

As Parcerias Público-Privadas (PPPs) brasileiras sob análise crítica: uma história de concessões¹

Thaís Nassif

Mestre e graduada em Arquitetura e Urbanismo. Doutora em Geografia pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bolsista de pós-doutorado júnior do CNPq no Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo da mesma instituição (NPGAU). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9548-7346>.

Resumo: Este artigo examina a evolução e as transformações históricas dos instrumentos jurídicos voltados à terceirização de obras e serviços públicos conhecidos como *concessões*, no Brasil, desde o século XIX até os dias atuais. O estudo destaca, em particular, as condições oferecidas historicamente pelo Estado aos capitais investidos nesses contratos, que se expressam na extensão de garantias e na redução de riscos financeiros, como o fator constitutivo de um mercado brasileiro de concessões. Do contexto contemporâneo, o artigo analisa como o direito administrativo brasileiro tem sido flexionado nas últimas décadas para favorecer a criação e expansão desse mercado, em consonância com as tendências globais do campo associadas ao processo de neoliberalização. Além disso, o estudo se aprofunda na forma de operação das concessões vigentes no país, observando o fenômeno crescente de sua difusão entre as chamadas Parcerias Público-Privadas (PPPs), e avalia os impactos financeiros, fiscais e políticos dessas concessões na produção de infraestruturas e na provisão de serviços públicos no país.

Palavras-chave: Estado. Neoliberalização. Infraestrutura. Serviços públicos. Direito administrativo.

Sumário: 1 Introdução – 2 Concessões no Brasil do século XIX aos anos 1990 – 3 Tendências do direito administrativo – 4 Os modelos de concessão vigentes na legislação brasileira – 5 Considerações finais – Referências

1 Introdução

Desde a recessão da década 1970, como parte de um conjunto de transformações estruturais da economia capitalista, que Peck e Tickell chamam de

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) por meio de Bolsa de Pós-doutorado júnior concedida a autora e no contexto do projeto “Outra lógica da prática para moradia e cidade: o direito de existir” (Chamada CNPq/MCTI nº 10/2023 – Faixa B – Grupos Consolidados). As análises aqui apresentadas têm origem na elaboração da tese de doutorado da autora, desenvolvida com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, Brasil (CAPES), Código de Financiamento nº 001.

neoliberalização,² tem-se observado a difusão das chamadas Parcerias Público-Privadas (PPPs). Isto é, de arranjos normativos que têm introduzido novas formas estruturadas de associação entre Estado e iniciativa privada visando a gestão pública ou a viabilização de projetos específicos.³

No contexto brasileiro, são comumente chamados de PPP desde arranjos para o oferecimento de incentivos e subsídios fiscais, passando pelas chamadas Operações Urbanas Consorciadas, até múltiplas formas de terceirização de obras e de serviços públicos. Este artigo tem como foco um tipo específico de instrumento jurídico que recebe tal alcunha: as chamadas *concessões*, especificamente aquelas que envolvem a terceirização pelo Estado para a iniciativa privada da produção de infraestruturas e/ou da provisão de serviços públicos, categoria que inclui (mas não se restringe a) os dois instrumentos que recebem legalmente o desígnio de PPP no Brasil – a Concessão Administrativa e a Concessão Patrocinada.⁴

Não obstante o fenômeno recente de sua difusão junto às demais PPPs, as concessões não são nenhuma novidade na prática do Estado burguês. No entanto, o entendimento e a forma de operação do que se denomina por concessão não são homogêneos histórica ou geograficamente e, de fato, apresentam derivações importantes na própria legislação brasileira contemporânea. Diante da variedade de modelos do que se entende por concessão e dos potenciais impactos desses instrumentos no desenvolvimento socioeconômico de cidades, regiões e nações, propõe-se aqui traçar seu histórico no contexto brasileiro.

Ao apresentar as transformações das concessões brasileiras ao longo do tempo, propõe-se contextualizá-las em relação àquelas do modo de regulação capitalista, e construir as devidas pontes entre a análise da legislação e seus impactos financeiros, fiscais e políticos refletidos na reprodução do espaço urbano. Em particular, propõe-se destacar as condições oferecidas pelo Estado aos capitais investidos nesses contratos, que se expressam na extensão de garantias e na redução de riscos financeiros.

Para tanto, são abordados debates do campo do direito, oferecendo especial destaque aos dissensos estabelecidos internamente ao campo na medida em que este tem sido flexionado a serviço da instituição e da expansão de um mercado de

² PECK, Jamie; TICKELL, Adam. Neoliberalizing Space. *Antipode*, [S. l.], n. 34, p. 380-404, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/1467-8330.00247>. Acesso em: abr. 2021.

³ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, Parceria Público-Privada*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019; SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 141-158.

⁴ BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de Parceria Público-Privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: maio 2021.

concessões no Brasil. Também recebem destaque algumas das tendências internacionais no campo do direito administrativo, características da neoliberalização, assim como a forma como essas se manifestam nos marcos jurídicos que instituem os modelos de concessão vigentes no país.

Antes de prosseguir à análise proposta, é preciso definir com maior precisão o que é uma concessão. Como explica Tácito,⁵ a partir das primeiras experiências do período moderno com esse instrumento, que datam internacionalmente do século XVIII, ele pode ser compreendido como um tipo de “contrato de obras públicas em que o empresário, a par do encargo da realização da obra, recebe a autorização de explorá-la por algum período, de modo a se ressarcir do investimento feito”. Esse princípio – de remuneração da produção de infraestruturas por meio da exploração privada de sua operação (a provisão de serviços) – se fará presente também nas formas contemporâneas de concessão. No entanto, cabe destacar que a produção de infraestruturas não é condicionante para a caracterização do instrumento, ou seja, uma concessão pode abranger apenas a provisão/exploração econômica de serviços. Assim, Tácito define uma concessão genericamente como uma “forma de delegação da gestão de um serviço público, atribuída a um empresário movido por finalidade lucrativa, mas submetido à predominância da destinação que marca este serviço público”.⁶

Apesar de estabelecer tal definição generalizante, Tácito afirma que as concessões teriam se transformado substancialmente desde as primeiras experiências nacionais com o instrumento no século XIX até o final do século XX, quando escreve o autor.⁷ Argumenta-se aqui que essas transformações se aprofundariam ao longo das primeiras décadas do século XXI e que estão fundamentalmente relacionadas às *incertezas*, aos *riscos* e às *garantias* oferecidas pelo Estado aos capitais investidos nesses contratos. Faz-se necessário adiantar prontamente esse entendimento, que se propõe construir ao longo deste artigo, para que esses três conceitos possam ser devidamente estabelecidos.

De início, é preciso esclarecer que *risco* não é sinônimo de *incerteza*. Como explica Sant’Anna,⁸ diferentemente desta, aquele consiste em um “evento aleatório

⁵ TÁCITO, Caio. Reforma do estatuto de concessões de serviços públicos. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Imprensa 1997. v. 1, p. 17.

⁶ *Ibidem*, p. 16. Cabe aqui esclarecer que o termo concessão não é utilizado exclusivamente em referência a arranjos estabelecidos entre Estado e iniciativa privada ou mesmo relacionados à provisão de infraestruturas e serviços. Também são chamadas de concessões tanto a transferência de responsabilidades dentro da própria estrutura administrativa estatal (seja entre esferas de governo ou dessas para autarquias ou empresas públicas), como a autorização à particulares para a exploração de bens públicos (por exemplo, aquelas relacionadas à exploração minerária). Neste artigo, no entanto, não se pretende discutir essas outras formas de concessão, mas sim aquelas que condizem com a definição acima relacionada.

⁷ TÁCITO, 1997.

⁸ SANT’ANNA, Lucas Moraes Cassiano. *Aspectos orçamentários das Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 106.

passível de previsão probabilística” que, portanto, pode ser previamente estabelecido e alocado a uma ou a outra parte em uma relação contratual. Assim, o risco é abordado – na teoria e na prática – como algo que pode ser calculado e gerenciado. Nesse sentido, Kury acrescenta que “riscos geralmente podem ser precificados, mas incertezas não”.⁹ Portanto, alocar ônus previsíveis e que geralmente são precificáveis à parte do poder público em contratos firmados com particulares conforma o que se entende aqui por *garantia*.

Para além desta introdução, este artigo se organiza em outras quatro seções, totalizando cinco. Na segunda seção, inicia-se a apresentação do histórico das concessões no Brasil, partindo-se do século XIX e alcançando os anos 1990. Na terceira seção, são apresentadas as principais tendências do direito administrativo sob o processo de neoliberalização, que estabelecem o pano de fundo para o surgimento dos modelos de concessão vigentes no país. Em seguida, na quarta seção, o histórico das concessões brasileiras é retomado e alcança a contemporaneidade, com destaque para as inovações introduzidas pela chamada Lei das Concessões,¹⁰ seguidas daquelas introduzidas pela chamada Lei das PPPs.¹¹ Por fim, na quinta seção, são tecidas considerações finais a respeito do papel do Estado na formação de um mercado brasileiro de concessões e seus reflexos na produção de infraestruturas e na provisão de serviços públicos no país.

2 Concessões no Brasil do século XIX aos anos 1990

2.1 As primeiras experiências

Como conta Tácito, as primeiras experiências com as concessões no Brasil Império ou mesmo aquelas posteriores à proclamação da República, que se multiplicaram até a década de 1930, não observavam uma norma unificada de critérios e princípios que tratassem da sua aplicação.¹² A modicidade das regras, quando muito fixadas por regulamentações setoriais, conferia flexibilidade para o estabelecimento caso a caso de condições contratuais que, sem dúvida, poderiam ser vantajosas para os concessionários. No entanto, o esparso arcabouço jurídico também implicava ao menos duas inconveniências para os potenciais concessionários de então.

⁹ KURY, Felipe. Visão de investimentos financeiros para PPPs no Brasil. *Cadernos FGV Projetos*, [S. l.], v. 9, n. 23, p. 99, 2014.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm. Acesso em: maio 2021.

¹¹ *Idem*, 2004.

¹² TÁCITO, 1997.

Primeiramente, a opacidade decorrente da diversidade regulatória dificultava a exploração do mercado nacional como um todo e, em segundo lugar, talvez mais importante, o cumprimento de quaisquer arranjos contratuais eventualmente firmados não gozava de maiores proteções jurídicas. Em especial, cláusulas contratuais chaves para a garantia de retornos financeiros – as chamadas *cláusulas financeiras* – estavam sujeitas a mudanças impostas à frágil regulação existente, particularmente diante da longa duração desses contratos, que normalmente compreendiam várias décadas. Destaca-se, assim, uma estreita relação estabelecida entre a ausência de regularidade normativa e o que se definiu acima como *incerteza*, abordada na literatura pelos termos *insegurança jurídica* ou *incerteza jurisdicional*.¹³

A incerteza jurisdicional em relação às cláusulas financeiras merece especial destaque no histórico aqui apresentado, pois, como também conta Tácito, desde o Império, as concessões foram acompanhadas no Brasil do oferecimento de subvenções aos concessionários e de garantias do retorno de seus investimentos.¹⁴ O caso das concessões do setor ferroviário é ilustrativo da importância dessas cláusulas. A saber, em 1828, o governo imperial já havia autorizado a construção e exploração de vias em geral à iniciativa privada quando, no Período Regencial, em 1835, autorizou especificamente a construção e exploração de ferrovias por empresas nacionais ou estrangeiras na forma de concessões.¹⁵ No entanto, a produção dessas infraestruturas não despertou o interesse de investidores privados até a década de 1850, quando da promulgação do Decreto nº 641/1852,¹⁶ que instituiu isenções de impostos e a chamada *garantia de juros* de 6% sobre o capital investido no setor. Estabelecidas essas garantias estatais de retorno sobre os investimentos privados, em 1854, D. Pedro II inaugurou o primeiro trecho de linha ferroviária no Brasil.¹⁷

Além da garantia de juros, Romano destaca que também constavam comumente nos contratos de concessão de então a chamada *cláusula ouro* que, como

¹³ ENGLER, Mario. Lições aprendidas com a linha 4 do metrô de São Paulo. *Cadernos FGV Projetos*, v. 9, n. 23, p. 104, 2014; REDOSCHI, Dagoberto Antonio. Parcerias Público-Privadas: desafios e oportunidades. *Cadernos FGV Projetos*, v. 9, n. 23, p. 104, 2014; SUNDFELD, Carlos Ari. O direito e as parcerias empresariais e contratuais entre Estado e particulares. *Cadernos FGV Projetos*, [S. l.], v. 9, n. 23, p. 104, 2014.

¹⁴ TÁCITO, *op. cit.*

¹⁵ BRASIL. *Decreto nº 101, de 31 de outubro de 1835*. Autorisa o Governo a conceder a uma ou mais Companhias, que fizerem uma estrada de ferro da Capital do Imperio para as de Minas Geraes, Rio Grande do Sul (...). Rio de Janeiro: Governo do Império do Brasil, 1835. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-101-31-outubro-1835-562803-publicacaooriginal-86906-pl.html>. Acesso em: maio 2021.

¹⁶ *Idem*. *Decreto nº 641, de 26 de junho de 1852*. Autorisa o Governo para conceder a huma ou mais companhias a construção total ou parcial de hum cminho de ferro que, partindo do Municipio da Côrte (...). Rio de Janeiro: Governo do Império do Brasil, 1852. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL641-1852.htm. Acesso em: maio 2021.

¹⁷ CECHIN, José. *A construção e operação das ferrovias no Brasil do século XIX*. 1978. Dissertação (Mestrado em História) – Faculdade de História, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1978; PAULA, João Antonio de. *Capitalismo no Brasil*. Belo Horizonte: Kotter Editorial, 2021.

explica o autor, autorizava o estabelecimento das obrigações devidas pelo Estado aos concessionários em ouro, ou observando a cotação de mercado de tal metal.¹⁸ A combinação do investimento privado fixado em ouro com o oferecimento da garantia de juros, assegurava retornos financeiros mesmo em contextos de desvalorização da moeda nacional, atendendo particularmente a interesses de concessionários estrangeiros.

A partir da segunda metade do século XIX, diversas redes de infraestrutura começaram a ser implementadas nos principais núcleos urbanos do país adotando modelo de concessões à iniciativa privada. As primeiras linhas de telégrafo e cabos intercontinentais,¹⁹ as primeiras infraestruturas necessárias ao provimento do serviço público de iluminação e usinas de geração de energia,²⁰ as primeiras rodovias pavimentadas²¹ e as primeiras infraestruturas de abastecimento de água, esgotamento sanitário e drenagem,²² por exemplo, foram produzidos no Brasil pela iniciativa privada através de concessões com intensa participação de capital estrangeiro.

Em suma, as primeiras experiências com as concessões estimularam a constituição de grandes companhias nacionais e atraíram capital estrangeiro (especialmente britânico), mas tiveram dificuldades em promover a ampliação da infraestrutura nacional e em manter os investimentos necessários ao seu pleno funcionamento. A extrema desigualdade social e étnico-racial e, portanto, a ausência de demanda solvável (ou seja, associada à capacidade de pagamento por serviços nos preços exigidos pelos concessionários), resultaram em uma distribuição territorial excludente na produção das mais diversas infraestruturas, marcadamente concentradas em áreas abastadas de grandes cidades. Incentivos e garantias estatais se limitaram a setores estratégicos em atendimento a interesses das classes dominantes internas, mas também em atendimento a interesses imperialistas. A produção de infraestrutura teve caráter seletivo, foi induzida pela expansão da produção agrícola exportadora, pontualmente direcionada a uma pequena elite urbana e serviu ao capital internacional que a explorou onde era mais rentável. Desde suas origens, a incompletude da infraestrutura nacional sob o regime de concessões se refletia nos custos e na competitividade da indústria nacional, restringindo a instalação de atividades econômicas e as possibilidades para a reprodução da classe trabalhadora no país.

¹⁸ ROMANO, Rogério Tadeu. A cláusula ouro. *JUS*, [S. l.], 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66321/a-clausula-ouro>. Acesso em: jun. 2022.

¹⁹ SILVA, Mauro Costa da. A telegrafia elétrica no Brasil Império ciência e política na expansão da comunicação. *Revista Brasileira de História da Ciência*, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 49-65, jan./jun. 2011.

²⁰ SILVA, Lourenço Lustosa Froés da. *Iluminação pública no Brasil: aspectos energéticos e Institucionais*. 2006. Dissertação (Mestrado em Engenharia) – Faculdade de Engenharia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

²¹ FERREIRA-NETO, Francisco. *150 anos de transportes no Brasil 1822/1972*. Brasília, DF: Ministério dos Transportes, 1974.

²² COSTA, André Monteiro. *Análise histórica do saneamento no Brasil*. 1994. Dissertação (Mestrado em Saúde), Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1994.

2.2 Concessões no período desenvolvimentista

Em função dos entraves que os interesses do capital privado impunham ao desenvolvimento do setor de infraestrutura nacional, seu arranjo institucional foi modificado no início do século XX, quando tem início o período da história nacional chamado de ‘desenvolvimentista’. O princípio da ‘cláusula ouro’, que chegou a ser consagrado pelo Código Civil de 1916,²³ vigorou até 1933, quando foi vedado pelo Decreto nº 23.501²⁴ promulgado pelo Governo Provisório de Getúlio Vargas.²⁵ No ano seguinte, a possibilidade de oferecimento da garantia de juros a empresas concessionárias de serviços públicos foi também vedada pela nova Constituição Federal.²⁶ Da década de 1930 em diante, a produção de infraestruturas e a provisão de serviços públicos em setores como transporte, saneamento, comunicações e energia passaram por processos de estatização, que envolveram a encampação de contratos de concessão e a criação de autarquias, empresas públicas ou semelhantes para sua gestão centralizada.²⁷ Não obstante, nesse período, o instrumento das concessões não desapareceu.

Wiggers²⁸ argumenta que, nessa época, o caráter original da concessão teria sido “desfigurado”, já que o termo passou a ser utilizado majoritariamente em referência à delegação de atividades estatais a empresas públicas. Fato é que, como instrumento, a concessão à iniciativa privada constava da Constituição de 1934 e teve seus princípios reproduzidos também nas Constituições de 1937, 1946 e 1967. No entanto, como ressalta Tácito, nesse período histórico, tampouco seria promulgada quaisquer legislações que complementassem os dispositivos constitucionais ou estabelecesse critérios uniformes para a aplicação do instrumento.²⁹

No que diz respeito às cláusulas financeiras, as quatro Constituições supracitadas autorizavam a previsão contratual de revisões tarifárias a fim de permitir

²³ BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: jun. 2022. art. 947 §1º e art. 1.258.

²⁴ Como conta Romano (2018), o tema da cláusula ouro seria objeto de novas regulamentações em atos posteriores. No entanto, no que diz respeito aos contratos de concessão de serviços públicos, a mesma permanece vedada a partir 1933.

²⁵ *Idem*. *Decreto nº 23.501, de 27 de novembro de 1933*. Declara nula qualquer estipulação de pagamento em ouro, ou em determinada espécie de moeda, ou por qualquer meio tendente a recusar ou restringir (...). República dos Estados Unidos do Brasil: Assembleia Nacional Constituinte, 1933. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23501-27-novembro-1933-500678-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: jun. 2022.

²⁶ *Idem*. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. República dos Estados Unidos do Brasil: Assembleia Nacional Constituinte, 1934. art. 142. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: jun. 2022.

²⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 182-231.

²⁸ WIGGERS, Celso. *A concessão de serviços de utilidade pública: aspectos especiais o fenômeno no Brasil*. 1978. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1978.

²⁹ TÁCITO, 1997.

a “justa remuneração do capital” e os necessários “melhoramentos e expansão” dos serviços concedidos.³⁰ A Constituição de 1967, em especial, chegou a introduzir a noção de *equilíbrio econômico e financeiro* dos contratos de concessão, que seria fundamental para o desenvolvimento contemporâneo do instrumento.³¹ No entanto, como explica Di Pietro, à época, entendia-se como “inerente ao contrato de concessão a ideia de que o concessionário executava o serviço *em seu próprio nome e por sua conta e risco*”,³² limitando a prática de oferecimento de garantias financeiras pelo Estado e, assim, também as possíveis aplicações do instrumento, que permaneceram restritas durante o período desenvolvimentista.

Não obstante, durante o período desenvolvimentista, sob controle direto do Estado, observou-se significativa expansão e desenvolvimento tecnológico da infraestrutura urbana nacional, ainda que esse desenvolvimento tampouco tenha se dado de forma homogênea, seja social ou geograficamente, e que interesses imperialistas permanecessem nitidamente influentes no direcionamento da expansão da infraestrutura nacional.³³

2.3 Percalços do processo de redemocratização

Com o processo de redemocratização nos anos 1980, os chamados direitos sociais foram finalmente afirmados pela Constituição de 1988. Em consonância com essa afirmação, a Constituição manteve a tradição das Constituições do período desenvolvimentista de atribuir ao poder público a responsabilidade pela prestação de serviços públicos, em alguns casos, inclusive em caráter de exclusividade.³⁴ Não obstante, as concessões foram também previstas pela Constituição de 1988, mas, diferentemente das anteriores, nenhum dispositivo que tratasse da redução de riscos, nem mesmo a autorização de reajustes tarifários, foram explicitados no texto constitucional. À época, foram também constitucionalizadas normas sobre controle, contabilidade, orçamento e concursos públicos e, nessa esteira, a

³⁰ BRASIL, 1934, art. 137; *Idem*, [Constituição (1937)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. República dos Estados Unidos do Brasil: Assembleia Nacional Constituinte, 1937. art. 147. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: jun. 2022; *Idem*, [Constituição (1946)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. República dos Estados Unidos do Brasil: Assembleia Nacional Constituinte, 1946. art. 151. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: jun. 2022; *Idem*, [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. art. 160. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 3 nov. 2020.

³¹ *Idem*, 1967, art. 160.

³² DI PIETRO, 2019, p. 119, grifos nossos.

³³ PAULA, 2021.

³⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. art. 175. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: maio 2020.

chamada *licitação* foi estabelecida como requisito incontestado das contratações de obras e serviços públicos, inclusive dos contratos de concessão.³⁵

Como conta Wiggers, a realização de concorrência para a contratação pública já era exigida de forma indireta pela Lei de Ação Popular nº 4.717, de 1965.³⁶ No entanto, essa exigência não tinha caráter absoluto, podendo ser dispensada com base em leis específicas. A chamada Lei das Licitações³⁷ viria estabelecer de forma unificada essa determinação. Regulamentada em 1986,³⁸ constitucionalizada em 1988³⁹ e editada no início da década de 1990 pela Lei Federal nº 8.666, a normativa da licitação delimitou as modalidades de contratação pública e estabeleceu uma série de procedimentos e critérios, tanto para a habilitação e julgamento das empresas contratadas, como para a formulação e gestão dos contratos firmados por quaisquer entidades da administração pública, inclusive por empresas estatais.

Resumidamente, passou-se a exigir a comprovação da capacidade de execução do contrato pela empresa que o prospectasse, incluindo “requisitos de ordem técnica (exprimidos nos respectivos acervos técnicos) e operacional (*staff* administrativo, disponibilidade de máquinas e operários etc.)”,⁴⁰ assim como a “rigidez no procedimento, objetividade absoluta no julgamento (em regra, feito pelo menor preço) e a definição prévia, pela Administração, de todos os detalhes das prestações do contratado”.⁴¹ Ademais, foram também limitadas tanto as possibilidades de reajuste dos contratos públicos – para as quais passaram a ser estabelecidos critérios e exigidas “devidas justificativas”⁴² – como a sua duração, fixada em no máximo 5 anos segundo redação dada pela Lei Federal nº 8.883, que alterou a Lei das Licitações em 1994.⁴³

Com essas determinações, a Lei das Licitações essencialmente ampliou os riscos oferecidos aos capitais potencialmente investidos em contratos públicos. Primeiramente, porque a demanda do licitante de provas de sua capacidade técnico-operacional passou a exigir das empresas que prospectavam contratos públicos

³⁵ DI PIETRO, 2019.

³⁶ WIGGERS, 1978.

³⁷ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: jul. 2022.

³⁸ *Idem*. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: jul. 2022.

³⁹ *Idem*, 1988, art. 22, inciso XXVII; art. 37, inciso XXI; art. 173.

⁴⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infra-estrutura e a nova lei de Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 134.

⁴¹ SUNDFELD, 2005, p. 20.

⁴² BRASIL. 1993, art. 65.

⁴³ *Ibidem*, art. 57.

significativos investimentos anteriores mesmo à possibilidade de concorrência a esses contratos. Em segundo lugar, uma vez que se exigia a definição detalhada prévia dos projetos e se limitavam tanto as possibilidades de reajuste como de duração dos contratos, possíveis inconsistências entre os termos assinados e a realidade encontrada no processo de execução dos mesmos poderiam impactar diretamente sua rentabilidade. Especificamente, riscos como flutuações no preço de insumos – o chamado risco inflacionário –, assim como possíveis imprevistos e atrasos na execução da obra – associados aos chamados risco de projeto, risco geológico ou risco de construção – recaíam essencialmente sobre os concessionários. Ademais, a ausência de garantias vinculadas aos retornos financeiros das empresas contratadas exacerbava o chamado risco de inadimplência, relacionado à execução dos compromissos financeiros estatais.⁴⁴

Não à toa, desde sua instituição, a Lei das Licitações foi caracterizada como “excessivamente rígida, formalista e (...) refratária à cooperação entre o público e o privado”,⁴⁵ e a operação de seu modelo licitatório repetidamente acusada de ser “lenta, demorada e exigente”,⁴⁶ ou simplesmente “desastrosa”.⁴⁷ Para Moreira, essa legislação seria não menos que “responsável” por “uma espécie de círculo vicioso no setor [de infraestrutura], onde muitas vezes o inadimplemento público conviveu com uma busca por lucros instantâneos e abusivos (também como uma forma de atenuar os riscos)”.⁴⁸ Em suma, ainda que uma avaliação da normativa das licitações em si fuja ao escopo deste artigo, é evidente que com sua instituição foi estabelecido no Brasil um cenário que, como descreve Moreira, “não é exatamente acolhedor”⁴⁹ para os investidores no estabelecimento de relações contratuais com o Estado.

Cabe mencionar que a Lei das Licitações foi recentemente revogada e substituída pela Lei federal 14.133, de 2021, a chamada Nova Lei das Licitações, que alterou e introduziu uma série de novos dispositivos em relação à normativa anterior, passando a oferecer melhores condições aos capitais investidos em contratos públicos justamente relacionadas às questões antes destacadas.⁵⁰ No entanto, essa

⁴⁴ MOREIRA, 2005; SANT’ANNA, 2018.

⁴⁵ MONTEIRO, José Múcio. Depoimento. *Cadernos FGV Projetos*, [S. l.], v. 9, n. 23, p. 10, 2014.

⁴⁶ CALABI, Andrea. Entrevista. *Cadernos FGV Projetos*, [S. l.], v. 9, n. 23, p. 26, 2014.

⁴⁷ DI PIETRO, 2019, p. 33.

⁴⁸ MOREIRA, 2005, p. 137.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 137.

⁵⁰ A saber: i) as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias foram dispensadas da exigência de licitar; ii) foi invertida a ordem da ‘habilitação’ e do ‘julgamento’ no processo licitatório de forma que a empresa concorrente agora só precisa comprovar sua capacidade de realizar a obra ou serviço licitado uma vez selecionada; iii) foi introduzido o princípio do interesse público que dificulta a anulação de contratos; iv) foi introduzido o dispositivo da ‘matriz de riscos’ que exige a definição contratual dos riscos e a distribuição de responsabilidade pelos mesmos entre as partes vinculada ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. (BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 2021. art. 1º, §1º; art. 17; art. 49; art. 6º,

alteração recente da Lei das Licitações foi apenas mais um passo no sentido da contraposição das normas contratuais fixadas no contexto da redemocratização, que então já se encontravam em manifesto desacordo com arranjos de PPP experimentados internacionalmente. Esforços no sentido do contorno de suas determinações são evidentes desde o Plano Nacional de Desestatização⁵¹ e ressoam em diversos outros planos, programas e portfólios de investimento elaborados ainda nos governos Fernando Collor (1990-1992) e Itamar Franco (1992-1994). Mas o primeiro passo efetivo no sentido de tornar o cenário brasileiro mais ‘acolhedor’ para os investidores foi dado em 1995, com a chamada Lei das Concessões,⁵² a primeira lei geral que disciplinou o regime jurídico das concessões de serviço público no Brasil.

Antes de abordar as inovações introduzidas com a Lei de Concessões, no entanto, em um esforço de compreensão das origens e sustentação dos mecanismos contratuais que começam a ser introduzidos com essa legislação, propõe-se a seguir destacar como o campo do direito administrativo, aquele que regula a ação e as competências do Estado, tem experimentado a neoliberalização. Mais especificamente, dentre as tendências observadas nesse campo, propõe-se discutir três que se fazem particularmente notáveis no processo de regulamentação das concessões junto ao arcabouço jurídico nacional contemporâneo: a *homogeneização*, a *procedimentalização* e a *contratualização*.

3 Tendências do direito administrativo

3.1 Homogeneização

A primeira das tendências do campo do direito administrativo observada ao longo das últimas décadas que merece destaque aqui diz respeito a um compartilhamento de ordenamentos semelhantes por diversas ordens jurídicas globalmente.⁵³ Essa tendência, que aparece na literatura sob o termo *homogeneização*, é clara na difusão global das PPPs, cujas origens remontam às pioneiras Private Finance Initiatives (PFI), instituídas no Reino Unido, em 1992. De fato, os três tipos de ordenamentos que integram a categoria das PFIs e o aparato voltado à sua promoção no Reino Unido apresentam paralelos significativos com aqueles que viriam

inciso XXVII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: jul. 2021).

⁵¹ BRASIL. Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm. Acesso em: jul. 2022.

⁵² *Idem*, 1995.

⁵³ CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: a manifesto. *International Journal of Constitutional Law*, [S. l.], v. 10, n. 3, p. 603-613, 2012; DI PIETRO, 2019.

a ser instituídos no Brasil. Mais do que de uma inspiração, essas semelhanças são resultado de esforços e investimentos nacionais e estrangeiros, que incluem o apoio estendido por organismos internacionais, como o BID, e diretamente pelo governo britânico para a estruturação desses instrumentos no contexto nacional, assim como a orientação contratada ao longo dos anos 1990 a empresas de consultoria estrangeiras, marcadamente europeias e norte-americanas, por intermédio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).⁵⁴

Como destaca Enei, a adoção pelo direito administrativo brasileiro de “linguagens internacionalmente aceitas e compreendidas”,⁵⁵ em princípio, serve à atração de capitais estrangeiros para o setor de infraestrutura nacional. No entanto, como argumenta Di Pietro, a incorporação de instrumentos do direito estrangeiro tem sido também responsável por “dificuldades”, “desacertos” e mesmo “inconstitucionalidades” no contexto nacional.⁵⁶ Pois, destoando especialmente do direito norte-americano e europeu, nos quais as determinações constitucionais são bastante genéricas, no Brasil, o direito administrativo é quase inteiramente vinculado a normas expressas na Constituição. Assim, a aderência do Brasil à tendência global de homogeneização frequentemente faz com que o direito administrativo aqui “passe na frente” e seja elaborado “à margem” do direito constitucional.⁵⁷

Um exemplo importante nesse sentido, diz respeito aos poderes conferidos às chamadas Agências Reguladoras criadas para a regulamentação de serviços concedidos nacionalmente, como a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Como explica Di Pietro, essas agências “vêm sendo criadas por meio de lei que lhes confere poder autônomo para baixar normas, quando se sabe que, pela Constituição, o poder regulamentar é privativo do chefe do Executivo”.⁵⁸ Assim, se, por um lado, a regulação feita por essas Agências promove a expansão de mercados para exploração privada, por outro lado, a origem do órgão de que emanam faz com que imprimam menos segurança jurídica para os capitais investidos nesses mesmos mercados.

⁵⁴ ATHAYDE, Luiz Antônio. Entrevista cedida a Denise Morado Nascimento, Daniel Medeiros de Freitas e Thais Nassif. *Práxis*, [S. l.], 29 mar. 2017. Disponível em: <https://praxis.arq.ufmg.br/downloads-gpus/site-entrevista-Athayde.pdf>. Acesso em: ago. 2024.

⁵⁵ ENEI, José Virgílio Lopes. Financiamento das Parcerias Público-Privadas: 11.079/2004, experiências e lições nos primeiros dez anos de vigência da Lei nº. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, v. 15, n. 169, p. 48, 2016.

⁵⁶ DI PIETRO, 2019, p. 36.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 37.

3.2 Procedimentalização

A segunda tendência global de transformação do campo do direito administrativo que se destaca no contexto analisado é aquela que Cassese⁵⁹ chama de *procedimentalização*. Como explica o autor, trata-se de uma tendência à fixação de procedimentos (termos, condições, etapas, prazos e trâmites) que se propõem garantir a previsibilidade normativa da ação estatal em oposição à inerente imprevisibilidade das decisões administrativas. Ou seja, uma tendência à redução de incertezas em relação aos processos que guiam a ação estatal.

Como não poderia ser diferente, a procedimentalização comumente se dá por meio da promulgação de novas leis e normativas crescentemente complexificadas, de forma que cabe aqui um esclarecimento: à primeira vista, a ampliação do arcabouço jurídico decorrente da tendência à procedimentalização parece contradizer a noção de ‘desregulamentação’ comumente associada à neoliberalização. No entanto, entende-se que a tendência à procedimentalização descrita por Cassese deve ser compreendida a partir da noção de *desregulamentação regulamentada*, difundida por Aalbers.⁶⁰

Como explica Aalbers,⁶¹ a noção de *desregulamentação* tal como tem sido utilizada na literatura e na luta política ou tal como comentada pela mídia não pode ser compreendida simplesmente como a derrogação do arcabouço jurídico existente, mas sim correlacionada aos objetivos visados pelos processos aos quais o termo tem sido associado, que dizem respeito a remoção de barreiras para a atuação da iniciativa privada e que, na verdade, frequentemente serão alcançados justamente com a promulgação de novas leis e normativas. Ou seja, entende-se que a desregulamentação, tal como comumente entendida e comentada, também ocorre por meio da regulação cada vez mais densa e especializada. Como acrescenta Aalbers, esse novo e complexificado arcabouço jurídico também tende a se tornar menos acessível à sociedade em geral e mais suscetível a ser mobilizado, em especial, por grandes corporações.

No contexto da regulamentação das concessões no Brasil, a instituição do chamado Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) é um exemplo claro de procedimentalização do processo que antecede a elaboração de editais, projetos ou contratos de PPP em seu sentido amplo. Regulamentado nacionalmente em 2006,⁶²

⁵⁹ CASSESE, 2012.

⁶⁰ AALBERS, Manuel B. Regulated deregulation. In: SPRINGER, Simon; BIRCH, Kean; MACLEAVY, Julie (ed.). *Handbook of Neoliberalism*. London: Routledge, 2016. p. 563-573.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² BRASIL. Decreto nº 5.977, de 1º de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 3º, caput e §1º, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a aplicação, às Parcerias Público-Privadas (...). *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5977.htm. Acesso em: jul. 2022.

esse instrumento é um tipo de chamamento para a apresentação por particulares de projetos, levantamentos, investigações ou estudos visando a viabilização de PPPs, que estabelece termos, condições, etapas, prazos e trâmites a serem seguidos pelo poder público para a avaliação, seleção e aprovação desses estudos e prevê o ressarcimento dos gastos privados despendidos com os mesmos caso sejam utilizados na efetivação da PPP em questão.⁶³ Tem-se com esse instrumento, portanto, além da eliminação de incertezas e potencialmente de custos do processo prospectivo, também a institucionalização da possibilidade de influência de certos agentes privados no desenvolvimento de projetos de infraestrutura que, como discute Gibson,⁶⁴ desfavorece a competição e a coordenação pública do desenvolvimento urbano, ampliando também as vulnerabilidades institucionais à corrupção.

3.3 Contratualização

A terceira e última tendência merecedora de destaque no contexto analisado aparece na literatura sob os termos *empresariamento*, *consensualismo* ou *contratualização*, e diz respeito a uma ‘invasão’ do direito privado sobre o direito público e a consequente erosão das especificidades deste.⁶⁵ Muito já foi dito sobre o empresariamento como um devir-empresa do Estado sob o neoliberalismo,⁶⁶ mas talvez os termos contratualização ou consensualismo sejam mais adequados para a compreensão das implicações dessa tendência, pois explicitam o entendimento propriamente liberal de empresariamento.

Como pode ser entendido a partir de Dardot e Laval,⁶⁷ Grotti⁶⁸ e Oliveira,⁶⁹ o termo contratualização evoca a atividade ou o modo de relação fundado ‘na discussão e na troca’, em que o acordo vem substituir os ‘atos unilaterais de autoridade’ e as ‘relações comandadas pela subordinação’. Assim, argumentam os autores, o movimento no sentido da contratualização diz respeito a uma passagem da administração pública supostamente autoritária a uma administração pública

⁶³ BRASIL. Decreto nº 8.428, de 2 de abril de 2015. Dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 2015. art. 4º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8428.htm. Acesso em: jul. 2022.

⁶⁴ GIBSON, Chris; LEGACY, Crystal; ROGERS, Dallas. Deal-making, elite networks and public-private hybridisation: more-than-neoliberal urban governance. *Urban Studies*, [S. l.], v. 60, n. 1, p. 183-199, 2022.

⁶⁵ CASSESE, 2012.

⁶⁶ Ver: PAREDES, Pablo García de. Del estado como empresa: diferencias y contradicciones entre el discurso económico neoliberal y la política del Estado-Nación. *Cátedra: Revista Especializada en Estudios Culturales y Humanísticos*, [S. l.], n. 16, p. 108-125, 2019. Disponível em: <http://200.46.139.234/index.php/catedra/article/view/606>. Acesso em: ago. 2023.

⁶⁷ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*. São Paulo: Boitempo, 2016.

⁶⁸ GROTTI, 2005.

⁶⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 567-606.

‘negociada’ e ‘consensual’, que oferece ‘tratamento mais isonômico’ ou ‘horizontal’ à iniciativa privada.

Trata-se, portanto, de uma tendência não apenas à introdução de princípios do direito privado no campo do direito público e, assim, de aproximação desses dois regimes de direito, mas também à maior leniência do poder público no estabelecimento de relações contratuais com a iniciativa privada. Essa tendência é explicitada no processo de regulamentação das PPPs brasileiras tanto na flexibilização de determinações contratuais relativas às especificações e ao orçamento de projetos, como na introdução de novas formas para a solução de litígios entre contratante e contratado, que Monteiro caracteriza como “amigáveis”⁷⁰ discutidas mais adiante.

4 Os modelos de concessão vigentes na legislação brasileira

4.1 A Lei das Concessões e a diretiva do ‘Equilíbrio Econômico-Financeiro’

Consoante às tendências globais do campo do direito administrativo, o modelo de contrato público instituído com a Lei das Concessões assentou no arcabouço nacional a diretiva do *equilíbrio econômico-financeiro* para os contratos públicos de concessão. Desenvolvida na França (*homogeneização*) e herdada do direito privado (*contratualização*), essa diretiva visa, segundo de Di Pietro, “garantir que o concessionário, durante toda a execução do contrato, tenha assegurada a (...) remuneração que lhe permita manter a relação custo-benefício estabelecida no momento da celebração do contrato”.⁷¹ O que implica que, no lugar de determinações prescritivas, os registros contratuais passam a estabelecer termos e condições (*procedimentalização*) por meio dos quais será garantido o compromisso desse equilíbrio.

Como conta Di Pietro,⁷² a introdução dessa diretiva ao arcabouço jurídico nacional não foi pacífica. Primeiramente, porque na Lei das Concessões foi incluído também um artigo que afirma que a execução do serviço concedido se faz “por conta e risco do concessionário”,⁷³ evidentemente contraditório com a diretiva do equilíbrio econômico-financeiro. Mas sobretudo pois a inalterabilidade dos termos e condições contratuais necessária à implementação da diretiva colocou em xeque a prerrogativa do poder público de fixar e alterar unilateralmente a forma de prestação de um serviço público em benefício do interesse público.⁷⁴ Apesar dessas

⁷⁰ MONTEIRO, Vera. Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil – aspectos fiscais desse novo modelo de contratação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 80-113. p. 100.

⁷¹ DI PIETRO, 2019, p. 96.

⁷² *Ibidem*, p. 96.

⁷³ BRASIL, 1995, art. 2º.

⁷⁴ DI PIETRO, 2019.

controvérsias, Di Pietro afirma que, “hoje, é pacificamente aceita a ideia de que o equilíbrio econômico-financeiro se constitui em direito do concessionário e essa ideia está tão arraigada na doutrina e na jurisprudência, que tal direito seria reconhecido ainda que não previsto em lei ou no contrato”.⁷⁵

Nesse sentido, Mello acrescenta que, com a diretiva do equilíbrio econômico-financeiro, o direito brasileiro atribuiu proteções mais amplas para o concessionário do que fez o direito francês.⁷⁶ Como explica o autor, no Brasil, da chamada ‘álea ordinária’ ou ‘empresarial’, isto é, dos riscos que o concessionário deve suportar, excluiu-se até a “variação nos preços dos insumos componentes da tarifa” e possíveis “agravos econômicos oriundos de medidas gerais do poder público que tenham impacto gravoso sobre o preço tarifário (...) até mesmo em face da sobrevivência de tributos”.⁷⁷ Ou seja, nas concessões brasileiras, as possíveis reduções do rendimento inicialmente previsto pelo concessionário decorrentes de flutuações inflacionárias ou alterações da legislação trabalhista ou tributária deverão ser cobertas pela revisão tarifária, transferindo o ônus diretamente aos usuários do serviço concedido e não, como ocorre na França, partilhando-o entre concedente e concessionário.

Também são novidades introduzidas com a Lei das Concessões a possibilidade de contratações sem limite temporal pré-definido, a exigência apenas de projeto básico para os editais de concessões que preveem a execução de obras e a impossibilidade prática da encampação dos contratos, isto é, de sua extinção antes do prazo por razões de interesse público.⁷⁸ Como explica Sundfeld, com a Lei das Concessões, a encampação, que é um aspecto crítico para credores e investidores interessados no setor, “passou a depender de dois requisitos de difícil realização: a autorização prévia, caso a caso, do Poder Legislativo, e o pagamento também prévio de indenização ao concessionário”.⁷⁹

Foi também autorizada pela Lei das Concessões, com “vistas a favorecer a modicidade das tarifas”, a previsão em contrato das chamadas receitas “alternativas,

⁷⁵ *Ibidem*, p. 120. Segundo a autora, essa pacificação resulta de uma série de princípios que emanam da natureza contratual das concessões e que foram recentemente incorporados ao instrumento com a Lei nº 14.133/2021, a já mencionada Nova Lei das Licitações, que também alterou a Lei das Concessões. A saber, trata-se do princípio da ‘equidade’ entre as partes contratantes, que impede que uma parte seja favorecida em detrimento da outra; do princípio da ‘razoabilidade’, que exige a proporção entre o custo e o benefício do contrato; e dos princípios da ‘continuidade’ e ‘indisponibilidade’ do interesse público, que estabelecem noção de que, se o contrato é necessário para atender a alguma necessidade imperiosa da administração pública, deve-se assegurar sua continuidade por meio da recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro.

⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*: edição revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 766.

⁷⁸ BRASIL, 1995, art. 28-A; art. 18.

⁷⁹ SUNDFELD, 2014, p. 59.

acessórias, complementares ou decorrentes de projetos associados”.⁸⁰ Trata-se de receitas oriundas de atividades rentáveis além do objeto da concessão em si que possam ser exploradas pelo concessionário a partir da infraestrutura sob sua gestão. Por exemplo, aquela proveniente de suportes publicitários ou da “exploração de áreas do subsolo ou contíguas à obra pública (para instalação de *shopping centers*, supermercados, postos de gasolina, estacionamentos de automóveis, galerias, lojas etc.)”.⁸¹

Em suma, muitas das regras que haviam sido impostas pela Lei das Licitações foram “afastadas”⁸² pela Lei de Concessões, e o modelo de concessão instituído por essa legislação é hoje chamado de ‘Concessão Comum’ ou ‘Clássica’. Mas, como comentam Sundfeld e Câmara, ainda que tenha sido “útil para aumentar a segurança do concessionário e, assim, tornar mais atrativa a relação”,⁸³ essa legislação “não produziu uma ruptura absoluta com o modelo tradicional das concessões”.⁸⁴ Essencialmente, pois, a vinculação da diretiva do equilíbrio econômico-financeiro à garantia de revisão tarifária ainda sujeitava os concessionários ao risco de demanda, particularmente limitador do mercado nacional e que passou a receber particular destaque após a pandemia de Covid-19, quando contratos de Concessão Comum se mostraram “irreequilibráveis”.⁸⁵ Para alcançar o estado da arte em matéria de PPP estabelecido com as PFIs britânicas, ainda era preciso viabilizar a concessão de “serviços públicos essenciais, mas de baixa rentabilidade econômica, ou seja, em situações nas quais, sabidamente, não existe possibilidade de assegurar a sustentabilidade do serviço exclusivamente pelo pagamento de tarifas por parte de seus usuários”.⁸⁶

Antes de tratar dos arranjos que viabilizaram as concessões economicamente insustentáveis no contexto nacional, no entanto, cabe ainda destacar o efeito concentrador de riquezas do modelo de custeio de serviços públicos diretamente pelo usuário (por meio de tarifas), tal qual adotado nas Concessões Comuns. Como argumenta Justen Filho, entende-se que esse modelo produz efeitos na distribuição de riquezas entre usuários e não usuários desses serviços, necessariamente

⁸⁰ BRASIL, 1995, art. 11.

⁸¹ GROTTI, 2005, p. 208.

⁸² SUNDFELD, 2005, p. 20.

⁸³ *Idem*, 2014, p. 58.

⁸⁴ CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 168.

⁸⁵ BOGOSSIAN, André Martins. Contratos de concessão e PPP irreequilibráveis: um problema subnotificado antes da pandemia. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). *Transformações do Direito Administrativo: Direito Público e regulação em tempos de pandemia*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020.

⁸⁶ DALLARI, Adílson Abreu. Parcerias em transporte público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 358.

a favor dos não usuários.⁸⁷ Na mesma linha, entende-se que o modelo promove, de modo proporcional à intensidade de utilização do serviço, a transferência direta de parcela da renda de usuários para concessionários. Como já mencionado, o histórico de distribuição desigual de infraestruturas e serviços no Brasil perpassa justamente o caráter massivo de sua demanda entre as classes de rendas mais baixas que não podem arcar com eles. Tem-se, portanto, com a Lei das Concessões, novas bases para a continuidade de um processo de concentração de riquezas reproduzido pela ingerência estatal.

4.2 A Lei das Parcerias Público-Privadas e a introdução da ‘Contraprestação Pecuniária do Poder Público’

Como conta Monteiro, “ainda no governo Fernando Henrique Cardoso foi criada uma força tarefa no âmbito do Ministério do Planejamento para servir de central de inteligência”⁸⁸ para o desenvolvimento de estudos que embasassem a implementação de novos formatos de concessão no arcabouço jurídico nacional. Mesmo antes que uma lei federal fosse editada, governos estaduais ensaiaram esses formatos, como é o caso, por exemplo, dos estados de Minas Gerais (com a Lei nº 14.868/2003) e de São Paulo (com a Lei nº 11.688/2004). Até que, ainda no primeiro governo Lula (2002-2005), no apagar das luzes do ano de 2004, em 30 de dezembro, o Projeto de Lei nº 2.546/2003, de autoria de Fernando Haddad (então integrante do Ministério do Planejamento do governo federal), foi aprovado, instituindo a Lei Federal nº 11.079, chamada *Lei das PPPs*, e, com ela, os dois novos formatos de contrato de concessão que passaram a receber legalmente o desígnio de PPP no país: a Concessão Administrativa e a Concessão Patrocinada.

A grande inovação introduzida com a Lei das PPPs foi a chamada *contraprestação pecuniária do poder público*, que fez do subsídio estatal, apenas permitido pela Lei das Concessões, forma expressa de remuneração dos capitais investidos em contratos de concessão. Essa novidade permitiu, portanto, uma grande expansão dos serviços passíveis de concessão, não apenas por viabilizar contratos antes economicamente insustentáveis, mas também por possibilitar a concessão dos chamados serviços *uti universi*.

Como explica Meirelles, diferentemente dos serviços *uti singuli*, que seriam aqueles prestados a usuários determinados ou determináveis, serviços *uti universi* seriam aqueles que “destinam-se indiscriminadamente a toda a população, sem que se erijam em direito subjetivo individual de qualquer administrado à sua fruição

⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de rodovias: a experiência brasileira. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 232-253.

⁸⁸ MONTEIRO, 2005, p. 87.

particular, ou privativa de seu domicílio, de sua rua ou de seu bairro”.⁸⁹ Em outras palavras, trata-se de serviços ‘não excludentes’, isto é, cujos benefícios não podem ser divididos ou mensurados individualmente, mas sim cuja distribuição uniforme e abrangente é reconhecidamente benéfica para a sociedade como um todo. Entre os serviços considerados *uti universi*, destacam-se, por exemplo, o policiamento, a limpeza urbana e a iluminação pública. A dificuldade para caracterizar a singular fruição de certos serviços representava uma barreira à outorga dos mesmos mediante a cobrança de tarifas de seus usuários – modelo adotado nas Concessões Comuns –, que veio a ser superada, em especial, com a instituição das Concessões Administrativas.

Como descreve Justen Filho, dos dois novos formatos, a Concessão Administrativa é a que mais se diferencia da Concessão Comum, enquanto a Concessão Patrocinada conforma uma “espécie de hibridismo, eis que contém tudo o que é contemplado para a Concessão Administrativa e tudo o que é previsto para a Concessão Clássica”.⁹⁰ No que diz respeito aos proventos dos concessionários, a Concessão Administrativa é definida pela contraprestação pecuniária como a forma exclusiva de sua remuneração, enquanto no caso das Concessões Patrocinadas, essa remuneração deve necessariamente ser mista, parte oriunda de aportes estatais, parte da cobrança de tarifas dos usuários. Em ambas as modalidades é também autorizada a geração de receitas “alternativas, acessórias, complementares ou decorrentes de projetos associados”. No Quadro 1, esses entendimentos são apresentados de forma resumida.

Quadro 1 – Formas de remuneração do concessionário por tipo de concessão vigente no Brasil

(Continua)

	Comum	Patrocinada	Administrativa
Tarifas cobradas dos usuários dos serviços concedidos	Necessária para caracterização do instrumento	Necessária para caracterização do instrumento / equivalente a no mínimo 30% da remuneração do concessionário*	Não permitida
Contraprestação pecuniária do poder público	Permitida na forma de subsídio	Necessária para caracterização do instrumento / equivalente a no máximo 70% da remuneração do concessionário*	Necessária para caracterização do instrumento

⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 321.

⁹⁰ JUSTEN FILHO, 2005, p. 247-248.

(Conclusão)

	Comum	Patrocinada	Administrativa
Receitas alternativas, acessórias, complementares ou decorrentes de projetos associados	Permitida	Permitida	Permitida

*Para exceder o limite percentual estabelecido entre as formas de remuneração do concessionário, as Concessões Patrocinadas dependem de autorização legislativa específica.⁹¹

Fonte: Elaboração própria (2024) a partir de BRASIL, 1995; *Idem*. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de Parceria Público-Privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: maio 2021.

Justen Filho argumenta que as novas formas de composição da remuneração do concessionário introduzidas com a Lei das PPPs seriam positivas, pois o não pagamento de tarifas individualizadas “reflete o custeio da atividade por toda a sociedade”.⁹² No entanto, efetivamente, entende-se que a ausência da cobrança dessas tarifas ou mesmo a possibilidade de subsídio estatal *podem* ser positivas no sentido da equidade no financiamento de serviços públicos, pois *podem* permitir que o custeio do serviço tenha um caráter mais redistributivo. No entanto, a ênfase nos condicionantes se deve ao fato de que, nesses casos, a equidade na distribuição de tais custos permanece condicionada à progressividade e à proporcionalidade das fontes de receitas públicas que financiam o serviço. Ou seja, essa equitatividade só se caracteriza se, por meio do tributo que custeia a concessão, efetivamente se arrecada mais de quem realmente dispõe de mais renda, recursos e patrimônio. Portanto, entende-se que, com as novas formas de composição da remuneração do concessionário introduzidas com os novos modelos de concessão, tem-se uma ampliação das possibilidades do financiamento mais equânime da reprodução de infraestruturas urbanas, mas não sua garantia.

Para além da forma de remuneração do concessionário, a Lei das PPPs superou outra insuficiência fundamental das leis que a precederam: “(...) a falta de um sistema bem organizado de garantia dos compromissos financeiros de longo prazo do Estado com o contratado”.⁹³ Como explica Sundfeld, se o subsídio aos contratos de concessão “já eram juridicamente possíveis, sua viabilidade prática estava dependendo da criação de um adequado sistema de garantias, que protegesse o concessionário contra o inadimplemento do concedente”.⁹⁴ A Lei das PPPs estabeleceu tal sistema de garantias ao determinar que

⁹¹ BRASIL, 2004, art. 10, §3º.

⁹² JUSTEN FILHO, 2005, p. 237.

⁹³ SUNDFELD, 2005, p. 24.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 21.

(...)

as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de Parceria Público-Privada poderão ser garantidas mediante:

I - vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal [que veda a vinculação de receitas provenientes de impostos];

II - instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III - contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV - garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras;

V - garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI - outros mecanismos admitidos em lei.⁹⁵

Dessas novas formas de garantia, aquelas que merecem maior destaque em função de seu caráter controverso são as figuras do inciso V, o ‘fundo garantidor’ e a ‘empresa estatal especificamente criada para a finalidade de oferecer garantia aos contratos de PPP’. É particularmente controversa a figura do fundo garantidor, nova entidade jurídica que a Lei das PPPs trata de instituir em nível federal na figura do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, o chamado FGP,⁹⁶ pois, como explica Di Pietro, um fundo é, essencialmente, “uma receita específica que a lei afasta do caixa único e vincula a um fim determinado”.⁹⁷ No entanto, ao instituir o FGP, a legislação descaracterizou tal instrumento ao autorizar a integralização dos recursos que o compõem também por meio de “títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis (...) ou outros direitos com valor patrimonial”.⁹⁸

Para Di Pietro, essa determinação burla a norma constitucional que determina a impenhorabilidade de bens públicos para fins de garantia contratual.⁹⁹ No entanto, a crítica da autora ao dispositivo é meramente técnica, pois, como ela afirma, a possibilidade de criação de empresa estatal para fins de garantia de contratos de PPPs oferece solução “muito mais adequada”, já que, uma vez transferidos a essas empresas, bens públicos não mais estariam resguardados pelo dispositivo constitucional de impenhorabilidade.¹⁰⁰ Para lidar com esse percalço, autores como Sundfeld simplesmente assumem que o FGP, apesar de denominado ‘fundo’, se enquadra “no gênero ‘empresa pública’”.¹⁰¹ No entanto, como prossegue Di Pietro,

⁹⁵ BRASIL, 2004, art. 8º.

⁹⁶ *Ibidem*, art. 16.

⁹⁷ DI PIETRO, 2019, p. 209.

⁹⁸ BRASIL, 2004, art. 16, §4º.

⁹⁹ *Idem*, 1988, art. 100.

¹⁰⁰ DI PIETRO, 2019, p. 211.

¹⁰¹ SUNDFELD, 2005, p. 43.

ocorre que essa solução esbarra na norma contida no art. 40, §6º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (...) em cujos termos ‘é vedado às entidades da administração indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias, conceder garantia, ainda que com recursos de fundos’.¹⁰²

Não obstante, bens públicos e notadamente também títulos da dívida pública têm sido utilizados para integralizar fundos garantidores e/ou transferidos para o patrimônio de empresas públicas criadas com a finalidade de oferecer garantia a contratos de PPP. Como exemplos, além do FGP federal, destacam-se os casos da CPP Companhia Paulista de Parcerias, comentado por Di Pietro¹⁰³ e da belorizontina PBH Ativos S.A. descrito por Romeiro, Canettieri e Franzoni.¹⁰⁴

No entanto, a redução de riscos para os concessionários levada a cabo pela Lei das PPPs vai muito além de seu sistema de garantias financeiras. Nesse sentido, destaca-se, primeiramente, a legitimidade do pagamento de indenizações ao concessionário não apenas no caso de extinção antecipada do contrato,¹⁰⁵ mas também no caso de inadimplemento contratual, na forma de penalidades (multa de 2% e juros) aplicadas à administração pública.¹⁰⁶

Em segundo lugar, destaca-se que, com uma alteração da lei das PPPs institucionalizada em 2012 pela Lei Federal nº 12.766, foram também definidos limites temporais para a administração aceitar ou rejeitar as faturas emitidas pelo concessionário (*procedimentalização*) e autorizada a responsabilização civil, administrativa e penal do agente público que contribuir para atrasos do aceite ou rejeição de faturas. Além da garantia de celeridade aos pagamentos, foi também autorizado em 2012 o acionamento do fundo garantidor para o recebimento de faturas, reduzindo ainda mais o risco de inadimplência estatal.¹⁰⁷

Em terceiro lugar, destaca-se que, nos contratos de PPP que incluem obras, a elaboração de todos os projetos – do básico ao executivo –, passaram a poder ficar a cargo do concessionário. Como explica Sundfeld, foi exigida do edital de concorrência apenas a “adequada definição do objeto”, isto é, dos “elementos que permitam a caracterização das eventuais obras”,¹⁰⁸ oferecendo aos concessionários

¹⁰² DI PIETRO, *op. cit.*, p. 212.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ ROMEIRO, Paulo; CANETTIERI, Thiago; FRANZONI, Júlia Ávila. Reestruturação do Estado-Capital para a gestão de PPPs: a criação de empresas de economia mista em Belo Horizonte e São Paulo. *In*: ROLNIK, Raquel; SANTORO, Paula Freire; ROLNIK, Raquel; SANTORO, Paula Freire; NASCIMENTO, Denise Morado; FREITAS, Daniel Medeiros; RENA, Natacha Silva Araújo; PEQUENO, Luis Renato Bezerra (org.). *Cidade Estado-Capital*: reestruturação urbana e resistências em Belo Horizonte, Fortaleza e São Paulo. São Paulo: FAU-USP, 2018. p. 39-47.

¹⁰⁵ BRASIL, 2004, art. 5º, §2º.

¹⁰⁶ MONTEIRO, 2005, p. 100.

¹⁰⁷ BRASIL, 2004, art. 18.

¹⁰⁸ SUNDFELD, 2005, p. 40.

maior liberdade para adequação e reajustes projetuais diante de possíveis imprevistos, reduzindo sua vulnerabilidade aos riscos de projeto, geológico e de obra.

Em quarto lugar, destaca-se que a Lei das PPPs introduziu o emprego de um mecanismo privado de resolução de divergências contratuais, a chamada ‘arbitragem’,¹⁰⁹ que, inspirada no direito privado estrangeiro (*homogeneização/contratualização*), determina que uma terceira parte atue como árbitro na solução de litígios de forma a evitar que os mesmos alcancem o sistema de justiça tradicional.

Por fim, destaca-se que com essa legislação foi também oferecida uma série de garantias diretas aos possíveis credores dos concessionários, que incluem a possibilidade da emissão de empenho das obrigações pecuniárias do poder público diretamente em nome desses credores, assim como da transferência a eles do controle da Sociedade de Propósito Específico (SPE) – a empresa titular do contrato de PPP, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria –, cuja criação é obrigatória para sua celebração.¹¹⁰

Na outra ponta, os parâmetros limitadores que constam da Lei das PPPs se resumem basicamente ao prazo dos contratos – mínimo de 5 e máximo de 35 anos –,¹¹¹ ao valor mínimo contratual e ao comprometimento orçamentário máximo do ente concedente. Não obstante, estes dois últimos parâmetros têm sido continuamente flexibilizados. Inicialmente, foi estabelecido que o valor mínimo para assinatura de um contrato de PPP seria 20 milhões de reais,¹¹² mas esse limite foi reduzido pela metade com a Lei Federal nº 13.529/2017. Em um primeiro momento, foi também estipulado que União, estados, municípios e Distrito Federal somente poderiam contratar Concessões Administrativa ou Patrocinadas quando a soma das despesas com o conjunto dessas concessões contratadas não excedesse 1% da receita corrente líquida¹¹³ do exercício ou projetada para os 10 anos subsequentes.¹¹⁴ No entanto, esse limite foi ampliado para estados, municípios e Distrito Federal, em 2009, com a Lei Federal nº 12.024, alcançando 3% e, novamente, pela Lei Federal nº 12.766, em 2012, alcançando 5%.

Essas sucessivas flexibilizações ampliaram enormemente as possibilidades de alcance do instrumento, especialmente junto aos municípios brasileiros que, como destaca Garson,¹¹⁵ têm baixa capacidade tributária e grande parte de sua receita comprometida com despesas rígidas, resultando em estreitas margens

¹⁰⁹ BRASIL, 2004, art. 11.

¹¹⁰ *Ibidem*, art. 5º, §2º.

¹¹¹ *Ibidem*, art. 5º.

¹¹² BRASIL, *op. cit.*, art. 2º, §4º.

¹¹³ “Por Receita Corrente Líquida entendem-se todas as receitas do ente federado, deduzidos os valores que serão repassados a outros entes federados a título de transferências obrigatórias com base na Constituição ou em lei” (SANT’ANNA, 2018, p. 32).

¹¹⁴ BRASIL, 2004, art. 22; art. 28.

¹¹⁵ GARSON, Sol. *Regiões metropolitanas: por que não cooperam?* Rio de Janeiro: Letra Capital, 2009.

para investimentos. Marques Neto calcula que uma Concessão Administrativa ou Patrocinada contratada pelo valor mínimo inicialmente estipulado (20 milhões de reais) e pelo prazo máximo (35 anos), representaria um dispêndio mínimo anual de aproximadamente de 571 mil reais, demandando que, para ficar dentro do limite de comprometimento orçamentário inicialmente estabelecido (1%), o ente federado apresentasse despesas correntes líquidas iguais ou superiores a 57 milhões de reais, o que, como coloca o autor, excluiria “a enorme parte dos municípios, e mesmo alguns importantes estados, da simples possibilidade de firmar uma única PPP”.¹¹⁶ Ao reproduzir esse cálculo adotando os atuais parâmetros limitadores do instrumento, encontra-se que a despesa corrente líquida mínima necessária para contratar uma PPP observou uma redução de 10 vezes ou 1.000% (passando a aproximadamente 5,7 milhões de reais), o que permite a adoção muito mais generalizada do instrumento entre os entes federativos.

Em suma, as concessões da Lei das PPPs ofereceram condições tão favoráveis e amplas para a delegação dos serviços públicos que efetivamente autorizaram um redesenho das fronteiras do Estado. Em seu limite mais flexível, essa linha costuma ser traçada na “produção/aplicação do Direito, do monopólio da força e da imposição dos tributos”, sendo essas atividades consideradas indelegáveis, pois “manifestam o poder de império do Estado”.¹¹⁷ No entanto, mesmo nesses casos se argumenta, como o faz Guimarães, que “particulares poderão desempenhar atividades *instrumentais* e *acessórias* ao exercício destas competências”.¹¹⁸ As atividades a que se refere o autor, que também aparecem na literatura sob o desígnio ‘atividades-meio’, em oposição às chamadas ‘atividades-fim’, costumam compreender a manutenção de certas infraestruturas públicas, tanto de edificações como de equipamentos, incluindo desde reparos à limpeza e segurança. Nesse sentido, cabe endossar o questionamento de Di Pietro que, diante da possibilidade de “uma privatização em massa da Administração Pública”, indaga:

(...) será que são desnecessárias (e, por isso mesmo, passíveis de se tornarem obsoletas) as normas constitucionais que estabelecem um regime jurídico público para a Administração Pública, exatamente para proteger o patrimônio público, a função administrativa do Estado e, acima de tudo, o interesse da coletividade?¹¹⁹

¹¹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Parcerias Público-Privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 276–325. p. 305.

¹¹⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As Parcerias Público-Privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia – em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 368-405. p. 387.

¹¹⁸ GUIMARÃES, 2005, p. 390-391, grifos nossos.

¹¹⁹ DI PIETRO, 2019, p. 189-190.

Não obstante, ao contrário do que pregam frequentemente os discursos em defesa da difusão das PPPs como solução para o *déficit* de infraestruturas nacional,¹²⁰ a indisponibilidade de recursos públicos acirrada com as políticas de austeridade – que também acompanham o processo de neoliberalização –, se conserva como um entrave para o financiamento da produção infraestrutural por meio dos modelos de concessão que recebem legalmente o desígnio de PPP. De fato, como já foi destacado por Thamer e Lazzarini,¹²¹ Concessões Administrativas e Patrocinadas propostas por entes governamentais com maior capacidade financeira e/ou em setores de infraestrutura economicamente sustentáveis terão maior probabilidade de avanço, reforçando, portanto, a concentração socioespacial de investimentos nacionalmente.

Reforçando esse argumento, um estudo que analisou 114 contratos de PPP que incidem sobre o território de 28 das principais cidades brasileiras¹²² apontou a concentração massiva de investimentos realizados por meio desses instrumentos na região Sudeste (66,7%), especialmente na Região Metropolitana de São Paulo (43,5%), e, de maneira geral, nos municípios centrais das aglomerações urbanas examinadas (65,8%), apontando para o reforço de desigualdades socioespaciais não apenas entre cidades, com investimentos concentrados em regiões historicamente privilegiadas, mas também internamente a elas, uma vez que o *déficit* de infraestruturas urbanas nacional se acumula particularmente nas periferias das metrópoles nacionais. No mesmo estudo, o caso das PPPs de iluminação pública também aponta para a implementação de uma fonte de financiamento própria capaz de possibilitar a sustentabilidade fiscal do setor como condição fundamental para a contratação de PPPs.

Enfim, entende-se que o direcionamento de recursos para a produção de infraestruturas e a gestão de serviços públicos, sob o crivo do interesse privado imposto pela institucionalização das PPPs e pelas restrições das políticas de austeridade a outras formas de investimento estatal, traz consequências problemáticas. Tais consequências perpassam a imposição de métricas financeiras de risco e retorno para avaliação de governos, cidadãos, contratos e projetos a serem executados (ou não), determinando não apenas quais iniciativas serão executadas, mas também de que maneira os recursos serão empregados, em oposição a critérios que priorizem a promoção do desenvolvimento socioeconômico nacional.

¹²⁰ CADERNOS FGV PROJETOS. *Parcerias Público-Privadas no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, ano 9, n. 23, jan. 2014. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/parcerias_publico_privadas_no_brasil.pdf. Acesso em: ago. 2024; MONTEIRO, 2014.

¹²¹ THAMER, Rogério; LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. Projetos de Parceria Público-Privada: fatores que influenciam o avanço dessas iniciativas. *Revista Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, 2015.

¹²² NASSIF, Thaís. *Parcerias Público-Privadas: a produção capitalista de infraestruturas urbanas na periferia da metrópole brasileira*. 2023. Tese (Doutorado em Geografia) – Faculdade de Geografia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023.

5 Considerações finais

Neste artigo, recuperou-se o histórico das relações estruturadas entre o Estado e a iniciativa privada para a produção de infraestruturas e a provisão de serviços públicos no contexto brasileiro a partir do que historicamente recebeu o desígnio de concessão. Ao longo do artigo, revelou-se como o Estado capitalista historicamente lançou e lança mão de dispositivos jurídicos para reduzir os entraves para a exploração privada do setor, garantindo aos agentes nele interessados alta rentabilidade e previsibilidade de fluxos de caixa.

A partir do histórico do instrumento como um todo, evidenciou-se a relevância de uma norma unificada de critérios e princípios e de sólidas garantias financeiras para que o instrumento possa despertar o interesse de investidores privados, assim como a continuidade da ingerência de interesses do capital estrangeiro na configuração do instrumento no contexto nacional. No percalço da *garantia de juros* combinada à *cláusula ouro* até a *contraprestação pecuniária do poder público*, passando pela figura do *equilíbrio econômico financeiro*, demonstrou-se também como as concessões brasileiras fizeram um longo caminho e essencialmente acompanharam as transformações do campo do direito em sua relação estruturada e estruturante com o modo de produção capitalista.

Alcançando a contemporaneidade, demonstrou-se como os sucessivos ajustes no aparato regulatório levados a cabo com o processo de neoliberalização possibilitaram a recriação e a subsequente expansão de um mercado de concessões nacional, em consonância com as tendências globais de homogeneização, procedimentalização e contratualização do campo do direito administrativo e à revelia das determinações constitucionais.

Foram também debatidos múltiplos reflexos do cenário atual. Em especial, destacou-se que, com a Lei das PPPs, foi alcançado um arranjo extremamente complexo de proteção aos capitais interessados no mercado de concessões nacional, capaz de proporcionar condições e oportunidades sem precedentes para a mercantilização do setor. Destacaram-se também diversas formas como o novo arranjo amplia a influência de agentes privados no desenvolvimento de projetos de infraestrutura, desfavorecendo a coordenação pública do desenvolvimento urbano e efetivamente autorizando um redesenho das fronteiras do Estado.

Em suma, acredita-se que a análise empreendida neste artigo permitiu revelar como o Estado capitalista historicamente lançou e lança mão de dispositivos jurídicos para reduzir os entraves da atuação privada mesmo em setores economicamente insustentáveis, garantindo aos agentes interessados, na exploração de mercados de funções estatais, alta rentabilidade e previsibilidade de fluxos de caixa. Mais especificamente, acredita-se que a análise crítica do histórico regulatório das concessões no Brasil reitera o argumento da não neutralidade do campo jurídico na

conformação das relações de produção capitalistas, destacando seu papel crucial na criação e expansão de mercados estratégicos para a acumulação de capitais privados em detrimento do interesse público.

Brazilian Public-Private Partnerships under critical analysis: A history of concessions

Abstract: This article examines the evolution and historical transformations of legal instruments for outsourcing public works and services known as *concessions*, in Brazil, from the 19th century to the present day. It particularly highlights the conditions historically offered by the State to the capital invested in these contracts, manifested in the extension of guarantees and the reduction of financial risks, which have been constitutive to the Brazilian concessions market. In the contemporary context, the article examines how Brazilian administrative law has been flexed over recent decades to support the development and expansion of this market, in line with global trends accompanying the neoliberalization process. Additionally, the study investigates the operational aspects of current Brazilian concession instruments, observing the increasing trend of their diffusion among the so-called Public-Private Partnerships, and assesses the financial, fiscal, and political impacts of these concessions on infrastructure production and on the provision of public services in the country.

Keywords: State. Neoliberalization. Infrastructure. Public services. Administrative Law.

Referências

AALBERS, Manuel B. Regulated deregulation. In: SPRINGER, Simon; BIRCH, Kean; MACLEAVY, Julie (ed.). *Handbook of Neoliberalism*. London: Routledge, 2016. p. 563-573.

ATHAYDE, Luiz Antônio. Entrevista cedida a Denise Morado Nascimento, Daniel Medeiros de Freitas e Thais Nassif. *Práxis*, [S. l.], 29 mar. 2017. Disponível em: <https://praxis.arq.ufmg.br/downloads-gpus/site-entrevista-Athayde.pdf>. Acesso em: ago. 2024.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*: edição revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

BOGOSSIAN, André Martins. Contratos de concessão e PPP irreequilibráveis: um problema subnotificado antes da pandemia. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). *Transformações do Direito Administrativo*: Direito Público e regulação em tempos de pandemia. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020.

BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. República dos Estados Unidos do Brasil: Assembleia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1937)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. República dos Estados Unidos do Brasil: Assembleia Nacional Constituinte, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1946)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. República dos Estados Unidos do Brasil: Assembleia Nacional Constituinte, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 3 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: maio 2020.

BRASIL. *Decreto nº 101, de 31 de outubro de 1835*. Autorisa o Governo a conceder a uma ou mais Companhias, que fizerem uma estrada de ferro da Capital do Império para as de Minas Geraes, Rio Grande do Sul (...). Rio de Janeiro: Governo do Império do Brasil, 1835. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-101-31-outubro-1835-562803-publicacaooriginal-86906-pl.html>. Acesso em: maio 2021.

BRASIL. *Decreto nº 641, de 26 de junho de 1852*. Autorisa o Governo para conceder a huma ou mais companhias a construção total ou parcial de hum cminho de ferro que, partindo do Municipio da Côrte (...). Rio de Janeiro: Governo do Império do Brasil, 1852. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL641-1852.htm. Acesso em: maio 2021.

BRASIL. *Decreto nº 23.501, de 27 de novembro de 1933*. Declara nula qualquer estipulação de pagamento em ouro, ou em determinada espécie de moeda, ou por qualquer meio tendente a recusar ou restringir (...). República dos Estados Unidos do Brasil: Assembleia Nacional Constituinte, 1933. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23501-27-novembro-1933-500678-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1ª de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. República dos Estados Unidos do Brasil: Assembleia Nacional Constituinte, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: jun. 2022.

BRASIL. Decreto nº 5.977, de 1ª de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 3º, *caput* e §1º, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a aplicação, às Parcerias Público-Privadas (...). *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5977.htm. Acesso em: jul. 2022.

BRASIL. Decreto nº 8.428, de 2 de abril de 2015. Dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8428.htm. Acesso em: jul. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12300-86.htm. Acesso em: jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm. Acesso em: jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm. Acesso em: maio 2021.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de Parceria Público-Privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: maio 2021.

- BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: jul. 2021.
- CADERNOS FGV PROJETOS. *Parcerias Público-Privadas no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, ano 9, n. 23, jan. 2014. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/parcerias_publico_privadas_no_brasil.pdf. Acesso em: ago. 2024.
- CALABI, Andrea. Entrevista. *Cadernos FGV Projetos*, [S. l.], v. 9, n. 23, 2014.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 159-181.
- CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: a manifesto. *International Journal of Constitutional Law*, [S. l.], v. 10, n. 3, p. 603-613, 2012.
- CECHIN, José. *A construção e operação das ferrovias no Brasil do século XIX*. 1978. Dissertação (Mestrado em História) – Faculdade de História, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1978.
- COSTA, André Monteiro. *Análise histórica do saneamento no Brasil*. 1994. Dissertação (Mestrado em Saúde), Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1994.
- DALLARI, Adílson Abreu. Parcerias em transporte público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 357-367.
- DARDOU, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*. São Paulo: Boitempo, [2010] 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, Parceria Público-Privada*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- ENEI, José Virgílio Lopes. Financiamento das Parcerias Público-Privadas: 11.079/2004, experiências e lições nos primeiros dez anos de vigência da Lei nº. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, v. 15, n. 169, p. 42-49, 2016.
- ENGLER, Mario. Lições aprendidas com a linha 4 do metrô de São Paulo. *Cadernos FGV Projetos*, [S. l.], v. 9, n. 23, p. 104, 2014.
- FERREIRA-NETO, Francisco. *150 anos de transportes no Brasil 1822/1972*. Brasília, DF: Ministério dos Transportes, 1974.
- GARSON, Sol. *Regiões metropolitanas: por que não cooperam?* Rio de Janeiro: Letra Capital, 2009.
- GIBSON, Chris; LEGACY, Crystal; ROGERS, Dallas. Deal-making, elite networks and public-private hybridisation: more-than-neoliberal urban governance. *Urban Studies*, [S. l.], v. 60, n. 1, p. 183-199, 2022.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 182-231.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As Parcerias Público-Privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia – em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 368-405.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de rodovias: a experiência brasileira. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 232-253.
- KURY, Felipe. Visão de investimentos financeiros para PPPs no BRASIL. *Cadernos FGV Projetos*, [S. l.], v. 9, n. 23, p. 104, 2014.

- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Parcerias Público-Privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 276-325.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MONTEIRO, José Múcio. Depoimento. *Cadernos FGV Projetos*, [S. l.], v. 9, n. 23, 2014.
- MONTEIRO, Vera. Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil – aspectos fiscais desse novo modelo de contratação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 80-113.
- MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infra-estrutura e a nova lei de parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 114-140.
- NASSIF, Thaís. *Parcerias Público-Privadas: a produção capitalista de infraestruturas urbanas na periferia da metrópole brasileira*. 2023. Tese (Doutorado em Geografia) – Faculdade de Geografia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 56–606.
- PAREDES, Pablo García de. Del estado como empresa: diferencias y contradicciones entre el discurso económico neoliberal y la política del Estado-Nación. *Cátedra: Revista Especializada en Estudios Culturales y Humanísticos*, [S. l.], n. 16, p. 108-125, 2019. Disponível em: <http://200.46.139.234/index.php/catedra/article/view/606>. Acesso em: ago. 2023.
- PAULA, João Antonio de. *Capitalismo no Brasil*. Belo Horizonte: Kottter Editorial, 2021.
- PECK, Jamie; TICKELL, Adam. Neoliberalizing Space. *Antipode*, [S. l.], n. 34, p. 380-404, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/1467-8330.00247>. Acesso em: abr. 2021.
- REDOSCHI, Dagoberto Antonio. Parcerias Público-Privadas: desafios e oportunidades. *Cadernos FGV Projetos*, [S. l.], v. 9, n. 23, p. 104, 2014.
- ROMANO, Rogério Tadeu. A cláusula ouro. *JUS*, [S. l.], 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66321/a-clausula-ouro>. Acesso em: jun. 2022.
- ROMEIRO, Paulo; CANETTIERI, Thiago; FRANZONI, Júlia Ávila. Reestruturação do Estado-Capital para a gestão de PPPs: a criação de empresas de economia mista em Belo Horizonte e São Paulo. In: ROLNIK, Raquel; SANTORO, Paula Freire; ROLNIK, Raquel; SANTORO, Paula Freire; NASCIMENTO, Denise Morado; FREITAS, Daniel Medeiros; RENA, Natacha Silva Araújo; PEQUENO, Luis Renato Bezerra (org.). *Cidade Estado-Capital: reestruturação urbana e resistências em Belo Horizonte, Fortaleza e São Paulo*. São Paulo: FAU-USP, 2018. p. 39-47.
- SANT’ANNA, Lucas Moraes Cassiano. *Aspectos orçamentários das Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Almedina, 2018.
- SILVA, Lourenço Lustosa Froés da. *Iluminação pública no Brasil: aspectos energéticos e Institucionais*. 2006. Dissertação (Mestrado em Engenharia) – Faculdade de Engenharia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.
- SILVA, Mauro Costa da. A telegrafia elétrica no Brasil Império ciência e política na expansão da comunicação. *Revista Brasileira de História da Ciência*, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 49-65, jan./jun. 2011.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 141-158.
- SUNDFELD, Carlos Ari. O direito e as parcerias empresariais e contratuais entre Estado e particulares. *Cadernos FGV Projetos*, [S. l.], v. 9, n. 23, 2014.

TÁCITO, Caio. Reforma do estatuto de concessões de serviços públicos. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Imprensa, 1997. v. 1, p. 16-22.

THAMER, Rogério; LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. Projetos de Parceria Público-Privada: fatores que influenciam o avanço dessas iniciativas. *Revista Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, 2015.

WIGGERS, Celso. *A concessão de serviços de utilidade pública: aspectos especiais o fenômeno no Brasil*. 1978. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1978.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NASSIF, Thaís. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) brasileiras sob análise crítica: uma história de concessões *Revista Brasileira de Direito Urbanístico – RBDU*, Belo Horizonte, ano 10, n. 19, p. 29-59, jul./dez. 2024. DOI: 10.52028/RBDU.v10.i19.ART02.MG.
