade nos ateremos as parcerias público-privadas, não abordando de forma extensiva outras formas de

³³ REISDORFER, Guilherme Frederico Dias. *A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. 2013. In: FREIRE, André Vieira. *Constitucionalidade da contratação integrada no regime diferenciado de contratações*. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55183&seo=1>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

concessão. As PPPs estiveram massivamente presente na copa principalmente nas construções dos estádios, e após o período, foram a forma de concessão mais utilizada, muito se discute se houve irregularidades nessas parcerias, se existem concessionárias que auferiram lucros absurdos acima dos estipulados no contrato ou mesmo se existem concessionárias operando no vermelho, uma vez que as parcerias na sua maioria foram de grande prazo, e por essa característica em si já pode ser determinante em uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro entre concedente e concessionária.

Das 12 arenas construídas para a copa, 9 delas iniciaram como públicas, das quais cinco delas estão sob o regime de PPP. Quanto ao Maracanã, embora formalmente possa ser considerado uma PPP, o seu regime no processo de reforma foi o da empreitada tradicional, entretanto sua gestão por 35 anos é que foi objeto de concessão.

Nos ateremos as essas parcerias público-privadas devido principalmente a vultuosidade dos investimentos e a expectativa de uma análise dos resultados dessa nova forma de concessão. O primeiro ponto a destacar é que segundo Naves (2015, p. 1):

Ao se comparar o intervalo entre a assinatura dos contratos e os respectivos jogos inaugurais, as PPPs consumiram, em média, 25% menos tempo em relação às obras públicas tradicionais (lembrando que hoje esta variável pode não ser tão relevante, mas no contexto do cronograma das obras para a realização da Copa do Mundo e das Confederações, certamente havia poucos temas mais importantes do que o atraso na entrega dos estádios).³⁴

Nos ateremos nesse tópico a falarmos das três principais parcerias da copa, a análise dos casos da Arena Castelão, Arena Pernambuco e Arena das Dunas já é suficiente para termos uma boa noção de como as parcerias público-privadas foram feitas neste período, identificaremos diversas falhas no processo principalmente quando analisamos dois fatores: a alocação do risco de demanda e a remuneração vinculada a desempenho.

O primeiro caso a analisarmos será o da Arena Castelão seu projeto fora avaliado em R\$518.606.000,00 no período da assinatura do contrato de parceria em novembro de 2011, o

³⁴ NAVES, Guilherme. *As PPPs das Arenas da Copa do Mundo - fracasso retumbante ou precisamos entender melhor*. 2015. Disponível em: <http://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-ppps-das-arenas-da-copa-do-mundo-fracasso-retumbante-ou-precisamos-entender-melhor>. Acesso em: 10 de março de 2016.

critério utilizado no julgamento das propostas foi a combinação do menor valor da contraprestação mensal a ser paga pela administração pública aliado a melhor técnica. O contrato acabou por ser celebrado com o Consórcio Arena Multiuso Castelão (formado pelas empresas Galvão Engenharia S.A, Serveng Civilsan S.A e BWA Tecnologia e Sistema em Informática LTDA), pelo prazo de 8 anos. O valor leva em consideração a soma dos investimentos, bem como a contraprestação que o governo do Ceará se comprometeu a arcar de acordo com os termos contratuais.

Esse montante da contraprestação pública foi feita em etapas (4 no total), e cada uma dessas etapas se dividiria em uma parcela fixa mensal equivalente a 62% enquanto os outros 38% ficariam relacionados proporcionalmente com a operação no projeto relacionado ao desempenho dos índices estabelecidos.

Como já elucidado em tópicos anteriores essa contraprestação nos contratos de parceria é devida somente após a entrega do objeto, nesta parceria teoricamente a contraprestação deveria feita de forma mensal, ocorre que o poder concedente após a disponibilidade da obra já havia pago praticamente 95% de todo o valor do contrato, deste modo caberia ao governo do estado uma quantia muito pequena na fase operacional da arena, o que acaba por gerar um problema grave na concessão, vez que, o desempenho operacional da concessão passa a correr praticamente sem a possibilidade de deduções relacionadas aos indicadores de desempenho, algo em torno de apenas 2% do valor inicial do contrato.

Essa característica da quase totalidade da contraprestação pública afeta diretamente a fase operacional do concessionário, extinguindo uma estrutura de incentivos que serviria para manter uma prestação de serviço adequada, no curso do contrato de parceria, que como já falado foi projetado para 8 anos.

Ocorre que diante desse quadro, acabou acontecendo a troca no comando da concessionária após a entrega da obra, com a construtora alienando a sua participação para um operador de arenas. Nessa situação os principais objetivos e vantagens das parcerias público-privadas foram afetadas distanciando em vários aspectos daquilo que a lei promulga, vez que os benefícios de ter o parceiro privado no comando do empreendimento não foram alcançados, com o investidor deixando a parceria logo após a conclusão da obra.

As consequências desse processo desastroso repercutiram nos anos seguintes, em novembro de 2014 por meio de um decreto (nº 31.625) o governo do Ceará decretou intervenção na parceria público-privada que em diário oficial publicou: “[...] a existência de deficiências

graves na organização da Concessionária Arena Castelão Operadora de Estádio S.A, afetando o regular desenvolvimento das atividades abrangidas pela Concessão, e causando inclusive risco à segurança de pessoas e bens, e; considerando que o Poder Concedente deve adotar medidas acautelatórias para assegurar a continuidade da prestação dos serviços públicos, de forma adequada e eficiente".

Após o prazo determinado pelo decreto o titular do consorcio a "Luarenas", apresentou argumentos voltados a melhorias do estádio e na prestação dos serviços, o que fez com o que o governo do Ceará acatasse, e devolvesse o controle para a administradora.

A arena Castelão diante dos altos custos de manutenção e do escasso uso, em 2015 passou por dificuldades, passando a dar um prejuízo de 1 milhão de reais por mês, com uma manutenção avaliada em quase 14 milhões anuais. Na tentativa de aumentar a utilização da arena novas parcerias vêm sendo buscadas, uma delas é a transformação da arena castelão em um palco multiuso com a promoção de eventos diversos aos jogos como por exemplo as apresentações musicais em shows de grande atratividade como foi o caso dos shows de Paul McCartney, Beyonce etc.

Segundo o portal Globo.com³⁵:

[...] a administradora Luarenas em acordo recente do dia 15 de março de 2016 firmou uma parceria com Clube esporte Ceará em que neste contrato com validade até maio de 2017 o clube se compromete a realizar pelo menos 70% dos seus jogos no estádio em 2016 e 50% em 2017, além de uma contribuição em porcentagem na taxa de administração do estádio; a intenção é obter um aumento de público pagante, que faça com que a gigante arena Castelão mesmo que a passos lentos pare de dar prejuízos.

A próxima parceria público-privada que analiso é talvez um dos casos mais complexos e delicados, a Arena Pernambuco.

O próprio contexto de construção do estádio foi amplamente criticado, o estado optou pela construção de uma obra totalmente nova, o que acarretou em dois problemas imediatos, o

³⁵ GLOBO.COM. *Ceará firma contrato de parceria com Arena Castelão até maio de 2017*. 2016. Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/ce/futebol/times/ceara/noticia/2016/03/ceara-firma-contrato-de-parceria-com-arena-castelao-ate-maio-de-2017.html>>. Acesso em 10 de março de 2016.

primeiro é que a construção do investimento foi claramente uma decisão muito mais onerosa do que a reforma de um dos três grandes estádios já existentes, e segundo criar um novo estádio em uma região em que os clubes já possuem estádios próprios acaba por condenar o empreendimento, pois não existem garantias que os clubes abandonariam suas arenas para efetuarem seus jogos no novo estádio.

Foi dada então a abertura da licitação dessa concessão na modalidade administrativa, em concorrência internacional em que as propostas foram julgadas segundo os critérios de menor valor da contraprestação a ser paga pelo poder público aliado a melhor técnica. Tendo como vencedor o consórcio “Cidade da Copa” formado pelas empresas Odebrecht Investimentos em Infraestrutura Ltda. e Odebrecht Serviços de Engenharia e Construção S/A.

Quanto a essa parceria, os dados fornecidos por Naves (2015), descrevem os principais valores envolvidos:

O valor da PPP da Itaipava Arena Pernambuco foi divulgado como R\$379.263.314,00, à época da assinatura do contrato (jun/10). Este valor diz respeito ao Valor Presente Líquido (VPL) que considera as contraprestações mensais devidas pelo Governo de Pernambuco à concessionária (cujo valor máximo à época da assinatura do contrato era de R\$332.850,00) e os R\$388.981.146,00 pagos a título de ressarcimento dos investimentos na obra. Somando-se nominalmente o valor máximo de desembolso do Governo de Pernambuco, chega-se a um valor próximo de R\$510 milhões, para os 33 anos da concessão.³⁶

Ocorre que o custo final da obra ficou avaliado em quase R\$ 796 milhões de reais, um valor astronômico, e assim como na arena Castelão o governo novamente efetuou pagamento significativo após a disponibilização da estrutura, comprometendo os incentivos para uma boa administração de uma concessão tão longa.

Neste contrato teve algumas características anormais, a primeira delas é que a relação existente entre vinculação da contraprestação e o cumprimento dos indicadores de desempenho ficaram a cargo do próprio parceiro privado, e a segunda delas é a previsão superestimada da

³⁶ NAVES, Guilherme. *As PPPs das Arenas da Copa do Mundo - fracasso retumbante ou precisamos entender melhor*. 2015. Disponível em: <http://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-ppps-das-arenas-da-copa-do-mundo-fracasso-retumbante-ou-precisamos-entender-melhor>. Acesso em: 10 de março de 2016.

quantidade de jogos a serem realizados e por consequência a quantidade de receita que circularia com a utilização do estádio.

Acontece que essas previsões não se concretizaram, a Arena Pernambuco em 2013 foi responsável por um prejuízo de 29,7 milhões de reais e em 2014 um novo prejuízo de 24,4 milhões de reais³⁷, e todo esse prejuízo estava sendo arcado pelo governo do Estado, a situação se agravou até que em 04 de março de 2016 o governo anunciou a rescisão do contrato de concessão da Arena Pernambuco com o consórcio Arena Pernambuco Negócios e Participações, que tem como liderança a Odebrecht.

Se aponta que no processo de elaboração do contrato de concessão se projetava uma arrecadação de “R\$ 73 milhões com jogos de Sport, Santa Cruz e Náutico no estádio, localizado na cidade de São Lourenço da Mata. Mas só no Náutico, clube de menor torcida que os rivais, assinou contrato para utilizar o estádio. Santa Cruz e Sport jogam lá apenas esporadicamente”.³⁸

A não utilização do estádio aliado ao alto custo de manutenção tornou-se inviável a continuação da parceria, em 2015 os poucos jogos realizados na arena não conseguiram alcançar nem ao menos 25% de sua ocupação. Nessas condições o Governo do Estado decidiu fazer uso do mecanismo de revisão contratual. Um estudo estava em desenvolvimento pela FGV e já havia sinalizado parte da frustração de receitas decorreu da subutilização do equipamento.

Em declaração do Governo ele lembra que o consórcio deve ser ressarcido do saldo devedor da obra, desde que concorra um consenso dos órgãos de controle quanto ao valor total da obra. Ademais declara também o governo que abrirá uma concorrência internacional para contratar uma nova empresa para a operação da Arena Pernambuco.³⁹

Toda a situação se agrava com o andamento de uma investigação de superfaturamento encabeçada pela Polícia Federal intitulada “Fair Play”, em que se busca elucidar uma fraude de

³⁷ RIZZOTO, Patricia Monteiro. *PPPs de arenas da Copa dão resultado abaixo do esperado*. Brasil Econômico. online. 2015. Disponível em: <<http://brasileconomico.ig.com.br/brasil/2015-04-09/ppps-de-arenas-da-copa-dao-resultado-abaixo-do-esperado.html>>. Acesso em 10 de março de 2016.

³⁸ ESTADÃO. *Governo do Estado rompe contrato com a Odebrecht e retoma Arena Pernambuco*. 2016. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2016/03/governo-do-estado-rompe-contrato-com-a-odebrecht-e-retoma-arena-pernambuco.html>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

³⁹ ESTADÃO. *Governo do Estado rompe contrato com a Odebrecht e retoma Arena Pernambuco*. 2016. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2016/03/governo-do-estado-rompe-contrato-com-a-odebrecht-e-retoma-arena-pernambuco.html>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

quase R\$ 43 milhões no processo licitatório, ocorrido uma manipulação no projeto base do edital, a investigação atinge a empreiteira Odebrecht já conhecida por outra investigação recente e de alto nível de publicidade a operação “Lava Jato”.

A seguinte parceria é Arena das Dunas. Sua licitação teve como critério a ponderação entre a melhor nota técnica com a melhor nota comercial considerando o valor máximo de contraprestação mensal de R\$ 9.125.000,00.

Na data da assinatura do contrato em 2011, segundo Naves (2015, p. 1):

[...] teve o seu valor estimado em R\$400 milhões, sem muita explicação sobre a métrica deste cálculo. O contrato previa uma contraprestação mensal de R\$9,125 milhões, a partir da disponibilização da infraestrutura, sendo que 85% deste valor seria fixo e existiria por 9 anos. A partir do 9º ano, 30% deste pagamento fixo se extinguiria e, a partir do 12º ano, deixaria de existir por completo. Paralelamente, durante todo esse período e por todo o restante da concessão, os 15% restantes da contraprestação estariam vinculados a desempenho.⁴⁰

De modo que a contraprestação pública equivaleria a R\$ 1,3 bilhão de reais, e 22% desse valor estaria condicionado ao desempenho operacional, segundo as cláusulas do contrato, estas cláusulas seriam previstas em conjunto do parceiro privado e o governo do Rio Grande do Norte.

O contrato de parceria foi celebrado entre o governo do estado e a empresa Arena das Dunas Concessão e Eventos S/A que possui como acionista única a construtora OAS integrante do grupo OAS, em uma concessão administrativa com duração de 20 anos, novamente estamos a fazer referência a um grupo alvo das investigações da “Lava Jato” e que logo no começo da construção da obra fez um empréstimo no valor de R\$ 423 milhões com o BNDES com a pretensão de ter uma contraprestação no decorrer da concessão. Ocorre que em abril de 2015 o grupo OAS colocou à venda 100% dos ativos do estádio, paralelo ao anúncio de um pedido de recuperação judicial.

⁴⁰ NAVES, Guilherme. *As PPPs das Arenas da Copa do Mundo - fracasso retumbante ou precisamos entender melhor*. 2015. Disponível em: <http://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-ppps-das-arenas-da-copa-do-mundo-fracasso-retumbante-ou-precisamos-entender-melhor>. Acesso em: 10 de março de 2016.

A concessão se deu prosseguimento, em janeiro de 2016 o Ministério dos esportes atribuiu uma nota 5 (cinco) no Sistema Brasileiro de Classificação de Estádios (Sisbrace), levando em consideração critérios como segurança, conforto, acessibilidade, dentre outros.

Atualmente a concessão segue com a concessionária “Arena das Dunas Concessão e Eventos S/A” que utiliza a arena também como uma plataforma multiuso, o repasse de 11,7 milhões correspondentes a contraprestação pública continua sendo prestado, segundo o Portal G1: “a Arena das Dunas, apesar de estar no azul, a administração do estádio colocou R\$ 105 milhões no balanço. O dinheiro é destinado ao pagamento do financiamento para a sua construção e ajudou a deixar a arena positiva em R\$ 20 milhões”.⁴¹

Após a dissertação sobre três das principais parcerias público privadas firmadas no período copa do mundo, se registra uma diversidade de falhas no processo da construção da parceria, seja na quase quitação da contraprestação do poder público, o erro na previsão dos lucros do investimento, o abandono de uma política voltada para o incentivo de uma boa prestação dos serviços, superfaturamento do valor inicialmente fixado em contrato, uma má administração das empresas vencedoras da licitação.

Ademais a essas considerações, é devido a menção as investigações da “Lava Jato”, que cita a ocorrência de pagamento de propinas a membros do governo para que construtoras e consórcios tornassem vencedoras do processo licitatório.⁴² Não adentrarei ao mérito da questão por não ser um momento adequado para essa análise, uma vez que não é o objetivo dessa obra, além do fato das investigações ainda estarem em andamento.

⁴¹ GLOBO.COM. *Legado ingrato: oito estádios da Copa dão prejuízo superior a R\$ 126 milhões*. 2015. Disponível em: <<http://sportv.globo.com/site/programas/redacao-sportv/noticia/2015/06/legado-ingrato-oito-estadios-da-copa-dao-prejuizo-superior-r-126-milhoes.html>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

⁴² O PARANÁ. *Obras de estádios da Copa-2014 são citadas em delação da Lava Jato*. 2016. Disponível em <<http://www.oparana.com.br/noticia/obras-de-estadios-da-copa-2014-sao-citadas-em-delacao/4934/>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

4.3.2. A concessão nos jogos olímpicos de 2016: PPPs do Porto Maravilha e Parque Olímpico

Comentarei de forma breve acerca das concessões nos jogos olímpicos neste tópico, considerando algumas das principais obras de evento, e elencando as expectativas para outra etapa de parcerias-público privadas relacionadas aos eventos esportivos.

Os jogos pan-americanos de 2007 configurou-se como um evento propulsor da escolha do Rio de Janeiro como sede dos jogos de 2016, não apenas pelo “bom seguimento” do evento que demonstrou um nível adequado de organização e segurança, como também pelos resultados positivos que trouxeram a economia brasileira, de acordo com os dados do relatório elaborado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE (2008, p.34 apud FONSECA, 2012, p. 25), os investimentos e demais gastos com a organização do evento ocorridos entre 2001 e 2007, no valor total de R\$ 3,57 bilhões, provocaram a movimentação de R\$ 10,2 bilhões na economia brasileira, principalmente nos setores de construção civil e Administração Pública. Além disso, foram criadas 178.955 novas vagas de emprego, sendo cerca de 31% só na cidade do Rio de Janeiro, 9% no restante do Estado, e os outros 60% nos demais estados brasileiros.⁴³

Após a escolha do Rio como cidade olímpica se iniciou o processo de elaboração e planejamento de como viabilizar tantas obras de infraestrutura necessárias a realização dos jogos.

Em 22 de dezembro de 2009 foi sancionada a Lei complementar nº 105 que institui o Programa de Parcerias Público-Privadas para o Rio (PROPAR-RIO) que traz regras específicas para o município derivando da Lei estadual de nº 5.068/07.

A primeira parceria público-privada dos jogos que iremos discurrir de forma breve, corresponde a maior parceria público-privada realizada até os dias de hoje.

Com o objetivo de revitalização, operação e manutenção da zona portuária do Rio de Janeiro surge a PPP da urbanização do Porto Maravilha, firmado entre a Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto do Rio de Janeiro S/A – CDURP e consórcio

⁴³ FUNDAÇÃO INSTITUTO DE ADMINISTRAÇÃO. Impacto sócio-econômico dos jogos pan-americanos. 2008. In: FONSECA, Gabriela. *A contribuição das parcerias público-privadas para a infraestrutura associada à copa do mundo de 2014 e aos jogos olímpicos de 2016: uma análise do caso do “porto maravilha”*. 2012. 48f. Monografia (Graduação em Direito) – Departamento de Economia. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

vencedor “Construtora OAS Ltda, Construtora Norberto Odebrecht Brasil S/A e Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S/A”.

Com o contrato assinado em 21 de novembro de 2010, essa parceria tem o gigantesco valor de R\$ 7.609.000.000, destinados a obras de infraestrutura e na prestação de serviços de manutenção de equipamentos públicos, o contrato é inovador e singular a exemplo podemos falar do pagamento parcial realizado através de fundo imobiliário, a obtenção de recursos a partir da expectativa de valorização imobiliária e um critério de licitação que permite cronogramas de pagamento distintos, além é claro do objeto do contrato equivalente a uma área de enormes dimensões.

Essa concessão administrativa teve uma licitação do tipo técnica e preço, com a modalidade de concorrência internacional, permitindo no máximo 3 empresas em consórcio, com uma duração de 15 anos em que a CDURP se responsabilizando pelas contraprestações públicas mensais fixas no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), além de contraprestações públicas anuais conforme Plano de Negócios da Concessionária.

Segundo a fonte RadarPPP (2015), estamos a falar de:

[...] uma iniciativa incrivelmente inovadora no contexto nacional porque combinou de forma inédita vários instrumentos para financiamento e gestão da infraestrutura tais como a instituição de uma Operação Urbana Consorciada, a emissão de Certificados de Potencial Adicional Construtivo, a instituição de um Fundo de Investimento Imobiliário, a gestão do contrato por empresa de economia mista e a celebração de um contrato de PPP na modalidade de Concessão Administrativa. Todos estes instrumentos foram fundamentais para viabilizar a realização dos investimentos.⁴⁴

Para constituir a contraprestação pública será utilizada os recursos no Fundo de Investimento Imobiliário da Operação Urbana da Região Portuária do Rio de Janeiro que por sua vez possui recursos oriundos da venda Certificados de Potencial Adicional de Construção,

⁴⁴ RADARPPP. *Casos práticos formação em parcerias público-privadas (PPPs) 2014*. 2015. Disponível em: <<http://hiria.com.br/formacaopp/Casos-Formacao-PPPs-2015/Casos-Praticos-Formacao-em-PPPs-Porto-Maravilha.pdf>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

o CEPAC. Para que se compreenda a CEPAC antes se faz necessário falar sobre a Operação Urbana Consorciada (OUC), segundo o RadarPPP (2015):

[...] essas operações são responsáveis pela criação de instrumentos para que o poder público identifique uma série de intervenções associadas a uma região da cidade, como parte de um projeto urbanístico, e transfira parte ou todos os custos associados a estas intervenções aos proprietários, investidores e usuários. A forma mais comum utilizada pelos municípios para capturar os recursos necessários às intervenções é a cobrança pelo direito dos proprietários de construir nos terrenos da região, ou seja, realizar uma outorga onerosa do direito de construir.⁴⁵

As CEPACs funcionam então como uma forma de captação de recursos da administração pública, tida como um título mobiliário, comercializável no mercado secundário. Sua aquisição pode ser feita por investidores que não pretendem construir na região, mas somente estão interessados em revendê-los, apostando na valorização do título.

Acontece que segundo Fonseca (2012, p. 39):

Para atrair os investidores e arrecadar recursos para investimentos em obras e serviços visando à requalificação urbana da zona portuária objeto do contrato de PPP, o município do Rio de Janeiro emitiu 6.436.722 (seis milhões, quatrocentos e trinta e seis mil, setecentos e vinte e dois) Certificados de Potencial Adicional de Construção – CEPAC, pelo valor de R\$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais) cada, totalizando R\$ 3.508.013.490,00 (três bilhões, quinhentos e oito milhões, treze mil e quatrocentos e noventa reais). A Caixa Econômica Federal, administradora do Fundo de Investimento Imobiliário, comprou, com recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), todos os CEPAC emitidos em leilão público de lote único realizado em Junho de 2011. Os recursos arrecadados serão repassados à CDURP para pagamento das contraprestações públicas previstas no contrato.

⁴⁵ RADARPPP. Casos práticos formação em parcerias público-privadas (PPPs) 2014. 2015. Disponível em: <<http://hiria.com.br/formacaopp/Casos-Formacao-PPPs-2015/Casos-Praticos-Formacao-em-PPPs-Porto-Maravilha.pdf>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

Com a utilização dessa prática o município do Rio reduziu consideravelmente a necessidade de aplicação de outros ativos e recursos municipais para custear as intervenções.

Outro ponto de destaque dessa modalidade segundo Fonseca (2012, p. 39) corresponde que nas hipóteses de:

[...] ocorrência de caso fortuito ou força maior, ou seja, eventos imprevisíveis e inevitáveis que afetem o desenvolvimento do projeto, deve-se analisar a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, através de pagamento de indenização à Concessionária, aumento da contraprestação pública, ou redução dos encargos assumidos pela Concessionária. Por outro lado, caso a Concessionária obtenha ganhos econômicos decorrentes de redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados, estes deverão ser compartilhados na proporção de 50% com o Poder Concedente.

Uma última consideração acerca da parceria do Porto Maravilha é que foi feito a contratação de serviços técnicos especializados a serem realizados pelo consórcio ECOPLAN-JHP, contratado através de licitação pelo valor de R\$ 20.030.702,30. A empresa fica responsável pelo gerenciamento, supervisão e fiscalização do contrato de concessão aferindo prazos, a qualidade e a conformidade dos serviços prestados e das obras executadas pela Concessionária.

Além da PPP do porto maravilha, outra grande parceria fora formada a parceria destinada as obras do parque olímpico. Em 26 de abril de 2012, a concessionaria Rio Mais S.A e a secretaria municipal da Casa Civil do município do Rio de Janeiro firmaram um contrato que objetivava a implementação, operação e manutenção do parque olímpico, para a realização dos jogos olímpicos e paraolímpicos de 2016, além de outras obras necessárias.

Em 27 de setembro de 2011 ocorreu uma consulta pública acerca do projeto e em 17 de janeiro de 2012, é publicado a licitação para o investimento, na modalidade concessão administrativa, na forma de concorrência nacional por menor preço com a autorização de consórcios de no máximo 3 empresas.

A concessionária vencedora da licitação foi o consórcio Rio Mais S.A. (antigo Consórcio Parque Olímpico 2016) composto pelas empresas Construtora Norberto Odebrecht Brasil S.A-CNO-Brasil, Construtora Andrade Gutierrez S.A-AG e Carvalho Hosken S.A Engenharia e ConstruçõesCH, constituindo uma das maiores parcerias público-privadas até os dias atuais,

um gigantesco investimento que abrange a execução das obras necessárias à implantação, operação e manutenção do Parque Olímpico no Município do Rio de Janeiro, para realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, com um prazo de 15 anos de duração e um valor contratual de R\$ 1.351.969.700,65.

Quanto as obras presentes na concessão incluem: o Parque Olímpico, Parque Carioca, Vila dos Atletas e demolição e remoção do Centro Esportivo de Ultraleve (CEU).

Quanto aos serviços corresponde: as atividades de Limpeza, Conservação, Meio Ambiente, Operação das Instalações, Manutenção Preventiva, Preditiva, Corretiva e de Áreas Verdes, Segurança e o Gerenciamento e Coordenação será realizada nos equipamentos/instalações previstas para a Infraestrutura a ser implantada no Parque Olímpico – Pré e Pós Olimpíada (incluindo parques e jardins, vias e calçadas, estacionamentos, Live Site e Vila dos Patrocinadores) e Pavilhões do Centro de Treinamento (Judô, Lutas e Handball).⁴⁶

A contraprestação pública à concessionária é composta por: contraprestação pecuniária mensal, contraprestação pecuniária por conclusão de etapa e contraprestação imobiliária por conclusão de etapa. Onde a contraprestação pecuniária mensal está vinculada ao desempenho da concessionária no cumprimento do contrato, cabendo ao poder concedente efetuar a aferição periódica dos critérios de desempenho o que acarreta na nota de desempenho da concessionária e por consequência a proporção da contraprestação devida, ao passo que também existe contraprestações pecuniária e imobiliárias vinculadas ao cumprimento das etapas do contrato. Condições estas previstas no contrato de parceria.

Quanto a fiscalização da parceria foi promulgado o decreto nº 35796 de 19 de fevereiro de 2012, que instituiu a criação da Comissão de Fiscalização com o objetivo de acompanhar a execução das obras necessárias à implantação, operação e manutenção do Parque Olímpico formada pelos seguintes órgãos: Secretaria Municipal da Casa Civil, Secretaria Municipal de Obras, Secretaria Municipal de Conservação e Serviços Públicos e Empresa Olímpica Municipal.

⁴⁶ Informações obtidas através do relatório do tribunal de contas do município do Rio de Janeiro conforme referência: TCMRJ. Empresa municipal de urbanização – RIOURBE. *Relatório de inspetorias gerais de controle externo na PPP- Parque olímpico*. Processo: 040/8623/2012. Disponível em: <<http://www.fiscalizario2016.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A245EE2ECA0145F606A41B082D>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

De acordo com que foi aqui exposto, se percebe diferenças importantes quando comparadas as obras da copa do mundo, foi instituída não apenas um processo diferenciado de contratação pública, e mecanismos (aqui já expostos) que pudessem acompanhar de forma mais intensa o andamento das obras bem como a devida utilização dos recursos públicos. No momento em que se escreve esse trabalho o Brasil vive tempos tempestuosos, um dos maiores escândalos de corrupção foi revelado pela operação da Polícia Federal (Lava Jato), e suas repercussões estão atingindo diversos contratos de concessão, várias construtoras estão envolvidas e algumas delas como o caso da Odebrecht, OAS, Mendes Junior, Queiroz Galvão e uma subsidiária das Camargo Correa, a CCR, estão diretamente relacionadas com as obras dos jogos olímpicos. Infelizmente devido ao fato de ainda estarmos com as investigações em curso não se sabe qual serão suas repercussões. Segundo a página oficial do governo do Rio de Janeiro as obras da cidade olímpica estão seguindo seu curso normalmente, inclusive com a conclusão da quase totalidade dos investimentos.

4.4. A carência de um pensamento voltado a gestão pública: a necessidade de parcerias que visem o efetivo cumprimento das necessidades públicas

Diante das parcerias público-privadas aqui colocadas, das frustrações ocorridas após o período da copa do mundo, e diante desse cenário de incertezas que o país vive hoje, nos cabe nesse tópico uma reflexão acerca do modo que a administração pública firma as parcerias e concede as concessões.

Antes mesmo da realização da concessão cabe a administração determinar uma política pública que direcione quais são os investimentos de infraestrutura e serviços essenciais à população.

Identificadas as necessidades da população o estado poderá atuar através de uma prestação direta centralizada (órgão da sua administração direta), direta descentralizada (entidade da administração indireta) ou pode recorrer a uma prestação descentralizada transmitindo ao particular a exploração de um serviço ou obra pública por meio da concessão, permissão, autorização.

Já comentamos nesse trabalho que o país vive um momento em que existe uma forte carência de obras e serviços públicos, e todo esse cenário foi agravado pela promoção dos megaeventos esportivos, o estado não possui recursos suficientes para solitariamente arcar com

esse encargo, já vimos que diversas “soluções” foram utilizadas como a ampla utilização das parcerias público-privadas e a adoção de um regime diferenciado de contratações públicas⁴⁷. Diante desse quadro se esperava uma situação ideal, ou pelo menos regular, que atendesse as necessidades dos administrados. Coube ao estado adotar a escolha para a realização desses investimentos, mas notadamente em algumas concessões as decisões da administração não foram as melhores, nem as mais eficientes.

Em continuação aquilo que já abordamos é importante pensarmos que as concessões são instrumentos destinados a desonerar o estado (ou diminuir seus custos parcialmente) na realização de investimentos necessários à garantia da prestação de serviços públicos e obras públicas de qualidade. Evidente que neste trabalho o maior destaque foi dado as parcerias voltadas as obras públicas, devido ao tamanho dos investimentos e suas repercussões na economia nacional. Mas as PPPs estão sendo firmadas com os mais diversos objetivos trazendo a prestação de serviços nas áreas hospitalar, transporte, cidadania e cultura, moradia, educação etc.⁴⁸⁴⁹

Destarte volto a discussão para os serviços públicos. As concessões devem atuar como mecanismos que assegurem a prestação dos serviços nas localidades mais distantes e para os mais diversos perfis de usuários, inclusive aqueles que não trazem lucros.

Nas palavras de Schirato (2015, p. 151), para que uma concessão de serviços públicos obtenha êxito, é fundamental que a estruturação de um sistema de remuneração ao particular garanta: “ (i) a sustentabilidade do serviço prestado, (ii) que nenhuma categoria de usuário será alijada da fruição do serviço e (iii) que se houver o dispêndio de recursos públicos com a prestação do serviço, será dada a melhor forma de emprego de tais recursos”.

⁴⁷ Nesse sentido quanto ao RDC, validas são as colocações de Gedeon (2014, p. 29) quando escreve: “A ideia central desse novo regime vale ressaltar, não deixa de ter uma relação próxima com a ideal potencial de uma deficiência estrutural no planejamento da Administração Pública, uma vez que, o objeto primário deste modelo, como será visto adiante, foram os denominados “grandes eventos” que o Brasil iria sediar. Surgindo, dessa forma, a necessidade imediata de se construir, com agilidade e efetividade, as obras de infraestrutura exigidas para a realização dos eventos. ”

⁴⁸ Diversos programas frutos de parcerias podem encontrados no portal oficial da prefeitura do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.cidadeolimpica.com.br/projetos/>>. Acesso em 23 de março de 2016.

⁴⁹ Bem como um balanço das parcerias público-privadas em 2016 através da referência: PEREIRA, Bruno. *Situação e perspectivas das PPPs para 2016*. 2016. Disponível em: <<http://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-situa%C3%A7%C3%A3o-e-perspectivas-das-ppps-para-2016-1>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

Dessa forma para que ocorra o adequado atendimento dos serviços públicos essenciais, o estado deve adotar a forma de concessão mais ajustada.

Na hipótese que as prestações auferidas dos particulares aliadas a receitas acessórias forem suficientes para alcançar a remuneração do concessionário estamos a falar da concessão comum. Ao passo que, no quadro onde a prestação dos serviços é inviável ser o suporte público, ou mesmo para que se promova alguma política pública de inclusão a concessão patrocinada é mais adequada. E na situação em que não é conveniente a transferência ao usuário do ônus pela fruição do serviço público cabe ao estado suportar o encargo, é a hipótese da parceria administrativa.

Embora os conceitos acima já haviam sido abordados em tópicos próprios relembramos essas noções para que só assim se aborde a problemática do processo de escolha do parceiro privado.

Uma vez que o estado decida delegar ao particular um serviço público o processo de licitação deve ser conduzido na modalidade concorrência com as particularidades previstas nas Leis 8.666/93, 8.987/95, 11.079/04 e na Lei 12.462/11.

No processo de licitação cabe a administração pública escolher o melhor parceiro particular possível para a prestação do serviço, visando uma prestação que assegure a oferta da atividade a coletividade e que garanta os direitos subjetivos públicos dos cidadãos assegurados pelo estado democrático de direito.

Na lição de Schirato (2015, p. 155):

Esta concepção impõe à administração pública uma mudança de cultura, pois outorgar uma concessão de serviço público não é o mesmo que comprar material de escritório. Explicamos: há no Brasil uma obsessão por licitações baseadas no melhor preço, ou seja, na oferta que contemple o menor ganho possível para um privado. Transpor esse cenário para as licitações destinadas a outorgas de concessões de serviços públicos é altamente temerário, pois pode dar azo a contratação de objetos que jamais serão cumpridos.

O que se critica é a constante intenção do concedente de limitar o ganho do parceiro privado, mesmo diante de todos os riscos assumidos no processo de construção, ampliação ou renovação, operação e manutenção da infraestrutura pública, acaba que a administração concentra todo o foco em limitar os lucros do particular e deixa em segundo plano a qualidade

do serviço prestado, a viabilidade da execução da obra e principalmente o comprometimento do parceiro.

A contratação pública deve observar não apenas a economicidade dos recursos públicos, ou melhor a busca pelo menor preço, vez que como já analisamos trilhar por esse caminho não resulta em uma garantia real para a administração, há exemplo, citamos os estádios da copa do mundo, que possuíam valores contratação muito inferiores aos custos finais dos investimentos. A fixação da administração pública e dos órgãos de controle por preços baixos acabou propiciando um cenário de constantes revisões nos contratos, aumentando consideravelmente os valores iniciais, desvirtuando os objetos completamente, essa situação acabou por inviabilizar diversas obras, e aquelas que foram entregues não cumpriram com os prazos e com as condições inicialmente fixadas.

Nesse sentido, Schirato (2015, p. 156) nos diz que:

[...] público e privado não são inimigos. São parceiros que devem trabalhar em conjunto para a realização do interesse público. E, por obvio, não há como existir a ideia de parceria quando o público luta ferrenhamente para reduzir os ganhos do privado e o privado trabalha arditosamente para enganar o público.

Destarte a administração deve rever a forma que contrata, não basta selecionar o parceiro de menor preço, é necessário selecionar o melhor parceiro, aquele que comprovadamente demonstre condições que assegurem a conclusão do objetivo do contrato, e para isso algumas considerações são relevantes.

A primeira delas é que o parceiro licitante deve cumprir efetivamente com os requisitos de habilitação, ele deve ser dotado de qualificação técnica e habilitação econômica financeira que assegurem uma real possibilidade de cumprimento do objeto do contrato. O que se busca no processo de licitação é que o vencedor cumpra com o interesse público, que realize o objeto do contrato dentro das condições que foram fixadas, não se pode, portanto, abrir o processo para qualquer interessado, independente de condições e que tenha como única propositura uma proposta “barata”, cercada de incertezas.

O segundo ponto de grande relevância é o modo que administração analisa as propostas apresentadas, deve haver imensa cautela, e uma real análise da viabilidade da concessão dentro daquele valor apresentado. Propostas irreais, impossíveis de serem cumpridas são corriqueiramente admitidas pela administração, e por consequência acabam por provocar

concessões frustradas, com valores finais superiores a outras propostas apresentadas por um melhor licitante.

Se a administração não se ater a essas condições o resultado é um cenário irreal, nas palavras de Schirato (2015, p. 158): “Tem-se um verdadeiro espetáculo, pois o privado apresenta proposta que sabe ser impossível de cumprir, e o público divulga esta proposta como realizadora do interesse público, mesmo sabendo que o contrato não será cumprido de acordo com os termos.”

Um terceiro ponto de relevância se refere as avaliações de propostas técnicas, utilizando a adoção de licitações por técnica e preço (a exemplo temos a PPP do Porto Maravilha), ou mesmo a adoção de sistemas de prévia qualificação de proposta técnica para a aceitação da proposta econômica como descreve o art. 12, I, da Lei 11.079/2004 ao afirmar que: “o julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes”

Acaba que mesmo diante de licitações feitas por preço e por técnica muitas vezes o problema é atribuído ao próprio administrador brasileiro que não passa confiabilidade nesta etapa da licitação, tornando a análise da proposta técnica suspeita, isso acaba por criar uma ideologia que só se alcança uma licitação isenta de desvios e vícios se seguirmos unicamente pelo critério do menor preço.

Infelizmente a avaliação técnica nos dias de hoje encontrasse realmente comprometida; como já citado anteriormente não entraremos em detalhes da operação “Lava Jato” da Polícia Federal devido as investigações ainda estarem em curso, mas as suas repercussões já são alarmantes. Diversas licitações envolvendo a Petrobrás, as obras da copa, as obras dos jogos olímpicos, licitações municipais, dentre outras diversos casos, foram detectados graves problemas no processo licitatório, com empresas e grupos consorciados efetuando o pagamento de propina para saírem vencedores nesses processos.

Diante de todos esses problemas podemos afirmar que o Brasil vive uma crise, as concessões firmadas envolvem grandes valores e prazos de longa duração, e com o forte slogan de que “apenas o dinheiro privado está sendo gasto”, diversos contratos foram firmados visando unicamente uma contratação precária, repleta de problemas, escândalos de corrupção, insegurança nos termos, descumprimentos de prazos e objetivos e principalmente o não atendimento ao interesse público.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou abordar o instituto da concessão de forma ampla, bem como os conceitos conexos ao tema.

Fica evidente que o maior destaque foi dado as parcerias público-privadas uma vez que o objeto do trabalho é direcionado as obras realizadas no período da copa do mundo e dos jogos olímpicos. As concessões neste momento são tratadas como emergenciais, e tiveram inclusive uma tratativa diferente do legislador que por meio do Regime de Contratação Diferenciado (Lei 12.462/11), buscou ferramentas que dessem maior agilidade as licitações.

Os contratos de concessão passaram a ter formas inovadoras no sistema de garantias, no compartilhamento dos riscos dos investimentos, na remuneração do concessionário, bem como na divisão dos lucros.

Infelizmente mesmo diante de um mecanismo tão inovador diversas irregularidades foram encontradas nas parcerias firmadas, vícios que comprometeram diretamente o andamento da concessão. Neste ponto se destacou no texto a forma de controle precária feita nas obras da copa, não existindo uma empresa destinada a fiscalização dos investimentos, e por parte do poder concedente houve precariedade na fiscalização e cumprimento do contrato, as vultosas contraprestações pagas ao privado no decorrer e ao término da obra comprometeram o incentivo a uma prestação adequada dos serviços. Em conformidade com o art. 8º da Lei 12.527 que assegura o acesso a informação, a controladoria geral da união através do portal de transparência da “copa 2014”, buscou dar divulgação de algumas informações sobre os estádios da copa, obras de desenvolvimento turístico, e de mobilidade urbana, mas são informações precárias, e distantes da realidade.

Quanto aos jogos olímpicos a empresa ECOPLAN-JHP foi contratada através de licitação para efetuar o gerenciamento, supervisão e fiscalização do contrato de concessão aferindo prazos, a qualidade e a conformidade dos serviços prestados e das obras executadas pela Concessionária. Existe um comprometimento com as etapas de construção vinculando-se a contraprestação pública com o progresso da infraestrutura e o cumprimento dos demais requisitos contratuais. Ademais o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro por meio de relatórios fiscais efetua o acompanhamento das fases de construção do parque olímpico, aliado a esses fatores possui o portal da transparência Rio 2016, uma melhor demonstração da utilização dos recursos públicos, elencando não apenas os gastos com as obras dos jogos, mas

até mesmo os valores gastos com a candidatura para o evento e gastos voltados para a preparação dos atletas. Ambas as realidades possuem hoje processo licitatório sob investigação da Polícia Federal, que no futuro poderá apontar falhas, o que afetará diretamente aquilo que concluímos ao analisarmos esses casos hoje.

Os contratos firmados, apesar das inúmeras falhas ainda possibilitaram a realização da copa do mundo, mesmo em um cenário de constante atrasos, carência de diversos aditivos financeiros, bem como o cancelamento de diversas obras relacionadas a transporte, segurança, saneamento ou moradias que estavam relacionados ao evento. Mas os problemas encontrados nos investimentos, nos contratos, e nas garantias das concessões acabaram por afetar a continuidade da prestação dos serviços, tornando-se verdadeiros problemas para a administração pública.

Quanto aos jogos olímpicos, a dimensão dos projetos foi ainda mais ambiciosa, a maior parceria público-privada do país foi firmada objetivando a revitalização, operação e manutenção da zona portuário do Rio de Janeiro. Uma gigantesca PPP de quase 8 bilhões de reais foi assinada. Logo no começo do processo a Caixa Econômica Federal liquidou todas os Certificados de Potencial Adicional de Construção (CEPACs) oferecidos pela operação urbana porto maravilha. Para a caixa foi uma forma de investimento em que segundo as informações divulgadas já está trazendo resultados devido à valorização da área.

Destarte a prefeitura do Rio de Janeiro através da Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto do Rio de Janeiro (CDURP), sua empresa na Operação Urbana Consorciada Porto Maravilha., levantou nas vendas das CEPACs a quantia de 3,5 bilhões de reais, quantia que deverá ser usada para que o projeto seja viabilizado. A forma que a PPP foi realizada foi inovadora, e a resposta divulgada dada pelo município do Rio através dos seus portais oficiais é que as obras estão em fase de conclusão.

Os reais resultados dessa parceria só poderemos analisar após a conclusão das obras e consequente realização dos eventos, mas pela experiência da copa do mundo, a instabilidade e segurança desses contratos serão melhor percebidos no curso da concessão, ou seja, nos anos que se seguirem após o termino do evento.

Nesse contexto a monografia buscou elucidar a temática sobre as concessões analisando não apenas as legislações pertinentes, mas buscando trazer dados e informações que demonstrem a real aplicação nesse período de eventos esportivos que exigiram da máquina pública um grande crescimento de infraestrutura em um curto espaço de tempo.

Não poderíamos encerrar esse trabalho sem citarmos que diversas operações de investigação da Polícia Federal estão em andamento, a principal delas é a operação “Lava Jato”, que oficialmente afeta diversos grupos empresariais como o caso da Odebrecht, OAS, Mendes Junior, Queiroz Galvão, Camargo Correa e a CCR, todas empresas que estão diretamente relacionadas com as obras dos jogos olímpicos, e algumas também foram responsáveis pelos contratos de parcerias no período da copa do mundo. As consequências dessa investigação e de investigações derivadas poderão afetar diretamente os resultados dos contratos de parcerias, casos como superfaturamento de obras e principalmente propinas que assegurassem a vitória no processo licitatório desvirtua completamente a lisura do contrato.

Infelizmente diante de uma realidade de incertezas que vivemos hoje é um constante desafio escrevermos sobre gestão pública uma vez que, mesmo diante de todos os avanços legais, da criação de mecanismos céleres mais eficientes e com uma proposta de maior segurança e garantias, o interesse público continua sendo agredido pelo maior mal existente nos poderes do nosso estado democrático de direito, a corrupção.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.263, 35-66p. maio/ago, 2013.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Concessão rodoviária. Alterações no objeto do contrato: acréscimo de obras novas a pedido do poder público. Restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro do contrato. Possibilidades e limites.** 2008. Disponível em: http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/concessao_rodoviaria.pdf. Acesso em 10 de março de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 fevereiro de 2016.

BRASIL. **Lei n. 12.462**, de 04 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 24 fevereiro de 2016.

BRASIL. **Lei n. 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 24 fevereiro de 2016.

BRASIL. **Lei n. 9.491**, de 09 de setembro de 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 fevereiro de 2016.

BRASIL. **Lei n. 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 24 fevereiro de 2016.

BRASIL. **Lei n. 8.666**, de 22 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 fevereiro de 2016.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo.** 2 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 27 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CORREIODOESTADO. **Depois de prejuízo, Arena Amazônia será privatizada, afirma governador.** 2016. Disponível em: <<http://www.correiadoestado.com.br/esportes/apos-prejuizo-em-2015-arena-amazonia-sera-privatizada-afirma/271779/>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

COSTA, Giuliana. **Sediar megaeventos esportivos vale a pena? O Social em Questão,** Rio de Janeiro, nº 29, 159-178p. 2013.

COSTA, Ruth. Rio 2016: **Olimpíada atrapalha ou ajuda o Brasil em recessão?** 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150803_olimpiada_ru>. Acesso em: 10 de março de 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 11 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Parcerias na administração pública**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ESTADÃO. **Governo do Estado rompe contrato com a Odebrecht e retoma Arena Pernambuco**. 2016. Disponível em:

<<http://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2016/03/governo-do-estado-rompe-contrato-com-a-odebrecht-e-retoma-arena-pernambuco.html>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FONSECA, Gabriela. **A contribuição das parcerias público-privadas para a infraestrutura associada à copa do mundo de 2014 e aos jogos olímpicos de 2016: uma análise do caso do “porto maravilha”**. 2012. 48f. Monografia (Graduação em Direito) – Departamento de Economia. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Parcerias público-privadas: repartição objetiva de riscos**. 2011. 160f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo.

FREIRE, André Vieira. **Constitucionalidade da contratação integrada no regime diferenciado de contratações**. 2016. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55183&seo=1>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

FREIRE, Leticia de Luna. **Mobilizações coletivas em contexto de megaeventos esportivos no Rio de Janeiro**. O Social em Questão, Rio de Janeiro, n° 29, 101-128p. 2013.

GEDEON, Mizzi Gomes. **As principais inovações trazidas pelo regime diferenciado de contratações públicas previsto na Lei nº 12.426/11 à luz da constituição federal e da Lei nº 8.666/93**. 2014. 60f. Monografia (Graduação em Direito) – Departamento de Direito. Universidade Federal do Maranhão, São Luís.

GLOBO.COM. **Ceará firma contrato de parceria com Arena Castelão até maio de 2017**. 2016. Disponível em:

<<http://globoesporte.globo.com/ce/futebol/times/ceara/noticia/2016/03/ceara-firma-contrato-de-parceria-com-arena-castelao-ate-maio-de-2017.html>>. Acesso em 10 de março de 2016.

GLOBO.COM. **Legado ingrato: oito estádios da Copa dão prejuízo superior a R\$ 126 milhões**. 2015. Disponível em: <<http://sportv.globo.com/site/programas/redacao->

sportv/noticia/2015/06/legado-ingrato-oito-estadios-da-copa-dao-prejuizo-superior-r-126-milhoes.html>. Acesso em: 10 de março de 2016.

KRAWCZYK, Rodrigo. **Contratação pública diferenciada RDC**. Entendendo o novo regime - Lei nº 12.462/11. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11678>. Acesso em 10 de março de 2016.

MAFRA., Francisco. **Administração pública burocrática e gerencial**. 2005. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=503>. Acesso em: 10 de março de 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MEDUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NAVES, Guilherme. **As PPPs das Arenas da Copa do Mundo - fracasso retumbante ou precisamos entender melhor**. 2015. Disponível em: <<http://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-ppps-das-arenas-da-copa-do-mundo-fracasso-retumbante-ou-precisamos-entender-melhor>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. **Desafios jurídicos das parcerias público-privadas (PPPs) e desenvolvimento nacional sustentável**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 5, n.2, 184-203p. jul/dez, 2014.

OLIVEIRA, Alberto. **A economia dos megaeventos: impactos setoriais e regionais**. Revista Paranaense de Desenvolvimento, Curitiba, nº 120, 257-275p. jan/jun, 2011.
O PARANÁ. **Obras de estádios da Copa-2014 são citadas em delação da Lava Jato**. 2016. Disponível em <<http://www.oparana.com.br/noticia/obras-de-estadios-da-copa-2014-sao-citadas-em-delacao/4934/>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

PEREIRA, Bruno. **Situação e perspectivas das PPPs para 2016**. 2016. Disponível em: <<http://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-situa%C3%A7%C3%A3o-e-perspectivas-das-ppps-para-2016-1>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

PREFEITURA DO RIO DE JANEIRO. **Portal da prefeitura**. 2016. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/secpar/porto-maravilha#>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

RADARPPP. **Casos práticos formação em parcerias público-privadas (PPPs) 2014**. 2015. Disponível em: <<http://hiria.com.br/formacaoopp/Casos-Formacao-PPPs-2015/Casos-Praticos-Formacao-em-PPPs-Porto-Maravilha.pdf>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

RIZZOTO, Patrycia Monteiro. **PPPs de arenas da Copa dão resultado abaixo do esperado**. Brasil Econômico. 2015. Disponível em: <<http://brasileconomico.ig.com.br/brasil/2015-04-09/ppps-de-arenas-da-copa-dao-resultado-abaixo-do-esperado.html>>. Acesso em 10 de março de 2016.

SAVOIA, José Roberto Ferreira; SHINOHARA, Daniel Yoshio. **Parcerias público-privadas no Brasil**. Barueri: Manole, 2008.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Concessões de serviços públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade?** In: JURKSAITIS, Guilherme Jardim; SILVA, Ana. **Arena de Dunas teve o maior lucro entre os estádios da copa**. 2012. Disponível em: <<http://tribunadonorte.com.br/noticia/arena-das-dunas-teve-maior-lucro-entre-esta-dios-da-copa/316242>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

SILVA, Antônio Marcello da. **Alteração de projeto, variação de quantidades e direito ao equilíbrio financeiro do contrato**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.198, 61-67p. out/dez, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

TÁCITO, Caio. **O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público**. Revista de Direito Administrativo, v.63, 1-15p. 1961.

TCMRJ. Empresa municipal de urbanização – RIOURBE. **Relatório de inspeções gerais de controle externo na PPP- Parque olímpico**. Processo: 040/8623/2012. Disponível em: <<http://www.fiscalizario2016.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A245EE2ECA0145F606A41B082D>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

TERRA.COM. **Arenas da Copa dão prejuízo de quase R\$ 18 milhões**. 2015. Disponível em: <<http://esportes.terra.com.br/lance/arenas-em-brasilia-cuiaba-e-manaus-dao-prejuizo-de-quase-r-18-milhoes,db5a06a6ccff5d2f53c40f28cc07cba75t0vdifd.html>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

TOMÉ, Vivian Tostes. **Parcerias público-privadas nos estádios da copa do mundo de 2014**. 2014. 67f. Monografia (Especialização em Gestão Pública) – Instituto A Vez do Mestre. Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro.

UOL. **Governo de PE rompe contrato de concessão de Arena da Copa**. 2016. Disponível em <<http://esporte.uol.com.br/futebol/ultimas-noticias/2016/03/04/governo-rompe-contrato-de-concessao-da-arena-pernambuco.htm>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

VASCONCELOS, Adalberto Santos de. **O equilíbrio econômico financeiro nas concessões de rodovias federais no Brasil**. 2004. 141f. Monografia (Especialização em Controle Externo) – PGCE - Instituto Serzedello Corrêa. Tribunal de Contas da União, Brasília.

VITAL, André Luiz Francisco da Silva. **O equilíbrio econômico financeiro das concessões de serviços públicos e a atuação do TCU.** Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 9, n° 36. out/dez, 2011.