

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

NATÁLIA ALVES BARBOSA

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO PODER JUDICIÁRIO: LIMITES,
POSSIBILIDADES E POSSÍVEIS BENEFÍCIOS**

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2016.**

NATÁLIA ALVES BARBOSA

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO PODER JUDICIÁRIO: LIMITES,
POSSIBILIDADES E POSSÍVEIS BENEFÍCIOS**

Trabalho apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo como requisito parcial para a obtenção do título de especialista.

Orientador: Prof. Msc. Fabiano Jantalia

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2016**

NATÁLIA ALVES BARBOSA

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO PODER JUDICIÁRIO: LIMITES,
POSSIBILIDADES E POSSÍVEIS BENEFÍCIOS**

Trabalho apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo como requisito parcial para a obtenção do título de especialista.

Brasília, 31 de agosto de 2016.

Prof. Msc. Fabiano Jantalia
Professor Orientador

*Dedico aos meus pais, Rose e Alves,
às minhas irmãs, Jéssica e Poliana, e
ao meu namorado Diêgo pelo apoio,
paciência e amor dedicados a mim
durante a realização deste trabalho.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me manter perseverante durante toda a minha história acadêmica e por mais essa conquista.

Agradeço ao meu orientador Fabiano Jantalia pela compreensão, dedicação, sugestões e correções durante a elaboração deste trabalho.

Agradeço aos meus pais pelo imenso amor, dedicação, apoio e todo o sacrifício para que eu pudesse ter as melhores oportunidades, às minhas irmãs, fonte inesgotável de bom humor e carinho, e ao meu namorado, companheiro de todas as horas, pelo incentivo, compreensão e amor.

Agradeço também à Amiga Stéffane Atta pela amizade, apoio e incentivo durante todo o curso.

*“Tudo o que a sua mão encontrar para
fazer, faça-o com todo o seu coração.”
Jesus Cristo*

RESUMO

Este trabalho analisa a viabilidade e os benefícios da contratação de Parcerias Público-Privadas pelo Poder Judiciário Brasileiro. Primeiramente o estudo foca na evolução histórica desse instituto, bem como o seu conceito, características e modalidades. Posteriormente, são analisadas as peculiaridades dessa nova modalidade contratual frente aos demais contratos administrativos, como aqueles oriundos da Lei de Licitações e da Lei de Concessões. Logo depois, é feita uma análise da possibilidade de contratação de PPP pelo Poder Judiciário pela conclusão adotada no Conselho Nacional de Justiça após uma Consulta formulada pelo Poder Judiciário do Estado do Maranhão. Também é feita uma descrição das propostas de alteração da Lei nº 11.079, de 2004. Por fim, é demonstrada a viabilidade jurídica e financeira, além dos benefícios da contratação de uma PPP pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Parceria Público-Privada. Poder Judiciário.

ABSTRACT

This paper discusses the feasibility and benefits of contracting Public-Private Partnerships by the Brazilian Judiciary. The study initially focuses on the historical evolution of this type of partnership, its conceptualization, characteristics and categories. It then analyzes the peculiarities of this new type of contract comparing them with other public contracts, mainly those based on Law n. 8.666, of 1993, and Law n. 8.987, of 1995. Subsequently, this paper analyzes the possibility of contracting a Public-Private Partnership based on the understanding of the National Council of Justice after a Consultation by the Judiciary of the State of Maranhão. The paper also outlines the proposed changes to Law n. 11.079, of 2004. Lastly, this paper highlights the legal and financial feasibility, as well as the benefits, of contracting a PPP by the Judiciary.

Keywords: Public Private Partnerships. Judiciary.

LISTA DE ABREVIATURAS

CGP - Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CSJT - Conselho Superior da Justiça do Trabalho

FGP – Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas

MPV – Medida Provisória

PLV – Projeto de Lei de Conversão

PPP – Parceria Público-Privada

SPE – Sociedade de Propósito Específico

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO DIREITO BRASILEIRO	12
1.1 Evolução histórica	12
1.2 Conceito, características e modalidades	20
1.3 Peculiaridades das PPPs em relação à concessão comum e aos contratos da Lei de Licitações	26
1.3.1 Vedações legais	27
1.3.2 Remuneração – a contraprestação da Administração Pública	28
1.3.3 Compartilhamento dos riscos e ganhos econômicos	29
1.3.4 Garantias	31
1.3.5 Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP	35
1.3.6 Sociedade de Propósito Específico – SPE	37
1.3.7 Licitação	39
1.3.8 Órgão gestor das Parcerias Público-Privadas.....	41
2 PPP NO PODER JUDICIÁRIO: A POSIÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	43
2.1 Origem da controvérsia	43
2.2 A instrução do processo, os debates e a decisão do CNJ	44
2.3 Análise crítica da decisão.....	48
3 AS INICIATIVAS DE ALTERAÇÃO DA LEI Nº 11.079, DE 2004	58
3.1 Medida Provisória nº 656, de 2014	58
3.2 Medida Provisória nº 668, de 2015	59
4 VIABILIDADE E BENEFÍCIOS DA CONTRATAÇÃO DE PPP PELO PODER JUDICIÁRIO	63
4.1 A viabilidade jurídica.....	63
4.2 Benefícios vislumbrados no uso de PPP pelo Poder Judiciário.....	66
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	78

INTRODUÇÃO

Foi num contexto de um processo de desestatização, no qual o Estado, burocrático, buscava eficiência administrativa, que surgem os diversos instrumentos de parceria entre a Administração Pública e os agentes privados, a exemplo da concessão de serviços público, do surgimento do terceiro setor e, mais recentemente, em 2004, das parcerias público-privadas, mais conhecidas como PPPs.

O advento da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que trata das PPPs no âmbito da União, teve como objetivo, além de aproveitar a eficiência e flexibilidade da área privada, disciplinar essa nova forma de parceria, de forma a motivar os agentes privados através de regras mais seguras e de melhores atrativos econômicos, inexistentes nas demais parcerias, a exemplo do compartilhamento de riscos e da contraprestação pecuniária por parte da Administração Pública.

Em que pese o referido diploma legal tivesse expressa previsão de aplicação do instrumento das Parcerias Público-Privadas aos “Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, bem como aos “órgãos da Administração Pública”, em 2014 o Conselho Nacional de Justiça respondeu negativamente a uma consulta formulada pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão sobre a possibilidade de utilização de PPP pelo Poder Judiciário.

Posteriormente, em junho do ano de 2015, a Lei nº 11.079, de 2004, foi alterada para constar que as Parcerias Público-Privadas poderiam ser utilizadas apenas pelos órgãos da Administração Pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo.

Nessa esteira, a reflexão acerca da possibilidade de celebração de PPP pelo Poder Judiciário torna-se matéria de importante reflexão, haja vista a possibilidade de uma prestação jurisdicional mais eficiente mediante a contratação de agentes privados que possam construir novas edificações do Poder Judiciário e realizar as atividades-meio concernentes à atividade judiciária.

Para enfrentar a problemática e entender melhor como seria a contratação de uma PPP, embasado na legislação pátria e na doutrina, o capítulo 2 visa a introduzir o contexto histórico em que surgiu o instituto, o seu conceito, características gerais, suas modalidades e peculiaridades em relação à concessão comum e aos contratos da Lei de Licitações.

O capítulo 2, além de expor a posição do Conselho Nacional de Justiça acerca da possibilidade de o Poder Judiciário celebrar Parcerias Público-Privadas, também traz uma análise crítica da referida decisão.

O capítulo 3 trata das propostas de alteração legislativa da Lei nº 11.079, de 2004, especificamente da alteração dada pela Lei nº 13.137, de 19 de junho de 2015, que restringiu a utilização de PPP ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, deixando de lado o Poder Judiciário.

Por fim, no capítulo 4 será abordada a viabilidade jurídica e financeira, diante quadro normativo vigente, bem como os possíveis benefícios que a contratação de uma PPP pelo Poder Judiciário pode trazer para os jurisdicionados e para a própria Administração Pública.

Dessa forma, o que se pretende com este trabalho, sem esgotar o assunto, é demonstrar que a utilização de PPP pelo Poder Judiciário, através das peculiaridades que a Lei lhe atribui, não é tarefa impossível e pode trazer inúmeros benefícios, além da prestação de um serviço mais eficiente.

1 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Evolução histórica

As Parcerias Público-Privadas possuem suas origens no instituto da concessão, as quais experimentaram uma notável aplicação a partir do final do século XIX, quando vigorava o ideal liberal.¹

No Estado Liberal, pregava-se a ideia de Estado mínimo e buscava-se garantir aos particulares a liberdade, direito valorizado de sobremaneira. A liberdade também influenciou a livre iniciativa, garantindo à sociedade a liberdade na exploração da atividade econômica e, conseqüentemente, a valorização do comércio e o estímulo da produção industrial.²

Nessa época, a concessão passou a ser utilizada para a prestação de serviços considerados públicos, “basicamente para suprir a falta de capital do Estado para investir em áreas essenciais, como energia elétrica, transporte e fornecimento de água”.³

A fim de estimular os investimentos privados, o Estado assegurava alguns incentivos, como isenções fiscais e o pagamento de juros sobre os capitais aplicados. Todavia, os referidos incentivos não se mostraram suficientes para garantir o sucesso das concessões e o resultado foi o endividamento público e a falência do modelo adotado, juntamente com o próprio Estado Liberal, que se revelou incapaz de atender às novas demandas da sociedade.⁴

Os princípios do liberalismo, voltados para a proteção da liberdade, ao mesmo tempo que oportunizaram o desenvolvimento, mostraram-se insuficientes para atender as demandas da população e afastar a profunda desigualdade que criaram, na medida em que as grandes empresas tinham se transformado em verdadeiros monopólios, extinguindo aquelas de pequeno porte, dando origem à

1 ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Forum, 2005. p. 159.

2 PORTO, Ederson Garin. **Estudo sobre parcerias público-privadas**. Organizado por José Augusto Dias de Castro e Luciano Benetti Timm. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 70.

3 FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 455.

4 Ibid., p. 456.

classe do proletariado, que vivia explorada, em condições de miséria, doença e ignorância.⁵

A profunda recessão econômica sobrevinda no início do século XX e a eclosão da Segunda Guerra Mundial precipitaram a consolidação de um novo modelo econômico assumido pelo Estado, o Estado Social, chamado também de Estado do Bem-Estar (*Welfare State*).⁶

No Estado Social, o Estado passou a ter a atribuição de buscar a igualdade e para tanto deveria intervir diretamente na sociedade e na economia⁷, a fim de prover às camadas populacionais carentes os bens e serviços cujo acesso elas haviam sido excluídas pela “seleção natural” promovida pelo livre mercado do sistema anterior⁸.

A fim de garantir o bem comum, o Estado Social passou a desempenhar o papel de empresário, de investidor e de prestador de serviços públicos⁹, passando a atuar em todos os setores da sociedade, com uma ação interventiva que colocou em risco a própria liberdade individual, afetou o princípio da atribuição de Poderes e conduziu à ineficiência na prestação dos serviços públicos¹⁰.

No Brasil, outra consequência desse agigantamento estatal consistiu no declínio das concessões, que passaram a ser outorgadas a sociedades de economia mista e empresas estatais¹¹, as quais não possuíam um modelo de gestão de serviços públicos adequado, mas deficitário, sendo raras as vezes em que as receitas por elas obtidas eram suficientes para assegurar a devida prestação dos serviços, resultando no imenso endividamento público.¹²

Enquanto isso, o setor privado estava acumulando uma capacidade ociosa no campo industrial e tinha plenas possibilidades de responder ao crescimento da

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 8.

⁶ OLIVEIRA, FERNÃO JUSTEN DE. **Parceria Público-Privada: aspectos do Direito Público Econômico (Lei nº 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 45.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. op. cit., p. 9.

⁸ OLIVEIRA, FERNÃO JUSTEN DE. op. cit., p. 45.

⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 456.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. op. cit., p. 11.

¹¹ WALD, Arnaldo. **O direito de parceria e a nova Lei de concessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 43.

¹² FURTADO, Lucas Rocha. op. cit., p. 456.

demanda e da tomada das obras, ensejando, inclusive, a atração de capital estrangeiro para o país.¹³

O fato é que esse crescimento desmensurado do Estado, intervencionista, burocrático e ineficiente, não conseguiu alcançar o objetivo inerente ao Estado Social, de assegurar o bem comum, razão pela qual clamava-se por transformações, as quais foram introduzidas com a ideia de Estado Democrático.¹⁴

O Estado Democrático, recorrente às concepções ideológicas de ambos os modelos anteriormente vigentes, não deixou de se preocupar com as liberdades individuais, nem como os direitos sociais, mas buscou inserir a participação do cidadão no processo político, nas decisões do Governo e no controle da Administração Pública, e buscou também a justiça material, já que no Estado Social a lei era vista em uma concepção extremamente formalista.¹⁵

À medida que o Estado foi assumindo outros encargos no campo social e econômico, viu-se a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração, que, para buscar melhores resultados, precisava se especializar. Para tanto, passou a utilizar o método de gestão privada, mais flexível e mais adaptável ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado.¹⁶ Surge então a ideia de Estado subsidiário, que não é um novo modelo de Estado, mas uma característica a mais, concernente à aplicação do princípio da subsidiariedade, que assumiu importância fundamental no papel do Estado.¹⁷

Toda essa experiência histórica permitiu que se vislumbrasse um novo papel no processo de intervenção estatal na prestação dos serviços públicos e na exploração da atividade econômica, onde o Estado passou a ter como função principal o controle, o incentivo, a coordenação e o fomento da iniciativa privada, ou

¹³ WALD, Arnaldo. **O direito de parceria e a nova Lei de concessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 42.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13-14.

¹⁵ Ibid., p. 14.

¹⁶ Ibid., p. 52.

¹⁷ Ibid., p. 15.

seja, assumiu o papel subsidiário na prestação de serviços públicos¹⁸. Maria Sylvia Zanella Di Pietro elucida quais seriam as ideias inerentes ao princípio da subsidiariedade:

de um lado, a de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa ideia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível o sucesso na condução de seus empreendimentos. E uma terceira ideia ligada ao princípio da subsidiariedade seria a de parceria entre público e privado, também dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja deficiente.¹⁹

Ainda, de acordo com a autora, o princípio da subsidiariedade está ligado à própria concepção do Estado de Direito Social e Democrático, onde os direitos fundamentais do cidadão não constituem mais uma barreira à atuação estatal, como ocorria no liberalismo, mas a própria razão de ser do Estado, a quem cabe a atribuição de promover, estimular e criar condições para que o indivíduo se desenvolva livremente e igualmente dentro da sociedade. Para tanto, é preciso que o cidadão seja incluído no processo político e no controle das atividades governamentais.²⁰

Da aplicação do princípio da subsidiariedade tem-se a ideia (i) de diminuir o tamanho do Estado, pelo instrumento fundamental da privatização, (ii) de entregar ao setor privado as atividades do serviço público antes assumidas pelo Estado em caráter de exclusividade, (iii) da multiplicidade de interesses a serem protegidos, (iv) do crescimento do fomento e das parcerias do setor público com o privado, (v) da desregulamentação consistente na diminuição das restrições da atuação do cidadão e (vi) da mudança da noção de interesse público, que não mais reflete os interesses

¹⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 457-458.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 15-16.

²⁰ *Ibid.*, p. 16-17.

da Administração Pública (interesse secundário), mas dos cidadãos (interesse público primário).²¹

No mesmo sentido, Lucas Furtado destaca a importância das parcerias entre agentes públicos e agentes privados para a consolidação do Estado subsidiário:

A noção de subsidiariedade não gera um modelo de Estado fraco ou incapaz de intervir na sociedade. Ao contrário, o princípio da subsidiariedade importa em concentrar os esforços do Estado na coordenação das atividades privadas, sendo a intervenção direta na sociedade justificada apenas em situações excepcionais, quando os agentes privados não forem capazes de atender às demandas sociais.

A subsidiariedade da atuação do Estado, e a consequente flexibilização dos mecanismos de intervenção, torna-se possível mediante a utilização de instrumentos de parceria entre os agentes públicos e os agentes privados.²²

Nesse contexto, diante da necessidade de delegar-se a execução de serviços públicos a empresas particulares, o instituto da concessão, precursor das parcerias público-privadas, ganha extrema importância.

De acordo com Arnoldo Wald, é imprescindível que a Administração descentralize e delegue as atividades que possam ser executadas por particulares, passando o sistema de prestação de serviços públicos por meio de concessões a empresas privadas a ter uma importância crescente, que exige do legislador um posicionamento construtivo e sistemático.²³

A concessão se insere na política de privatização, ensejando uma simbiose entre os interesses públicos e privados, com o objetivo de evitar a ruína da infraestrutura, renovando-a para garantir a prestação adequada dos serviços públicos, sem onerar os cofres do Estado, além de viabilizar a parceria entre a

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 17-23.

²² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 458.

²³ WALD, Arnoldo. **O direito de parceria e a nova Lei de concessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 45.

Administração Pública e os agentes privados para utilizar recursos e fórmulas de gestão privados em obras de interesse da sociedade.²⁴

A partir da década de 1980, especialmente a década de 1990, o Brasil se deparava com a seguinte realidade: uma situação de crise, especialmente crise financeira, pois a Constituição de 1988 atribuiu competências ao poder público que ele não tinha condições de cumprir, faltavam verbas nas áreas essenciais, como saúde e educação; e uma busca desesperada por soluções que permitissem ao Estado obter maior eficiência na prestação dos serviços públicos.²⁵

Nessa época, influenciado pela experiência de um forte processo de privatização ocorrido na Grã-Bretanha²⁶, o Brasil buscava uma reforma administrativa, cujos objetivos ficaram expressos no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, e novos mecanismos de intervenção estatal tiveram de ser desenvolvidos. Daí o crescimento da privatização, considerada em seu sentido amplo, para “designar todos os instrumentos de que o Estado se serve para reduzir o tamanho de seu aparelhamento administrativo”. Entre os exemplos desses novos mecanismos está o contrato de gestão, as agências reguladoras e a gestão do patrimônio público e de determinados serviços públicos por entidades privadas ou paraestatais²⁷.

O objetivo era a substituição do modelo burocrático pelo modelo gerencial de administração, tendo o processo de desestatização e a instituição do novo modelo de concessão de serviço público feito parte desse amplo processo de tentativa de reforma do Estado²⁸.

Num primeiro momento, o Brasil adotou a forma de concessão de serviços públicos à iniciativa privada, modalidade regulada pela Lei de Concessões – Lei nº

²⁴ WALD, Arnaldo. **O direito de parceria e a nova Lei de concessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 47.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 30-31.

²⁶ PORTO, Ederson Garin. **Estudo sobre parcerias público-privadas**. Organizado por José Augusto Dias de Castro e Luciano Benetti Timm. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 71.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 31.

²⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 457.

8.987, de 1995 – utilizando-se da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para a contratação dessas concessões.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Poder Público a prestação dos serviços públicos, que pode fazê-lo diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão (artigo 175). O regime de concessão de serviço público restou definido pela Lei nº 8.987, de 1995.

O processo de reforma e desenvolvimento de novos instrumentos de atuação estatal não se esgotou. Em dezembro de 2004, foi editada a Lei nº 11.079, introduzindo, no Direito brasileiro, a figura das “parcerias público-privadas”, que tinha por objetivo primordial instituir uma nova opção para o Estado incentivar a realização de investimentos na área de infraestrutura.²⁹

Como leciona Fernão Justen de Oliveira, a parceria público-privada, em sentido estrito³⁰, que é o objeto do presente trabalho, é, na verdade, uma derivação da concessão de serviços públicos que, ao longo do tempo, foi assumindo pouco a pouco contornos cada vez mais complexos, à medida que mais complexo tornava-se o envolvimento entre o público e privado e os negócios dele emergentes.³¹

Segundo Graciema Galvão, a Lei da PPP foi aprovada num contexto de privatização, que teve sua maior expressão na década de 1990, quando houve a redução da participação do Estado na economia e o governo brasileiro buscava alternativas para o financiamento e a gestão de obras públicas.³² De acordo com a referida autora, a celeridade na tramitação do Projeto de Lei sobre PPPs pode ser explicada pela ampla escassez de recursos governamentais para a realização de obras e a prestação de serviços públicos que suprissem o histórico déficit nacional quanto a infraestrutura e que atendessem o crescimento econômico do país, somada

²⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 457.

³⁰ O debate sobre os sentidos da expressão PPP serão abordados no capítulo 2.

³¹ OLIVEIRA, FERNÃO JUSTEN DE. **Parceria Público-Privada: aspectos do Direito Público Econômico (Lei nº 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 90.

³² GALVÃO, Graciema A. A. Aspectos históricos e introdutórios. **Conexão Migalhas: PPS-Parcerias Público-Privadas**, São Paulo: Migalhas, ano 1, n. 1, p. 9-10.

ao desinteresse da iniciativa privada em assumir tais obras e serviços públicos sob o tradicional regime de concessões.³³

Diógenes Gasparini ressalta que a intenção da instituição das parcerias público-privadas é motivar a iniciativa privada e o aporte de recursos financeiros e tecnológicos na consecução do interesse público de modo eficiente com regras mais seguras e melhores atrativos econômicos. De acordo com o autor, a contratação de PPP pela Administração Pública tem por fim aproveitar a agilidade da atuação privada na execução do objeto da parceria, pois livre de certas travas burocráticas.³⁴

Fernão Justen de Oliveira afirma que “há duas espécies de objetivos classificáveis de acordo com o âmbito jurídico e a esfera econômica”. Pela vertente jurídica, a PPP “visa primordialmente a conferir estabilidade em relação ao modo e ao tempo de execução de um contrato em que a Administração for parte”, na medida em que esse contrato estabelece divisão de riscos, o qual tem como premissa que o parceiro privado promova o investimento antecipadamente ao recebimento da remuneração e, para tanto, há o estabelecimento de garantias especiais ao parceiro privado, assim como em contrapartida estipulam-se regras para impedir o comprometimento desproporcional dos recursos públicos.³⁵

No aspecto econômico, a Administração pretende incrementar a eficiência da própria máquina estatal e do serviço público prestado mediante o desafogo orçamentário.³⁶

Lucas Rocha Furtado afirma que a criação do modelo de PPP no Brasil foi a resposta encontrada pelo Estado para suprir as limitações dos outros regimes ou modelos vigentes³⁷, admitindo a contratação de PPP para projetos não autossustentáveis e para os quais não haja disponibilidade financeira imediata. De acordo com o autor, “o modelo objetiva tornar atrativa a participação de empresas no

³³ GALVÃO, Graciema A. A. Aspectos históricos e introdutórios. **Conexão Migalhas: PPPS-Parcerias Público-Privadas**, São Paulo: Migalhas, ano 1, n. 1, p. 9-10.

³⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 468.

³⁵ OLIVEIRA, FERNÃO JUSTEN DE. **Parceria Público-Privada: aspectos do Direito Público Econômico (Lei nº 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 97.

³⁶ *Ibid.*, p. 98.

³⁷ Contratação comum nos termos da Lei nº 8.666, de 1993; contrato de concessão da Lei nº 8.987, de 1995; OS pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998; e OSCIP pela Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999

desenvolvimento de projetos por meio do aprimoramento de mecanismos jurídicos que assegurem ao parceiro privado a segurança de que os investimentos por ele realizados terão retorno”.³⁸

Afinal, não obstante os interesses do particular e do Estado sejam distintos, este busca o bem-estar da população enquanto aquele o lucro, não são inconciliáveis, havendo situações em que ambos os interesses podem convergir. A PPP busca exatamente identificar esses pontos de interesse e harmonizá-los de modo a que os investimentos, os riscos e as responsabilidades dos empreendimentos possam ser distribuídos e, assim, satisfazer os dois lados.³⁹

1.2 Conceito, características e modalidades

O termo parceria público-privada, em sentido amplo, consiste em qualquer associação entre o agente privado e o Estado para a consecução do interesse público. Em sentido estrito, se refere ao instituto criado pela Lei nº 11.079, de 2004, a qual instituiu duas modalidades de parceria: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

Carlos Ari Sundfeld explica:

Em sentido amplo, “PPPs” são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral (concessões comuns, patrocinadas ou administrativas; concessões e ajustes setoriais; contratos de gestão com OSs; termos de parcerias com OSCIPs; etc.). Seu regime jurídico está disciplinado nas várias leis específicas.

Em sentido estrito, “PPPs” são os vínculos negociais que adotem a forma de concessão patrocinada e de concessão administrativa, tal qual definidas na Lei federal 11.079/2004. Apenas esses contratos sujeitam-se ao regime criado por essa lei.⁴⁰

No mesmo sentido Fernão Justen de Oliveira:

³⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 496.

³⁹ *Ibid.*, p. 497.

⁴⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas: Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 22.

Um amplo universo de modalidades de interação entre o Estado e o setor produtivo privado tem sido denominado, indistintamente, de parceria público-privada. No entanto, apenas uma parcela dessas iniciativas conjugadas pode ser identificada, restritivamente, como contratos de parceria público-privada.⁴¹

E Diogenes Gasparini:

Num sentido amplo, parceria público-privada é todo ajuste que a Administração Pública de qualquer nível celebra com um particular para viabilizar programas voltados ao desenvolvimento socioeconômico do país ao bem-estar da sociedade, como são as concessões de serviços, as concessões precedidas de obras públicas, os convênios e os consórcios públicos. Em sentido estrito, ou seja, com base na Lei Federal das PPPs, pode-se afirmar que é um contrato administrativo de concessão por prazo certo e compatível com o retorno do investimento privado, celebrado pela Administração Pública com certa entidade particular, remunerando-se o parceiro privado conforme a modalidade de parceria adotada, destinado a regular a prestação de serviços públicos ou, ainda, a prestação de serviços em que a Administração Pública é sua usuária direta ou indireta, respeitando o risco assumido.⁴²

Nos termos do art. 2º da Lei nº 11.079, de 2004: “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”. Pelo §1º concessão patrocinada “é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”. Já pelo §2º, concessão administrativa “é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro sintetiza o conceito de PPP da seguinte forma:

Para englobar as duas modalidades em um conceito único, pode-se dizer que a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e

⁴¹ OLIVEIRA, FERNÃO JUSTEN DE. **Parceria Público-Privada: aspectos do Direito Público Econômico (Lei nº 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 90.

⁴² GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 470.

instalação de bens, mediante a contraprestação do parceiro público.⁴³

A concessão patrocinada, como já definiu o dispositivo da lei de PPP, é o contrato administrativo pelo qual o parceiro público delega ao parceiro privado a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.⁴⁴

O particular, que fará a prestação do serviço público, assumirá o seu desempenho de acordo com a disciplina da Lei de PPP, aplicando-lhe subsidiariamente a Lei de Concessões e Permissões (Lei nº 8.987, de 1995).⁴⁵

De acordo com Fernão Justen de Oliveira, “essa espécie de PPP compartilha idênticas características da concessão comum, a não ser pelo modo de remuneração do parceiro privado”.⁴⁶

A distinção mais evidente entre a concessão comum e a concessão patrocinada consiste na remuneração do parceiro privado que, nesta última modalidade, é parcialmente arcada pelo poder público.⁴⁷

Segundo Benjamin Zymler, “dito de outra forma, essa modalidade de concessão é utilizada para permitir a prestação de serviços públicos que não sejam autossustentáveis, cuja receita oriunda do recebimento de tarifas seja insuficiente”.⁴⁸

É indispensável, sob pena de descaracterizar a concessão patrocinada, que efetivamente seja cobrada a tarifa do usuário e que a remuneração prestada pela Administração Pública seja complementar àquela vertida pelo usuário.⁴⁹

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 148.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 149.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 827-828.

⁴⁶ OLIVEIRA, FERNÃO JUSTEN DE. **Parceria Público-Privada: aspectos do Direito Público Econômico (Lei nº 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 130.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 828.

⁴⁸ ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Forum, 2005. p. 162.

⁴⁹ OLIVEIRA, FERNÃO JUSTEN DE. *op. cit.*, p. 131.

A contraprestação da Administração Pública configura providência destinada a proporcionar uma tarifa módica ao mesmo tempo que mantém a atratividade da exploração da concessão para o parceiro privado.⁵⁰

Consiste exemplo de concessão patrocinada a concessão de serviços de transporte coletivo de passageiros por meio de ônibus com a obrigação de executar, implantar e explorar certa estação rodoviária, em que o parceiro privado cobraria uma tarifa do usuário e receberia do parceiro público uma contraprestação para manter o equilíbrio da equação financeira contratual.⁵¹

Conforme disposição do §2º do art. 2º da Lei de PPP, a concessão administrativa é “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

Da definição legal, pode-se extrair que existem dois tipos de concessão administrativa: a de serviços públicos e a de serviços ao Estado.

A concessão administrativa de serviços públicos é aquela que tem por objeto os serviços públicos a que se refere o art. 175 da Constituição Federal, os quais são prestados diretamente aos administrados sem a cobrança de tarifa, o que a diferencia da concessão patrocinada, remunerando-se o parceiro privado unicamente da contraprestação do parceiro público. Nessa espécie, embora os administrados sejam os usuários imediatos das prestações, a Administração Pública será a usuária indireta, cabendo a ela os direitos e responsabilidades econômicas que, de outro modo, recairiam sobre eles.⁵²

Será usuária indireta, por exemplo, quando a contratação envolver a edificação de um hospital e também a prestação de serviços de manutenção, vigilância e fornecimento de refeições aos pacientes e outras atividades não relacionadas diretamente com os serviços médicos propriamente ditos. Importante ressaltar que a hipótese não configura delegação de serviço público, pois, ao

⁵⁰ OLIVEIRA, FERNÃO JUSTEN DE. **Parceria Público-Privada: aspectos do Direito Público Econômico (Lei nº 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 131.

⁵¹ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 473-474.

⁵² SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas: Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29.

contrário do que ocorre na concessão comum e na concessão patrocinada, o particular não assumirá o papel de desempenhar as atividades em nome próprio perante os usuários, mas atuará sempre em favor da Administração pública, ou seja, seus atos serão sempre atribuídos a ela.⁵³

Já a concessão administrativa de serviços ao Estado tem por objeto os mesmos serviços a que se refere o art. 6º da Lei 8.666, de 1993, isto é, o oferecimento de utilidades à própria Administração, que será a usuária direta dos serviços e pagará a remuneração correspondente.⁵⁴

Marçal Justen Filho conceitua a concessão administrativa como sendo um contrato administrativo de objeto complexo e duração continuada, que impõe ao parceiro privado obrigações de dar e fazer direta ou indiretamente em favor do poder público, mediante remuneração total ou parcialmente proveniente dos cofres públicos.⁵⁵

Carlos Ari Sundfeld observa que a Lei nº 11.079, de 2004, para evitar que a concessão administrativa se confundisse com quaisquer dos contratos regidos pela Lei de Licitações, impôs a complexidade como característica indispensável do objeto desse novo contrato.⁵⁶

Segundo o autor, a concessão administrativa não é um simples contrato de prestação de serviços, como faz parecer a leitura isolada do art. 2º, §2º, pois sempre abarcará a realização de investimentos do parceiro privado para a criação, ampliação ou recuperação de infraestrutura, a serem amortizados no prazo do contrato, em montante mínimo de R\$20 milhões.⁵⁷

Sundfeld ressalta, ainda, que a concessão administrativa não poderá restringir-se à execução de obra pública, que é característica do contrato de obras da Lei de Licitações, pois dois outros requisitos devem estar presentes: o parceiro privado deverá fazer investimento de ao menos R\$20 milhões e, pronta a

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 830-831.

⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas: Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 30-31.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p. 829.

⁵⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. op. cit., p. 31.

⁵⁷ Ibid., p. 31.

infraestrutura, ela deverá ser usada para a prestação de serviços por período mínimo de cinco anos.⁵⁸

Sob o mesmo entendimento, Marçal Justen Filho ensina que as obrigações de fazer e dar são assumidas conjuntamente, o que impossibilita a qualificação de concessão administrativa um contrato que tenha como objeto simplesmente a execução de obra pública, ou o fornecimento de bens ou a prestação de serviços. A concessão administrativa envolve, usualmente, a prestação de serviços e o fornecimento de bens precedido de obra pública.⁵⁹

O autor destaca que a definição legal da referida modalidade de parceria público-privada desperta dúvidas na doutrina sobre a sua configuração como uma simples concessão, mas também afirma que a diferença reside em que a concessão administrativa somente se aperfeiçoa quando existir obrigação de o particular prestar serviços. Ou seja, a edificação de uma obra não pode constitui o único objeto de uma concessão administrativa, sendo necessária a prestação de um serviço.⁶⁰

No mesmo sentido, Di Pietro ressalta que o objeto principal do contrato firmado na modalidade de concessão administrativa é a prestação do serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta.⁶¹

Carlos Ari Sundfeld explica porque a mera execução de obra pública não pode ser objeto de PPP:

Ao impedir que, nos contratos de PPP, a prestação se limitasse à execução de obras ou fornecimento de equipamentos (art. 2º, §4º, III), a Lei das PPPs fez com que a remuneração dos parceiros privado ficasse diretamente vinculada à fruição dos serviços pela Administração ou pelos administrados (art. 7º) e viabilizou sua variação de acordo com o desempenho do parceiro privado, conforme metas de qualidade e disponibilidade fixadas (art. 6º, parágrafo único). Portanto, a boa ou má qualidade das obras ou bens utilizados na infra-estrutura repercutirá diretamente na determinação do valor a ser recebido pelo parceiro privado. Isso deve gerar, para ele, um interesse próprio em bem executar a parte

⁵⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas: Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 31.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 830.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 830.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 153.

relativa à infra-estrutura, pois os serviços devem se estender por ao menos cinco anos e a infra-estrutura deve ser capaz de resistir bem durante todo esse período.⁶²

Lucas Furtado, acerca de ambas as modalidades de PPP, esclarece que “a utilização de PPP não pode objetivar tão somente o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e a instalação de equipamentos ou a execução de obra pública”, devendo haver a prestação de serviços públicos, seja na modalidade administrativa, seja na modalidade patrocinada.⁶³

1.3 Peculiaridades das PPPs em relação à concessão comum e aos contratos da Lei de Licitações

Conforme observa Fernão Justen de Oliveira, e já explanado anteriormente, após uma década desde as privatizações brasileiras em larga escala e a consequente disseminação das concessões de serviços públicos aos agentes privados, a economia detectou a insuficiência dos mecanismos tradicionais (conjugação da Lei de Licitações com a Lei de Concessões) para atrair investimentos da iniciativa privada para a área de serviços públicos e infraestrutura em volume, em velocidade e em locais necessários à Administração Pública.⁶⁴

Nesse contexto, são inseridas as parcerias público-privadas pela Lei nº 11.079, de 2004, como um mecanismo capaz de atrair investimentos privados, gerando diversos benefícios para a Administração Pública e para a própria sociedade. Para tanto, a lei trouxe uma série de peculiaridades a essa nova modalidade de parceria entre o agente público e o agente privado, que as diferencia da concessão comum regulada pela Lei 8.987, de 1995, as quais serão descritas a seguir.

⁶² SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas: Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 34-35.

⁶³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 501.

⁶⁴ OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria Público-Privada: aspectos do Direito Público Econômico (Lei nº 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 128.

1.3.1 Vedações legais

Inicialmente, conforme determinação do art. 2º, §4º, da Lei nº 11.079, de 2004, os contratos de parcerias público-privadas, seja na modalidade de concessão patrocinada ou administrativa, não podem ser celebrados quando o valor for inferior a vinte milhões de reais, cujo período de prestação de serviço seja inferior a cinco anos ou que tenham como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Segundo Marçal Justen Filho, as referidas regras destinam-se a impedir a banalização da utilização das PPP ou a utilização do regime jurídico para contratos destinados a serem regidos pela Lei nº 8.666, de 1993.⁶⁵

Quanto à exigência do valor mínimo de vinte milhões de reais para a celebração de PPP, a doutrina afirma que a regra é merecedora de crítica. Isso porque do ponto de vista da Administração Pública federal, a fixação do referido limite pode ser considerada razoável, mas em relação a alguns Estados e Municípios, que realizam apenas pequenas obras de infraestrutura, a imposição do limite importa em inviabilizar a utilização da PPP⁶⁶.

Como bem observa Lucas Furtado, a fixação do limite de vinte milhões de reais desconsidera a diversidade econômica brasileira e restringe a celebração de PPP à União e a pequeno número de Estados e Municípios, além de contribuir para o aumento da dependência desses últimos em relação ao Governo Federal, haja vista que somente com a participação da União poderá se desenvolver os projetos de PPP nesses locais.⁶⁷

Marçal Justen Filho afirma que “a eficácia desses dispositivos em face dos Estados e Municípios é duvidosa, existindo argumentação no sentido da sua configuração como norma geral sobre contratação pública”.⁶⁸ Ou seja, caberia aos Estados e Municípios, quando da elaboração da lei local sobre PPP, redigir norma

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 832.

⁶⁶ FURTADO, Lucas. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 508.

⁶⁷ Ibid., p. 508-509.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p. 833.

específica sobre a questão estabelecendo o valor que for condizente com suas respectivas realidades.

Também não é permitida a celebração de PPP quando o objeto envolver a delegação das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado. É o que dispõe o art. 4º da Lei nº 11.079, de 2004.

1.3.2 Remuneração – a contraprestação da Administração Pública

Em ambas as modalidades de parcerias público-privada existe a contraprestação do parceiro público ao parceiro privado, sob pena de se configurar a concessão comum, regida pela Lei nº 8.987, de 1995. Tal contraprestação poderá ser total ou parcial. Segundo Marçal Justen Filho, a solução encontrada “permite a redução dos custos do particular e se traduz em benefícios para a própria Administração”.⁶⁹

A contraprestação parcial terá um caráter complementar, pois seu valor será acrescido ao montante arrecadado por meio da tarifa cobrada do usuário utilizador do serviço prestado.⁷⁰

A Lei de PPP prevê, ainda, que a remuneração do parceiro privado poderá ser variável e vinculada ao seu desempenho na execução do contrato, sendo que a avaliação de tal desempenho será realizada por meio de metas e padrões de qualidade e de disponibilidade definidos no contrato.⁷¹

O pagamento feito pela Administração Pública poderá ser realizado por todas as modalidades previstas no art. 6º da lei, quais sejam, ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública,

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 833.

⁷⁰ ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Forum, 2005. p. 166.

⁷¹ *Ibid.*, p. 166.

outorga de direitos sobre bens públicos dominicais, além de outros meios admitidos em lei.⁷²

O pagamento da contraprestação do parceiro público ocorrerá, em regra, a partir da disponibilização ou o recebimento do objeto do contrato e, excepcionalmente, parte desse valor poderá ser entregue ao parceiro privado quando da disponibilização ou da entrega parcial do objeto do contrato, desde que essa parcela seja útil ao usuário do serviço ou à Administração Pública.⁷³

Essa característica da PPP permite que o Estado promova a execução de obras e o fornecimento de serviços públicos ainda que não possua recursos financeiros e operacionais suficientes para tanto, tornando a contratação de PPP um instrumento adequado para momentos de contingenciamento orçamentário.⁷⁴

Benjamin Zymler destaca que as parcerias público-privadas não constituem uma forma de privatização, pois os bens construídos ou produzidos pelos parceiros privados serão, após o término do contrato, revertidos ao Estado, bem como porque embora se transfira para o domínio privado a prestação de um serviço público, não haverá repasse da competência atribuída ao Poder Público.⁷⁵

1.3.3 Compartilhamento dos riscos e ganhos econômicos

Outra importante característica da PPP diz respeito à distribuição de riscos, dos encargos e das responsabilidades entre o parceiro público e o parceiro privado.⁷⁶ A Lei nº 11.079, de 2004, em seu art. 5º, III, determina expressamente que os contrato de PPP deverão prever “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 157.

⁷³ ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Forum, 2005. p. 166.

⁷⁴ Ibid., p. 169.

⁷⁵ Ibid., p. 166.

⁷⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 506.

Como aponto Di Pietro, em sentido contrário ao que ocorre nos contratos administrativos em geral, nos contratos de PPP cada parceiro deverá assumir uma parte do prejuízo, devendo esse compartilhamento de riscos estar previsto no contrato.⁷⁷

E por determinação do art. 4º, VI, essa repartição de riscos entre as partes deverá ser objetiva. É dizer: o contrato deve estabelecer claramente a distribuição dos riscos entre os parceiros, “cuja decisão sobre assumir determinados riscos deve ser demonstrada por apuração de dados concretos”. Esse compartilhamento de riscos deve depender da habilidade de cada parceiro a atenuar cada risco com eficiência. “É preciso fornecer uma vantagem em nível ótimo aos usuários, ao mesmo tempo em que os riscos e as recompensas são imputadas apropriadamente ao parceiro mais apto a absorver e a atenuar os custos a eles inerentes”.⁷⁸

A determinação do art. 5º, III, prevê o compartilhamento de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Ao contrário do que ocorre na concessão comum, em que o risco assumido pelo concessionário é apenas o ordinário, ou seja, apenas aquele inerente ao próprio negócio, que depende da cobrança de tarifas em volume suficiente para prestar o serviço, amortizar o investimento, produzir lucro e remunerar os investidores, sendo o risco extraordinário assumido pela Administração, no contrato de PPP o risco extraordinário não será mais suportado apenas por esta, mas compartilhado com o parceiro privado.⁷⁹

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, somente é aceitável o compartilhamento de riscos na hipótese de força maior e no caso de teoria da imprevisão, em que o desequilíbrio é causado por álea econômica alheia à vontade de ambas as partes.⁸⁰

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 158.

⁷⁸ OLIVEIRA, Fernão Justen de., **Parceria Público-Privada: aspectos do Direito Público Econômico (Lei nº 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 168.

⁷⁹ Ibid., p. 170.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 158

Segundo a autora, nos casos de fato do príncipe e fato da Administração, em que o desequilíbrio é causado por ato ou fato do Poder Público, seja por ato geral não relacionado diretamente com o contrato (fato do príncipe), seja ele causado por ato praticado pela Administração como parte no contrato (fato da administração), é inaceitável a repartição dos riscos, pois não se pode imputar ao contratado os prejuízos causados pelo contratante.⁸¹

Nas duas hipóteses é inaceitável a repartição dos prejuízos, porque não se pode imputar ao contratado o ônus de arcar com os prejuízos provocados pelo contratante. No caso de fato do príncipe, a responsabilidade do Estado encontra fundamento na regra contida no artigo 37, §6º, da Constituição, que não pode ser afastada por lei ordinária. No caso de fato da Administração, trata-se de responsabilidade contratual por inadimplemento, não podendo o parceiro privado arcar com os prejuízos, nem mesmo para dividi-los com o parceiro público. Trata-se de mera aplicação do princípio geral do direito, consagrado no art. 186 do Código Civil, segundo o qual aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo.⁸²

Mas não só os ricos serão compartilhados, os ganhos econômicos também. O inciso IX do art. 5º prevê também o “compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado”.

De acordo com Di Pietro, a regra se justifica pelo fato do poder público poder oferecer garantias ao financiador do projeto (art. 5º, §2º), reduzindo os riscos do empreendimento e possibilitando maiores ganhos econômicos pelo parceiro privado, os quais deverão ser compartilhados com o parceiro público.⁸³

1.3.4 Garantias

Como bem afirma Marçal Justen Filho, “talvez a característica mais marcante das PPP seja o regime de garantias prestadas pelo Estado”.⁸⁴

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 158

⁸² *Ibid.*, p. 158.

⁸³ *Ibid.*, p. 159.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 834.

Sobre o tema, Carlos Ari Sundfeld afirma que a Lei das PPPs superou uma insuficiência da legislação anterior:

a falta de um sistema bem-organizado de garantia dos compromissos financeiros de longo prazo do Estado com o contratado. A Lei das PPPs não só afirmou a licitude dessas garantias (art. 8º), como concebeu uma entidade jurídica nova para esse fim: o Fundo Garantidos de Parcerias Público-Privadas (FGP) (art. 16).⁸⁵

Fernão Justen de Oliveira também destaca o marco da Lei de PPPs no que se refere às garantias:

A especialidade desse sistema de garantias em relação ao praticado na concessão comum peculiariza o regime de parceria público-privada instituída no Brasil. Não apenas incrementa o rol de salvaguardas aproveitáveis pelo parceiro-privado, que é o efeito prático pretendido pelo legislador, como também estabelece um marco distintivo do contrato de PPP.⁸⁶

As garantias previstas na Lei nº 11.079, de 2004, visam mitigar os riscos do parceiro privado no que concerne às obrigações assumidas pelo parceiro público em contrato de PPP.⁸⁷

Isso porque a sistemática brasileira revele um aspecto de fragilidade no que concerne à cobrança de dívidas da Fazenda Pública.⁸⁸ A uma, porque os processos em que a Fazenda Pública é ré são extremamente morosos, demorando anos para que a sentença condenatória transite em julgado. A duas, pois o art. 100 da Constituição Federal determina que as dívidas da Fazenda serão liquidadas mediante o regime de precatórios, em que o montante dos créditos do particular será incluído na lei orçamentária do exercício financeiro posterior.⁸⁹

O resultado prático desse sistema de precatórios gera a ausência de certeza quanto à efetiva satisfação das dívidas da Fazenda Pública. Afinal, como é sabido, não obstante os montantes sejam incluídos nos orçamentos, acabam não sendo

⁸⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas: Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 24.

⁸⁶ OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria Público-Privada: aspectos do Direito Público Econômico (Lei nº 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 192-193.

⁸⁷ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 506.

⁸⁸ OLIVEIRA, Fernão Justen de. op. cit., p. 193

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 834.

pagos. Ou seja, o resultado é a ausência de efetividade das decisões condenatórias contra a Fazenda Pública.⁹⁰

Por tais razões, a fim de evitar que os créditos decorrentes de um contrato de PPP se submetesse ao regime de precatórios, para ganhar a confiança do parceiro privado, a Lei nº 11.079, de 2004, criou uma sistemática de garantias diferenciadas.

Conforme bem observam Marcelo Viveiros de Moura e Décio Pio Borges de Castro, o sucesso das PPP depende fundamentalmente da capacidade de se convencer os parceiros privados e financiadores de que o Estado é capaz de cumprir com suas obrigações contratuais de longo prazo e de que, se as descumprir, os referidos parceiros e financiadores poderão executar as garantias que lhes foram ofertadas, de maneira rápida e eficiente, de modo a se ressarcirem dos prejuízos que a inadimplência lhes causará.⁹¹

Segundo Di Pietro, a lei prevê três tipos de garantias para as parcerias público-privadas: (a) a garantia de execução do contrato, prestada pelo parceiro privado ao parceiro público; (b) a garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público perante o parceiro privado; e (c) a contragarantia prestado pelo parceiro público à entidade financiadora do projeto.⁹²

O primeiro tipo de garantia seria comum nas várias modalidades de contratos administrativos, incluindo a caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, o seguro-garantia e a fiança bancária, conforme previsão do art. 56, §1º, da Lei nº 8.666, de 1993, com redação dada pelo art. 26 da Lei nº 11.079, de 2004.⁹³

O segundo tipo de garantia, prestada pelo parceiro público ao parceiro privado, abrange as modalidades previstas no art. 8º da Lei nº 11.079, de 2004: (i) vinculação de receitas; (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

⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 834.

⁹¹ CASTRO, Décio Pio Borges de; MOURA, Marcelo Viveiros de. A importância das garantias. **Conexão Migalhas: PPPS-Parcerias Público-Privadas**, São Paulo: Migalhas, ano 1, n. 1, p. 56.

⁹² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 159.

⁹³ *Ibid.*, p. 159.

internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; (v) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e (vi) outros mecanismos admitidos em lei.

Com relação à vinculação de receita, cabe destacar que deve ser realizada observando-se as limitações do art. 167, IV, da Constituição Federal⁹⁴, que impedem a vinculação de receitas decorrentes de impostos, salvo as exceções ali previstas, que, segundo Gasparini, não abrangem as parcerias público-privadas, razão pela qual a favor do parceiro privado não é possível a vinculação de qualquer receita decorrente de impostos.⁹⁵

Em sentido contrário, Lucas Furtado opina no sentido de que os contratos de PPP cujos objetos tenham relação com ações e serviços públicos de saúde e para a manutenção e desenvolvimento do ensino poderão ter como garantia a vinculação de receita de imposto.⁹⁶

De toda forma, a doutrina concorda que todas as receitas, ressalvadas aquelas decorrentes da arrecadação de impostos, em relação às quais não sejam aplicadas a vedação prevista no art. 167, IV, da Constituição, podem ser utilizadas como garantia para as obrigações assumidas pelo parceiro público decorrentes dos contratos de PPP.

Outra garantia que merece destaque são aquelas possíveis de serem prestadas por um fundo garantidor criado para essa finalidade, tal qual como o Fundo Garantidos de Parcerias público-privadas – FGP, previsto no art. 16 da Lei de PPP, que será melhor estudado no próximo subtópico.

Como o art. 8º, V, não indica quais os tipos de garantias que podem ser prestadas pelo fundo garantidor ou empresa estatal criada para esse fim e,

⁹⁴ Art. 167. São vedados:

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

⁹⁵ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 485.

⁹⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 507.

considerando que a Lei de PPP trouxe no §1º do art. 18 a discriminação dessas garantias apenas com relação ao FGP, previsto para a esfera federal, é certo que os Estados e Municípios poderão criar seus próprios fundos garantidores ou empresas estatais destinadas a prestar garantias, ocasião em que poderão indicar os tipos de garantias que serão prestadas.⁹⁷

A Lei de PPP prevê, ainda, a utilização de outros mecanismos admitidos em lei como garantia às obrigações do parceiro público, o que constitui uma “janela legal” para a adoção de quaisquer outras modalidades de garantias legalmente aceitas, conferindo flexibilidade para atender as necessidade de cada caso concreto.⁹⁸

Por fim, o último tipo de garantia (contragarantia) previsto na Lei nº 11.079, de 2004, conforme afirma Di Pietro, é aquela prestada pelo poder público ao financiador. O art. 5º, §2º prevê as diferentes modalidades que pode assumir essa contragarantia (transferência do controle da sociedade de propósito específico constituída pelo parceiro privado, possibilidade da emissão de nota de empenho, possibilidade de os financiadores receberem indenização por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas).

1.3.5 Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP

No âmbito da União (União, seus fundos especiais, autarquias, fundações públicas e empresas estatais dependentes), o art. 16 da Lei nº 11.079, de 2004, previu a criação do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP “que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei”.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 161.

⁹⁸ CASTRO, Décio Pio Borges de; MOURA, Marcelo Viveiros de. A importância das garantias. **Conexão Migalhas: PPPS-Parcerias Público-Privadas**, São Paulo: Migalhas, ano 1, n. 1, p. 59-60.

O referido Fundo possui natureza jurídica de direito privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, sendo titular de direitos e obrigações próprias. Seu patrimônio pode ser integralizado em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal em quantidade que mantenha o controle pela União, o qual poderá ser feito independente de licitação, por proposta do Ministro da Fazenda e aprovação do Presidente da República.

O FGP será administrado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada pela União, com observância das normas do Conselho Monetário Nacional, à qual caberá deliberar sobre a gestão e a alienação dos bens e dos direitos do Fundo, sempre visando a rentabilidade e a liquidez.

Visando ampliar as garantias oferecidas aos agentes privados, a referida lei prevê a possibilidade de constrição judicial e a alienação dos bens e direitos do Fundo, em caso de inadimplemento, para satisfazer as obrigações garantidas.⁹⁹

As garantias a serem prestadas a cada projeto pelo Fundo Garantidor aos parceiros privados devem ser deliberadas por meio de assembleia de cotistas, podendo-se escolher dentre (i) fiança, sem benefício de ordem para o fiador; (ii) penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia; (iii) hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP; (iv) alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia; (v) outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia; e (vi) garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.

Fabio de Luca observa que “eventuais garantias a serem outorgadas ao parceiro privado, pertencentes ao Fundo Garantidor de Parcerias ou não, devem

⁹⁹ ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Forum, 2005. p. 167.

obrigatoriamente estar previstas de modo detalhado no edital de licitação e no contrato de Parceria Público-Privada”.¹⁰⁰

A Lei possibilitou, ainda, a segregação de parcela do patrimônio do Fundo a vincular determinada garantia, por afetação, a qual não poderá ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP.¹⁰¹

Segundo o §5º do art. 18, o parceiro privado poderá acionar o FGP nos casos de crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público após quinze dias contados da data de vencimento, bem como nos casos de débitos constantes de faturas emitidas e ainda não aceitas pelo parceiro público, desde que, transcorridos mais de quarenta e cinco da data de vencimento, não tenha havido rejeição expressa e motivada.

A extinção do FGP poderá ocorrer após deliberação da assembleia de cotistas nesse sentido, ficando sua dissolução condicionada à prévia quitação de todos os débitos garantidos ou à liberação das garantias pelos credores.

1.3.6 Sociedade de Propósito Específico – SPE

O art. 9º da Lei de PPP exige, antes da celebração do contrato de parceria, a constituição de uma Sociedade De Propósito Específico – SPE, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

Segundo Diógenes Gasparini, “pode-se afirmar que se trata de sociedade constituída pelos parceiros, público e privado, unidos por força de certo processo de licitação ou em razão de sua dispensa ou inexigibilidade, a quem caberá implantar e gerir o objeto da parceria”.¹⁰²

¹⁰⁰ LUCA, Fabio de. **Estudo sobre as parcerias público-privadas**: As parcerias público-privadas federais e as garantias a serem prestadas ao parceiro privado. Organizado por José Augusto Dias de Castro e Luciano Benetti Timm. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 108.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria Público-Privada: aspectos do Direito Público Econômico (Lei nº 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 196.

¹⁰² GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 486.

Lucas Rocha Furtado indica que a intenção do legislador com a introdução da SPE foi facilitar a fiscalização do parceiro público sobre o parceiro privado, além de buscar viabilizar os interesses de todos os agentes envolvidos na parceria, sejam eles sócios, investidores ou financiadores do empreendimento.¹⁰³

Como dito, a Sociedade de Propósito Específico deverá ser instituída antes da celebração do contrato, podendo assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos à negociação do mercado, sendo que a maioria do seu capital votante caberá ao parceiro privado, já que a Lei veda ao parceiro público tal posição no quadro societário.¹⁰⁴

A Lei de PPP exige que a SPE obedeça aos padrões de governança corporativa e adote contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas. Conforme atenta Lucas Rocha Furtado, a governança corporativa foi uma solução apresentada por grandes empresas internacionais para evitar o que se chama de corrupção privada e compreende a adoção de padrões éticos de comportamento definidos em código de bom governo aprovados pelas próprias empresas e tem por objetivo disciplinar o relacionamento entre acionistas, fornecedores e clientes. Todavia, segundo o autor, na falta de critérios que obriguem as empresas a cumprirem o que elas próprias definiram, a governança corporativa acaba por não ter efeitos práticos, sendo apenas uma carta de intenções.¹⁰⁵

O parceiro privado pode, ainda, transferir o controle da SPE, mediante autorização da Administração Pública, desde que essa possibilidade esteja prevista no edital e no contrato e desde que demonstrado que o pretendente atende as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço, além de comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

¹⁰³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 513.

¹⁰⁴ GASPARINI, Diógenes. op. cit., p. 486.

¹⁰⁵ FURTADO, Lucas Rocha., op. cit., p. 513-514.

1.3.7 Licitação

O art. 10 da Lei nº 11.079, de 2004, prevê a obrigatoriedade da realização de licitação para a contratação de parceria público-privada, na modalidade concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a (i) autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação; (ii) demonstração de cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal; (iii) submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública; e (iv) licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.¹⁰⁶

Adicionalmente, antes da abertura do procedimento licitatório, o Poder Público deverá (i) elaborar a estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de PPP, (ii) fazer a declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual, (iii) estimar o fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração e (iv) realizar a inclusão de seu objeto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado.¹⁰⁷

A Lei nº 11.079, de 2004, não prevê o procedimento a ser adotado para a realização da concorrência, limitando-se a estabelecer algumas normas específicas nos artigos 11 a 13, que complementam as regras vigentes sobre licitação e contratos administrativos.

Dentre tais normas específicas, o art. 11 refere-se ao instrumento convocatório, determinando aplicar, no que couber, as normas os §§3º e 4 do artigo 15, artigos 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 1995, o qual poderá prever a exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 1993 (1% do valor estimado do objeto do contrato), o emprego dos

¹⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 172.

¹⁰⁷ ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Forum, 2005. p. 174.

mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem e as garantias, quando houver, da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.

De outro lado, o art. 12 indica os critérios de julgamento da licitação, quais sejam, o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado, a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com a melhor técnica, o menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública e a melhor proposta em razão da combinação do critério de menor contraprestação com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital.¹⁰⁸

Por fim, o art. 13 permite a inversão da ordem das fases de habilitação de julgamento, que ficará a critério da Administração Pública. Tal norma foi editada com o intuito de evitar os conflitos comuns na fase de habilitação, já que na Lei nº 8.666, de 1993, a habilitação precede necessariamente o julgamento, em que já se estabelece a competição entre os licitantes, que muitas vezes só são resolvidos pelo Poder Judiciário, atrasando o procedimento.¹⁰⁹

Outra novidade da Lei de PPP no que se refere ao procedimento licitatória é o enfrentamento do formalismo exagerado, admitindo-se a possibilidade de ser previsto no edital o saneamento de falhas, de complementação de insuficiência ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer às exigências dentro do prazo fixando no instrumento convocatório. Segundo Di Pietro, “trata-se de medida salutar, que certamente evitará muitas das controvérsias suscitadas pelos licitantes inabilitados ou desclassificados no curso do procedimento”¹¹⁰

¹⁰⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 512.

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 177.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 178.

1.3.8 Órgão gestor das Parcerias Público-Privadas

O art. 14 da Lei nº 11.079, de 2004¹¹¹, determinou a criação, por decreto, de um órgão gestor de Parcerias Público-Privadas no âmbito da União, composto um representante titular e respectivo suplente do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Ministério da Fazenda, e da Casa Civil da Presidência da República.

Segundo o dispositivo, o órgão gestor tem competência para (i) definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada; (ii) disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos; (iii) autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital; e (iv) apreciar os relatórios de execução dos contratos.

Por força do art. 14, a União criou, pelo Decreto nº 5.385, de 4 de março de 2005, o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal – CGP, integrado pelos representantes dos órgãos acima mencionados. Ao Ministro de Estado, Planejamento, Orçamento e Gestão cabe designar os membros do CGP. A coordenação do CGP compete ao representante do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, a quem caberá convocar e presidir as reuniões e coordenar e supervisionar a execução do Plano de PPP. O referido decreto também prevê a forma de convocação, instalação e realização das reuniões do CGP, bem como o seu regime de deliberações.¹¹²

O art. 3º do decreto atribuiu ao CGP as seguintes atribuições: (i) propor ao Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada e os critérios para subsidiar a análise sobre a conveniência e oportunidade de contratação sob esse regime; (ii) disciplinar os procedimentos para celebração dos contratos de parceria público-privada e aprovar suas alterações; (iii) autorizar a

¹¹¹ Art. 14. Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para:

I – definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada;

II – disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos;

III – autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital;

IV – apreciar os relatórios de execução dos contratos

¹¹² GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 487.

abertura de procedimentos licitatórios e aprovar os instrumentos convocatórios e de contratos e suas alterações; (iv) apreciar e aprovar os relatórios semestrais de execução de contratos de parceria público-privada, enviados pelos Ministérios e Agências Reguladoras, em suas áreas de competência; (v) elaborar e enviar ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União relatório anual de desempenho de contratos de parceria público-privada e disponibilizar, por meio de sítio na rede mundial de computadores (Internet), as informações nele constantes, ressalvadas aquelas classificadas como sigilosas; (vi) aprovar o Plano de Parcerias Público-Privada - PLP, acompanhar e avaliar a sua execução; (vii) estabelecer os procedimentos e requisitos dos projetos de parceria público-privada e dos respectivos editais de licitação, submetidos à sua análise pelos Ministérios e Agências Reguladoras; (viii) estabelecer modelos de editais de licitação e de contratos de parceria público-privada, bem como os requisitos técnicos mínimos para sua aprovação; (ix) estabelecer os procedimentos básicos para acompanhamento e avaliação periódicos dos contratos de parceria público-privada; (x) elaborar seu regimento interno; e (xi) expedir resoluções necessárias ao exercício de sua competência.

Importante destacar que a Lei nº 13.137, de 19 de junho de 2015, que será melhor explicada no capítulo seguinte, acrescentou o art. 14-A à Lei nº 11.079, de 2004, passando a dispor que caberá às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal as competências do órgão gestor dispostas no art. 14 no que se refere aos projetos PPP por tais órgão realizados.

2 PPP NO PODER JUDICIÁRIO: A POSIÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

2.1 Origem da controvérsia

Antes da alteração introduzida pela Lei nº 13.137, de 2015, o art. 1º da Lei nº 11.079, de 2004, dispunha da seguinte forma:

Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Esta Lei se aplica aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Tendo em vista a aparente obscuridade normativa do referido dispositivo, em 09/04/2010, a Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão formulou consulta ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ sobre a possibilidade de o Poder Judiciário utilizar-se do instrumento da Parceria Público-Privada a fim de atrair recursos do setor privado para investimentos em projetos de infraestrutura do Tribunal de Justiça do Estado. A referida consulta, autuada sob o nº 002583-36.2010.2.00.0000, foi motivada pela inspeção realizada pela Corregedoria Nacional de Justiça junto à Justiça Comum de 1ª e 2ª instâncias do Estado do Maranhão que constatou ser insatisfatório o contingente de recursos humanos e materiais empregados na atividade fim.

Conforme declinado na consulta, a intenção do Tribunal de Justiça do Maranhão era melhorar a prestação jurisdicional do Estado por meio da construção e aparelhamento de cento e dez novos fóruns nas Comarcas do interior, de uma sede de Juizados Especiais, de um Complexo Judiciário da Infância e Juventude, da própria sede do Tribunal de Justiça, além da informatização das Serventias Extrajudiciais e da aquisição de veículos novos. Para tanto, seria necessária a máxima atração possível de recursos financeiros do setor privado para a concretização dos referidos projetos.

2.2 A instrução do processo, os debates e a decisão do CNJ

O procedimento foi inicialmente distribuído ao então Corregedor Nacional de Justiça, em razão da inspeção, sendo posteriormente redistribuído ao então Conselheiro Paulo de Tarso Tamburini.

Após os autos serem remetidos para a Secretaria de Controle Interno, foi proferido parecer opinativo no sentido de que o Poder Judiciário poderia se valer do regime da PPP, mas que, no caso concreto, não seria possível, pois o que pretendia a Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão seria simplesmente a aquisição de equipamentos de informática, a construção de novos fóruns e a obtenção de veículos, providências que só poderiam ser realizadas mediante a utilização da Lei nº 8.666, de 1993, já que a contratação de PPP exige a prestação de serviços.

Posteriormente, a fim de instruir melhor o feito, foi oficiado o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada – CGP para que oferecesse parecer sobre a indagação formulada pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão. A CGP concluiu pela impossibilidade de contratação de PPP no caso, haja vista ser vedada a celebração de PPP para contratos que tenham como único objeto o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública, como entendeu ser o caso do Poder Judiciário maranhense.

Concedida vista dos autos à Requerente, a Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão se manifestou acerca dos pareceres da Secretaria de Controle Interno e do Comitê Gestor de PPP. A Corregedoria afirmou que, ao contrário do entendimento adotado nos pareceres, na contratação da PPP pretendida caberia ao parceiro privado não somente a construção de obras públicas e o aparelhamento dos fóruns, mas também a manutenção dos imóveis e a prestação dos serviços acessórios e complementares, tais como: serviços de apoio e desenvolvimento de tecnologias da informação, terceirização de mão de obra de apoio às atividades forenses em geral, serviços técnicos de armazenamento e arquivamento de documentos, serviço de reprografia, de limpeza, de segurança patrimonial, de manutenção dos prédios e instalações formadas, dentre outros.

A Corregedoria fez questão de ressaltar que, dentre os serviços a serem prestados pelo parceiro privado, jamais seria transferida a atividade jurisdicional, pois indelegável por força da própria Constituição Federal. Ainda, segundo a Corregedoria, a contratação de PPP implicaria na redução de gastos e, conseqüentemente, em ganhos orçamentários que poderiam ser investidos em treinamento, formação de capital humano e alocação de pessoal de formação específica para tarefas focadas na atividade-fim, de ministrar e prescrever a Justiça, de forma a atingir os padrões de eficácia e eficiência perseguidos pelo seu programa de planejamento estratégico.

Por fim, a Corregedoria concluiu que, considerando a possibilidade legal de contratação de PPP pelo Poder Judiciário, nada obstaría a sua utilização, na modalidade de concessão administrativa, para a construção, manutenção e gestão da nova sede do Tribunal de Justiça, dos demais fóruns, bem como das demais edificações, pelo que ratificou seu pedido de autorização para tanto.

A consulta foi levada a julgamento no plenário na 126ª Sessão Ordinária do CNJ, em 10/05/2011, quando o Conselheiro Relator Paulo de Tarso Tamburini Souza respondeu afirmativamente à consulta e pediu vista o Conselheiro Ministro Ayres Britto. Ao responder afirmativamente à Consulta, o Conselheiro Paulo Tamburini ressaltou que a Consulta não poderia servir de respaldo à ação que ainda poderia ser objeto de controle de legalidade pelo CNJ, tampouco poderia responder à uma questão concreta “porque não concede um salvo-conduto às ações dos Tribunais”.

Ao analisar o mérito da Consulta, o Relator afirmou que “respeitados os limites legais, não haveria nenhum óbice à contratação de PPP pelo Poder Judiciário”, mas que, caso o instituto venha a ser utilizado deveria haver o “condicionamento desses contratos à regulamentação a ser oportunamente feita por este Conselho ao que, desde já, sugiro a formação de um grupo de trabalho especialmente constituído para esse fim”.

Na 138ª Sessão Ordinária do CNJ, realizada em 08/11/2011, o Ministro Ayres Britto levou o feito a plenário novamente, ocasião em que proferiu voto respondendo negativamente à consulta, no que foi acompanhado pelos Conselheiros Ministra

Eliana Calmon, Jorge Hélio, Ministro Carlos Alberto, Neves Amorim, Ney Freitas, Silvio Rocha, Wellington Saraiva, Gilberto Valente Martins e Jefferson Kravchychyn. Após, pediu vista o Conselheiro Tourinho Neto.

Em seu voto vista, o Ministro Ayres Britto afirmou que a prestação jurisdicional é atividade-fim, incompatível com qualquer ideia de delegabilidade para a iniciativa privada, razão pela qual caberia indagar se seria possível o uso do instituto da PPP para o desempenho das atividades-meio do Poder Judiciário, de natureza administrativa.

Segundo o Ministro Ayres Britto, a Lei 11.079, de 2004, no que dispõe o art. 1º, concebeu as parcerias público-privadas enquanto modalidade contratual exclusivamente entre órgão e entidades administrativas do Poder Executivo e sujeitos jurídicos privados. Observou que o fato da lei se referir à “Administração Pública” com iniciais maiúsculas e não minúsculas, ao lado das entidades que integram a Administração Pública indireta (autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas) sinaliza que seu âmbito de incidência é apenas o conjunto de órgãos e entidades do Poder Executivo. Ele explicou:

É isso mesmo: o Poder Executivo, diferentemente dos Poderes Legislativo e Judiciário, pode atuar tanto por meio de entidades quanto por intermédio de órgãos. Órgãos, como fração endógena ou parte elementar de uma dada pessoa jurídica (“unidades de competência, na precisa e elegante expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello); entidades, como unidades estatais juridicamente personalizadas (“Desmembramentos administrativos personalizados do Estado”, para me valer uma vez mais das lições do renomado administrativista). Daí os dois conceitos básicos de administração pública: a administração que se estrutura tão-só em atividades – objetivamente, portanto – e aquela que se estrutura em órgão e entidades (subjetivamente, por conseguinte, e com as letras iniciais maiúsculas, torna-se a dizer). Ali, conceito objetivo de administração comum aos três Poderes do Estado; aqui, conceito orgânico ou subjetivo e somente cabível na esfera das protagonizações que são próprias do Poder Executivo.

Outro argumento utilizado pelo Ministro para fundamentar a sua resposta negativa à Consulta é de que o desempenho das atividades-meio do Poder Judiciário não se compatibilizaria com nenhuma das modalidades de PPP.

Não se compatibilizaria com a concessão patrocinada, pois esta exige a figura do usuário e da tarifa, mecanismos viabilizadores do serviço público a ser prestado. Segundo o Ministro, serviço público, no entanto, é atividade inteiramente estranha ao Poder Judiciário, pois alusivo ao único Poder estatal voltado para o atendimento das necessidades coletivas, o Poder Executivo.

Já com relação à concessão administrativa, afirmou que tal modalidade também seria submetida ao regime vinculante das figuras de usuário e tarifa, pelo que o raciocínio seria o mesmo que prevalece para a concessão de serviço público, mas com o acréscimo de que as fontes de financiamento do Poder Judiciário seriam o orçamento, as custas e os emolumentos, conforme disposto no art. 98, §2º e art. 165, §5º, I, todos da Constituição Federal.

O Ministro Ayres Britto esclareceu, ainda, que, mesmo se assim não fosse, a concessão administrativa não poderia ser utilizada pelo Poder Judiciário, pois o art. 14 da Lei nº 11.079, de 2004, determina que o Presidente da República instituirá órgão gestor das parcerias público-privadas no âmbito da União, o qual é composto por representantes indicados pela Casa Civil da Presidência da República e dos Ministérios da Fazenda e de Orçamento, Planejamento e Gestão, situação que impede que as atividades do Judiciário estejam submetidas a órgão instituído por ato regulamentar do Poder Executivo, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

Na 17ª Sessão Extraordinária do CNJ, em 12/03/2012, em razão de questão de ordem suscitada pelo Conselheiro Bruno Dantas, o julgamento foi suspenso e o feito convertido em diligência para fazer levantamento de dados com consulta pública a fim de subsidiar a decisão relativa à utilização de parcerias público-privadas pelo Poder Judiciário, considerando a escassez de doutrina e jurisprudência acerca do tema.

Para a realização da diligência, instaurou-se o procedimento de Comissão, autuado sob o n. 0002070-97.2012.2.00.0000, tendo como Relator o Conselheiro Bruno Dantas, presidente da Comissão, também integrada pelos Conselheiros Jorge Hélio e Silvio Rocha.

No curso da análise do caso pelo CNJ, veio aos autos a contribuição do Tribunal de Contas da União no sentido de que o seu Plenário, através do acórdão n. 1301/2013/TCU, proferido nos autos do processo n. TC 046.489/2012-6, entendeu que seria possível a realização de Parcerias Público-Privadas pelo Poder Judiciário. A posição do plenário do TCU se consolidou em resposta a uma consulta formulada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho - CSJT acerca "da aplicabilidade do art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, às contratações de locação sob medida de imóvel a ser construído de acordo com parâmetros mínimos estabelecidos por órgão ou entidade da Administração Pública".

Segundo o Ministro do TCU, Benjamin Zymler, revisor do referido acórdão, desde que respeitadas os limites da Lei nº 11.079, de 2004, não haveria óbice na legislação para que o Poder Judiciário pudesse celebrar uma PPP, além das inúmeras vantagens que o instituto pode oferecer. No caso proposto pelo CSJT, o plenário do TCU decidiu por recomendar ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho e ao Conselho Nacional de Justiça que "avaliem a conveniência e a oportunidade de celebrar parcerias público-privadas, na modalidade concessão administrativa, com vistas a dotar os Tribunais Regionais do Trabalho de imóveis adequados com serviços públicos adicionados para o bom funcionamento institucional".

Após encerrados os trabalhos da Comissão, na 184ª Sessão Ordinária realizada em 11/03/2014, o CNJ, por maioria, nos termos do voto do Ministro Ayres Britto, vencidos os Conselheiros Paulo Tamburini, Rubens Curado Silveira e Fabiano Silveira, respondeu negativamente à Consulta proposta pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão.

2.3 Análise crítica da decisão

Com o devido respeito ao voto condutor proferido pelo Ministro Ayres Britto antes da alteração da Lei nº 11.079, de 2004, conferida pela Lei nº 13.137, de 2015, afirma-se como necessário realizar uma análise crítica dos argumentos expostos a

fim de verificar se, de fato, à época, a referida Lei impossibilitava o Poder Judiciário de celebrar Parceiras Público-Privadas.

Inicialmente, cumpre observar que, assim como ressaltado pelo Ministro, de fato, a PPP não poderia ser utilizada pelo Poder Judiciário no que se refere à atividade-fim, jurisdicional. É exatamente o que já dispunha o art. 4º, III, da Lei nº 11.079, de 2004¹¹³.

No que se refere às atividades-meio do Poder Judiciário, o Ministro entendeu que só poderiam ser utilizadas pelo Poder Executivo. Segundo o Ministro, o parágrafo único do art. 1º da Lei de PPP, ao utilizar o termo Administração Pública com letras maiúsculas, acompanhado das entidades que integram a Administração Pública indireta, estaria delimitando seu âmbito de incidência ao conjunto de órgãos e entidades do Poder Executivo. Em adição, afirma que administração pública com letras minúsculas é conceito objetivo e comum aos três Poderes do Estado, se refere à administração que se estrutura apenas em atividades. Já a Administração Pública com letras maiúsculas é conceito subjetivo, se estrutura em órgãos e entidades, somente cabível na esfera do Poder Executivo.

Importante observar que o Ministro, ao proferir seu voto, deixou de observar o disposto no caput do art. 1º, o qual determina que “esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União”, utilizando Poderes da União no plural, indicando, a princípio, que a utilização das Parcerias Público-Privadas seria possível não só ao Poder Executivo, mas também ao Poder Judiciário e ao Poder Legislativo.

Sob outro ângulo, pode-se observar que o legislador, ao advertir no art. 4º a indelegabilidade da função jurisdicional, vislumbrou a celebração de PPP também pelo Poder Judiciário. É dizer: o legislador previu a utilização de PPP pelo Poder Judiciário, mas limitou a sua utilização para a realização de outros serviços que não a prestação jurisdicional.

¹¹³ Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:
III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

Com relação à diferenciação do termo Administração Pública com letra maiúscula e minúscula, importante observar que, além de se utilizar de uma interpretação excessivamente formal, o Ministro não utilizou qualquer fundamento legal, doutrinário ou mesmo jurisprudencial acerca do tema.

Tal distinção foi utilizada por Hely Lopes Meyrelles apenas para evitar confusões no seu texto:

Para evitar confusão escrevemos sempre com maiúsculas a expressão Administração Pública quando nos referimos a entidades e órgãos administrativos, e com minúsculas – administração pública – quando aludimos à função ou atividade administrativa.¹¹⁴

Com o mesmo intuito Marçal Justen Filho faz a distinção da grafia da expressão:

É usual a expressão Administração pública (com iniciais maiúsculas) para indicar o sujeito estatal exercente de atividades de administração pública (com iniciais minúsculas). Essa solução será adotada ao longo dessa obra. A advertência é necessária porque se admite, como visto, a atividade administrativa pública não estatal (que não é desempenhada pelos sujeitos administrativos, referidos como Administração Pública).¹¹⁵

Veja que a distinção feita é a seguinte: Administração Pública (com letras maiúsculas) se refere aos órgãos e entidades que exercem a atividade administrativa na esfera estatal – sentido subjetivo - e administração pública (com letras minúsculas) se refere à própria atividade administrativa – sentido objetivo -, que pode ser realizada pela Administração Pública ou não.

Ao contrário do que afirmou o Ministro Ayres Britto, a acepção orgânica/subjetiva da expressão Administração Pública (com letras maiúsculas) abrange não só o Poder Executivo, mas também os Poderes Judiciário e Legislativo.

Marçal Justen Filho observa que a expressão Administração Pública abrange todos os entes estatais que exercem função administrativa, ainda que de forma

¹¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 61.

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 94-95.

secundária, como o Poder Judiciário e ressalta que “Administração Pública não é sinônimo de Poder Executivo”.

A expressão Administração Pública abrange todos os entes e sujeitos estatais exercentes de funções administrativas, ainda que o façam de modo secundário e acessório. Assim, Administração Pública compreende o Poder Executivo, mas também o Judiciário e Legislativo enquanto exercentes de atividade administrativa. Ou seja, Administração Pública não é sinônimo de Poder Executivo.¹¹⁶

Da mesma forma Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Predominantemente, a função administrativa é exercida pelos órgãos do Poder Executivo; mas, como o regime constitucional não adota o princípio da separação absoluta de atribuições e sim o da especialização de funções, os demais Poderes do Estado exercem, além de suas atribuições predominantes – legislativa e jurisdicional – algumas funções tipicamente administrativas.

Assim, compõem a Administração Pública, em sentido subjetivo, todos os órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), aos qual a lei confere o exercício de funções administrativas. São os órgãos da Administração Direta do Estado.¹¹⁷

No mesmo sentido o autor Lucas Rocha Furtado:

A expressão Administração Pública pode ser entendida em sentido orgânico ou em sentido funcional. Do ponto de vista orgânico, a Administração Pública compreende as diversas unidades administrativas (órgãos e entidades) incumbidas de cumprir os fins do Estado, incluídos aqueles afetos às funções legislativas ou judiciais.

Os órgãos incumbidos de exercer essas atividades – legislativas e judiciais – no exercício de suas atividades fins, não se sujeitam ao Direito Administrativo. Eles integram, todavia, a Administração Pública e submetem-se ao Direito Administrativo em todos os demais aspectos de sua atuação. Desse modo, as Casas legislativas – Câmara dos Deputados, Senado Federal, Assembleias Legislativas e Câmara dos Vereadores – e os tribunais judiciários – Supremo Tribunal Federal, Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça etc – integram as administrações diretas em suas respectivas esferas de governo e, nesta condição, submetem-se a regras do Direito Administrativo.¹¹⁸

¹¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 266-267.

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 57.

¹¹⁸ FURTADO, Lucas Rocha. op. cit., p. 124.

Hely Lopes Meirelles, ao classificar os diversos órgãos integrantes da Administração Pública inclui o Poder Executivo, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo como sendo órgãos primários e independentes:

Órgãos independentes são os originários da Constituição e representativos dos Poderes do Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário – colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um Poder pelo outro.¹¹⁹

Destarte, diante da vasta doutrina que considerada abrangidos pela expressão Administração Pública (com letras maiúsculas) todos os três Poderes do Estado, mesmo em suas atividades secundárias, a justificativa utilizada pelo Ministro Ayres Britto, excessivamente formal, não se sustenta.

Ou seja, dispondo a Lei que suas regras se aplicam aos PODERES da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como aos órgãos da Administração Pública direta, é certo que os órgãos do Poder Judiciário, quais sejam, os tribunais, estariam claramente abrangidos pela possibilidade de celebrar PPP. Não há qualquer empecilho legal, estrutural ou terminológico.

E, como dito acima, tal possibilidade se mostra ainda mais clara quando se lembra que o legislador, ao dispor sobre a indelegabilidade da atividade jurisdicional pela PPP, previu a sua utilização pelo Poder Judiciário.

Outro argumento utilizado pelo Ministro Ayres Britto foi de que “o desempenho das atividades-meio do Poder Judiciário não se compatibiliza com qualquer das modalidades das PPPs”, quais sejam, concessão patrocinada e concessão administrativa.

Parecer acertado o argumento do Ministro no que se refere à impossibilidade de o Poder Judiciário celebrar PPP na modalidade patrocinada, pois incompatível com as atividades inerentes ao Poder Judiciário. Conforme previsão do §1º do art. 2º da Lei 11.079, de 2004, a concessão patrocinada é aplicável aos casos em que a remuneração do parceiro privado é feita mediante a cobrança de tarifas do usuário do serviço público e a contraprestação do parceiro público.

¹¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 72.

Como afirma Lucas Delgado, considerando a natureza das atividades prestadas pelo Poder Judiciário, não seria razoável a cobrança de uma tarifa dos usuários do Poder Judiciário pela utilização das dependências do fórum:

Ora, como o que se vislumbra é a utilização das PPPs para melhoria da infraestrutura do Poder Judiciário, não há como se pensar na cobrança de uma tarifa do jurisdicionado pela utilização das dependências do fórum e muito menos a possibilidade de o Poder Judiciário destinar parte do seu orçamento para complementar a receita do parceiro privado.¹²⁰

A utilização da modalidade patrocinada pressupõe a prestação dos serviços públicos econômicos, na forma do art. 175 da Constituição Federal. Conforme ressaltado pelo Ministro, o conceito de serviço público, em sentido estrito, não abrange as funções legislativa e jurisdicional.

Nesse sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Restritos são os conceitos que confinam o serviço público entre as atividades exercidas pela Administração Pública, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional.¹²¹

E Marçal Justen Filho:

O serviço público é uma atividade administrativa, o que exclui as atuações de natureza legislativa e jurisdicional. Prestar um serviço público não abrange compor jurisdicionalmente um litígio nem produzir uma lei.¹²²

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao explicar o serviço público, afirma que “é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados” e destaca que se restringiu a noção de serviço público aos chamados serviços *uti singuli*, ou seja, individualmente ou singularmente fruíveis por cada indivíduo, pois,

¹²⁰ DELGADO, Lucas. **Poder Judiciário e Parcerias Público-Privadas. O conselho Nacional de Justiça, acesso à Justiça e boa governança.** Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/369972/mod_folder/content/0/4.P.3%20DELGADO.%20Poder%20Judiciario%20e%20PPP.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 20 de julho de 2016.

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 99.

¹²² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 727.

caso utilizado o sentido amplo, abarcando também os serviços *uti universi*, “a noção de serviço público perderia seu préstimo, pois abarcaria realidades muito distintas entre si, coincidindo, afinal, com o conjunto de atividades do Estado”.¹²³

Já com relação à contratação de PPP na modalidade de concessão administrativa, o Ministro Ayres Britto afirmou que também não seria possível, pois a o contrato também estaria submetido “a regime igualmente vinculante das figuras do usuário e da tarifa”. Acrescentou, ainda, que é a Constituição que dispõe sobre as fontes do financiamento do Poder Judiciário, quais sejam, o orçamento, as custas e emolumentos.

O fundamento utilizado parece equivocados, pois o §2º do art. 2º da Lei nº 11.079, de 2004, ao explicar a concessão administrativa não exige o pagamento de tarifa e deixa bem claro que a usuária direta ou indireta do serviço a ser prestado pelo parceiro privado é a própria Administração Pública. Gustavo Binenbojm ressalta que uma das diferenças entre a concessão patrocinada e a concessão administrativa é exatamente a cobrança de tarifas:

A diferença é que nesta modalidade, por razões técnicas, políticas ou econômicas, não se afigura viável a cobrança de tarifas dos usuários diretos, o que justifica que a contraprestação do concessionário fique a cargo do Poder Público, total ou parcialmente (caso haja receitas alternativas suscetíveis de serem geradas).¹²⁴

Carlos Ari Sundfeld subdivide a concessão administrativa em duas espécies: (i) concessão administrativa de serviços públicos, aquela que tem por objeto os serviços públicos a que se refere o art. 175 da Constituição Federal, na qual a Administração Pública é usuária indireta, pois os serviços são prestados diretamente aos administrados sem a cobrança de tarifa; e (ii) concessão administrativa de serviços ao Estado, que tem por objeto os mesmos serviços a que se refere o art. 6º da Lei de Licitações, isto é, o oferecimento e utilidades à própria Administração

¹²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 689-693.

¹²⁴ BINENBOJM, Gustavo. **As Parcerias Público-Privadas e a Constituição**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 2, mai/jul 2005. p. 5. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/as-parcerias-publico-privadas-ppps-e-a-constituicao>>. Acesso em 19 de julho de 2016.

Pública, que será usuário direta, mais a realização de investimento privada para criar, ampliar ou recuperar a infraestrutura pública.¹²⁵

Note-se que o Poder Judiciário só poderá ser usuário direto dos serviços prestados na modalidade de concessão administrativa de serviços ao Estado, pois a outra modalidade de concessão é destinada à prestação de serviços públicos aos cidadãos.

Destarte, sob a égide da redação anterior da Lei nº 11.079, de 2004, não havia qualquer óbice ao Poder Judiciário de ser usuário de serviços prestados sob a modalidade de concessão administrativa, desde que, claro, os serviços fossem da atividade-meio e não da atividade jurisdicional. É o raciocínio de Carlos Ari Sundfeld ao comentar os propósitos da concessão administrativa:

Era necessário, em suma, permitir a aplicação da lógica econômico-contratual da concessão tradicional a outros objetos que não a exploração de serviços públicos econômicos (como são os serviços de água e esgoto, a distribuição de energia, a telefonia fixa, etc.). Afinal, porque não usá-la em serviços administrativos em geral, isto é, os serviços de infraestrutura penitenciária, policial, educacional, sanitária, judiciária etc. (...).¹²⁶

O último fundamento utilizado pelo Ministro Ayres Britto diz respeito à submissão dos projetos de PPP do Poder Judiciário a Órgão Gestor composto exclusivamente com membros do Poder Executivo. Segundo o Ministro, tal situação ofenderia o princípio da separação dos Poderes.

Inicialmente, importante destacar que a Lei nº 11.079, de 2004, ao prever a criação de um Órgão Gestor de PPP o fez no capítulo de disposições aplicáveis unicamente aos projetos de PPP da União, razão pela qual as disposições não se aplicam aos Estados da Federação, que podem, nas suas respectivas leis, disciplinar a maneira que melhor entenderem para coordenar os seus próprios projetos.

Ou seja, o disposto no art. 14, que dispõe acerca do Órgão Gestor, não poderia jamais implicar na impossibilidade do Poder Judiciário dos Estados celebrar

¹²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas: Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 30-31.

¹²⁶ Ibid., p. 21-22.

PPPs, pois as suas regras se aplicam apenas à União. O Ministro Ayres Britto, ao analisar o caso, deveria ter avaliado o que dispõe a Lei Estadual do Maranhão que regula a PPP a fim de verificar se o disposto acerca do tema seria ou não compatível com o princípio da separação dos poderes.

De toda sorte, caso considerássemos que algum órgão do Poder Judiciário vinculado à União desejasse celebrar PPP ou que a Lei Estadual estabecesse uma estrutura de gestão que viola o referido princípio, não é razoável submeter os projetos de PPP do Judiciário à apreciação, autorização e definição de um órgão composto apenas de membros do Poder Executivo, todavia a saída para esse impasse não é impossível.

Bastava o legislador alterar a Lei das PPPs para que constasse a possibilidade de determinado órgão do Poder Judiciário dispor sobre as competências do órgão gestor previstas no art. 14 da Lei nº 11.079, de 2004, como fez o Poder Legislativo através da alteração conferida pela Lei nº 13.137, de 2015, que incluiu o art. 14-A autorizando as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal a atuarem como órgãos gestores.

Lucas Delgado bem sugere que as atribuições desse órgão gestor ficassem a cargo do próprio Conselho Nacional de Justiça, que é o órgão central de planejamento do Poder Judiciário, a quem caberia a definição dos programas prioritários para execução de parcerias, a disciplina dos procedimentos para celebração dos contratos pelos órgãos do Poder Judiciário, a autorização da abertura da licitação, a aprovação do respectivo edital e a apreciação dos relatórios de execução do contrato.¹²⁷

Com todo respeito, a decisão do CNJ, proferida antes da alteração da Lei nº 11.079, de 2004, conferida pela Lei nº 13.137, de 2015, pela impossibilidade de o Poder Judiciário se utilizar da PPP nas suas atividades-meio não parece a mais acertada, na medida em que, conforme analisado, inexistente qualquer óbice legal ou constitucional para tanto. Pelo contrário, a contratação de PPP pelo Poder Judiciário

127 DELGADO, Lucas. **Poder Judiciário e Parcerias Público-Privadas. O conselho Nacional de Justiça, acesso à Justiça e boa governança.** Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/369972/mod_folder/content/0/4.P.3%20DELGADO.%20Poder%20Judiciario%20e%20PPP.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 20 de julho de 2016.

poderia trazer inúmeros benefícios aos jurisdicionados e à própria Administração Pública, conforme será tratado no último capítulo.

3 AS INICIATIVAS DE ALTERAÇÃO DA LEI Nº 11.079, DE 2004

Após a decisão do Conselho Nacional de Justiça afirmando ser possível apenas ao Poder Executivo a utilização da PPP, o Congresso Nacional propôs duas alterações da Lei nº 11.079, de 2004, no sentido de possibilitar expressamente aos demais Poderes também a utilização do instituto.

A primeira proposta, através da Medida Provisória n. 656, de 2014, propôs incluir no parágrafo único do art. 1º todos os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário. Tal proposta foi, todavia, vetada pela Presidente da República. A segunda proposta, pela Medida Provisória n. 668, de 2015, incluiu no dispositivo apenas o Poder Legislativo, deixando de lado o Poder Judiciário. Esta última foi aprovada e sancionada na Lei nº 13.137, de 2015, pelo que efetivamente alterou a Lei nº 11.079, de 2004.

3.1 Medida Provisória nº 656, de 2014

Em dezembro de 2014, no Parecer da Comissão Mista n. 44/2014-CN, o Relator Senador Romero Jucá propôs emenda à Medida Provisória n. 656, de 2014, para alterar a Lei nº 11.079, de 2004, deixando explícita a possibilidade de órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário poderem contratar por meio de Parcerias Público-Privadas. Os artigos 143 e 144 do Projeto de Lei de Conversão n. 18, de 2014, da Medida Provisória restaram assim redigidos:

Art. 143. O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art.1º

Parágrafo único. Esta Lei se aplica aos órgãos da administração pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário.’

Art. 144. A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 22-A:

‘Art. 22-A. Os Poderes Legislativo e Judiciário da União regulamentarão, no âmbito de suas respectivas competências, o

disposto neste Capítulo, com as adaptações necessárias à preservação de sua autonomia constitucional.’

Após aprovado, o Projeto de Lei de Conversão n. 18, de 2014, foi remetido para a sanção presidencial, ocasião em que a Presidente da República Dilma Roussef vetou os dispositivos acima transcritos com fundamento na seguinte justificativa, constante da Mensagem n. 21, de 2015:

Razão dos vetos

“A proposta não estabelece limites, garantias e regras de governança a serem aplicadas aos demais Poderes nas contratações de Parcerias Público-Privadas.”

Percebe-se que a justificativa do veto não se referiu a empecilho formal ou mesmo constitucional acerca da possibilidade de o Poder Judiciário e o Poder Legislativo celebrarem Parceria Público-Privada, mas tão-somente à necessidade de estabelecer limites, garantias e regras de governança a serem aplicadas.

É dizer, a princípio, a contratação de PPP pelos demais Poderes seria possível, desde que o legislador o fizesse de forma detalhada, de acordo com as peculiaridades de cada um dos Poderes.

3.2 Medida Provisória nº 668, de 2015

Em maio de 2015, o Deputado Manoel Junior, Relator do Parecer n. 9/2015-CN da Comissão Mista da Medida Provisória n. 668, de 2015, propôs novas alterações na Lei nº 11.079, de 2004, para autorizar que o Poder Legislativo utilizasse do instrumento das Parcerias Público-Privadas. Assim justificou o Deputado:

Com o intuito de melhor esclarecer o objeto da Lei nº 11.079, de 2004, e atender o Princípio da Separação dos Poderes, propomos alterações, principalmente, para autorizar que o Poder Legislativo Federal atue, por meio das Mesas respectivas, na definição e acompanhamento de seus projetos de parceria público-privada. Essa modificação não acarreta impactos financeiros à União, possuindo mera natureza delimitadora de competência no âmbito do Poder Legislativo.

As referidas alterações foram assim propostas no art. 3º do Projeto de Lei de Conversão n. 6 da MP n. 668, ambos de 2015:

Art. 3º A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º

Parágrafo Único. Esta Lei aplica-se aos órgãos da administração pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”

“Art. 14-A. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, por meio de atos das respectivas Mesas, poderão dispor sobre a matéria de que trata o art. 14 no caso de parcerias público-privadas por eles realizadas, mantida a competência do Ministério da Fazenda descrita no inciso II do § 3º do referido artigo.”

O art. 3º do PLV foi aprovado e sancionado, resultando na Lei nº 13.137, de 2015, que efetivamente alterou a Lei nº 11.079, de 2004, autorizando o Poder Legislativo a contratar PPP, bem como atribuiu às respectivas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal as competências do órgão gestor de parcerias público-privadas nos projetos por eles realizados, restando claro que o Poder Legislativo não estaria submetido ao Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal – CGP, criado pelo Decreto federal n. 5.385, de 2005.

As alterações da Lei nº 11.079, de 2004, foram propostas a fim de subsidiar o projeto da Câmara dos Deputados de construção de um complexo de gabinetes e serviços e foram o ponto mais debatido durante a votação da Medida Provisória n. 668, de 2015, que tratava essencialmente de questões tributárias.

O interesse do Poder Legislativo em aprovar as referidas alterações era tamanho que a votação sobre o tema foi feita em separado dos demais dispositivos da MP n. 668, de 2015, a fim de evitar questionamentos.¹²⁸

Segundo o Deputado Beto Mansur, tendo em vista a difícil situação econômica do país, a intenção da Câmara era poder contratar a PPP para realizar as obras apenas com recursos privados. A empresa que viesse a ser contratada para construir o novo complexo de gabinetes e serviços e, posteriormente, para operar e manter os serviços desses prédios, teria, como contrapartida, o direito de

128 Notícia disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/488478-REGRA-SOBRE-PPP-SERA-VOTADA-EM-SEPARADO-NA-REDACAO-FINAL-DA-MP-668.html>>. Acesso em 20 de julho de 2016.

explorar parte dos novos edifícios, por meio de concessão e por certo período, podendo ser instalados escritórios políticos e partidários, de representação ou mesmo pequenas lojas comerciais, além de auditórios, restaurantes, lanchonetes e empresas prestadoras de serviços.¹²⁹

Além disso, o parceiro privado também poderia explorar parte das mais de cinco mil vagas nos estacionamentos subterrâneos que serão construídos, como forma de obter renda acessória para o retorno financeiro pelo investimento.¹³⁰

Só reforça o interesse político da Câmara em aprovar essas alterações da Lei de PPP o fato de que, antes mesmo da aprovação dessas alterações, a Mesa da Câmara dos Deputados já tinha aprovado em março de 2015 o edital de Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI-001/15) para que as empresas interessadas apresentassem estudos de viabilidade técnica, operacional, econômico-financeira e jurídica com o objetivo de estruturar a primeira proposta de Parceria Público-Privada do Poder Legislativo, na modalidade de concessão administrativa.

O fato é que, agora, o Poder Legislativo poderá concretizar o projeto de Parceria Público-Privada que já existia, pois subsidiado por alteração legislativa expressa na Lei nº 11.079, de 2004.

Num primeiro plano, parece que a alteração legislativa do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 11.079, de 2004¹³¹, ao mencionar apenas o Poder Executivo e o Poder Legislativo, realmente impossibilitou o Poder Judiciário de celebrar Parcerias Público-Privadas.

¹²⁹ Notícia disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/487757-EMPRESAS-INICIAM-ESTUDOS-PARA-CONSTRUIR-COMPLEXO-DE-GABINETES-E-SERVICOS-DA-CAMARA.html>>. Acesso em 20 de julho de 2016.

¹³⁰ Notícia disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/487757-EMPRESAS-INICIAM-ESTUDOS-PARA-CONSTRUIR-COMPLEXO-DE-GABINETES-E-SERVICOS-DA-CAMARA.html>>. Acesso em 20 de julho de 2016.

¹³¹ Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Esta Lei aplica-se aos órgãos da administração pública direta dos **Poderes Executivo e Legislativo**, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Afinal, onde antes existia o termo Administração Pública, na qual, como visto, estava incluído o Poder Judiciário, agora existe “Podres Executivo e Legislativo”.

Ademais, como já indicado, o legislador, a fim de evitar que os projetos de PPP do Poder Legislativo fossem submetidos ao crivo do órgão gestor do Poder Executivo, acrescentou o art. 14-A prevendo que “a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, por meio de atos das respectivas Mesas, poderão dispor sobre a matéria de que trata o art. 14 no caso de parcerias público-privadas por eles realizadas”. Fazendo assim, o legislador evitou que eventual PPP contratada pelo Poder Legislativo ofendesse o princípio da separação dos Poderes, como previu o Ministro Ayres Britto na decisão do CNJ.

De certo, caso o legislador propusesse uma alteração legislativa da mesma maneira que o fez pela Lei nº 13.137, de 2015, para possibilitar o Poder Legislativo a contratar PPP, não haveria óbice para que o Poder Judiciário também pudesse contratar Parcerias Público-Privadas para a consecução das suas atividades-meio.

4 VIABILIDADE E BENEFÍCIOS DA CONTRATAÇÃO DE PPP PELO PODER JUDICIÁRIO

4.1 A viabilidade jurídica

Considerando o quadro jurídico vigente, qual seja, a disposição do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 11.079, de 2004, no sentido de que a referida Lei aplica-se apenas aos órgãos da Administração Pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cumpre verificar a viabilidade de o Poder Judiciário celebrar PPP.

Em um primeiro momento, considerando o referido texto normativo, que excluiu o Poder Judiciário do âmbito de aplicação da Lei nº 11.079, de 2004, depreende-se que por ele não seria viável a contratação de PPP.

Todavia, sopesando o já exposto, no sentido de que o legislador, ao elaborar a Lei nº 11.079, de 2004, previu a utilização do instituto pelo Poder Judiciário, não só porque ele está incluído no conceito de Administração Pública, mas também porque no artigo 4º, III, excetuou a sua utilização no que se refere à atividade jurisdicional, é certo que uma simples alteração legislativa seria suficiente para viabilizar juridicamente tal feito.

A mesma solução utilizada em favor do Poder Legislativo pela Lei nº 13.127, de 2015, poderia ser adotada em favor do Poder Judiciário. Ou seja, bastava que se incluísse o Poder Judiciário no texto do parágrafo único do art. 1º e, a fim de evitar a violação do princípio da separação dos Poderes, se acrescentasse outro artigo atribuindo as competências do órgão gestor de PPP, definidas no art. 14, a determinado órgão do Poder Judiciário, como o CNJ, por exemplo.

Ainda, caso fosse necessário, poder-se-ia acrescentar outro dispositivo restringindo a utilização de PPP pelo Poder Judiciário na modalidade de concessão administrativa, já que, como visto, a contratação pela modalidade de concessão patrocinada não coincide com as suas atividades.

Sob um outro prisma, considerando que o parágrafo único do art. 1º apenas restringiu a utilização das Parcerias Público-Privadas à administração direta dos Poderes Legislativo e Executivo, não fazendo qualquer restrição quanto aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, seria possível cogitar a sua utilização por estes entes vinculados ao Poder Judiciário.

Sabe-se que diversos Tribunais possuem fundos especiais de reaparelhamento do Poder Judiciário, pelo que, pelo menos em tese, seria possível a eles que contratassem uma Parceria Público-Privada, por exemplo, pois não houve restrição legal. Por óbvio o tema é controverso e merece um estudo mais aprofundado, já que os fundos especiais não possuem personalidade jurídica. Contudo, estão previstos na Lei nº 11.079, de 2004, como sendo uma instituição que poderia utilizar do instrumento da PPP.

Há, inclusive, questionamentos sobre a inconstitucionalidade da aplicação da lei aos fundos especiais, já que, repise-se, não possuem personalidade jurídica. Sob o ponto, vale a pena citar o argumento de Toshio Mukai:

Quanto aos fundos especiais, à evidência, é inconstitucional a aplicação da presente lei a eles, assim como às 'demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios' (art. 22, XXVII, CF). Quanto aos fundos especiais, ainda pesa contra eles o fato de que, não tendo personalidade jurídica, não podem exercer direitos e contrair obrigações.¹³²

O mesmo entendimento pode ser aplicado a eventuais autarquias ou fundações públicas que sejam vinculadas ao Poder Judiciário, sendo que aqui não haveria a discussão de que não poderiam contratar, pois, ao contrário dos fundos especiais, essas instituições possuem personalidade jurídica.

Com relação à viabilidade financeira da celebração de PPP pelo Poder Judiciário, também poderia haver alguma perplexidade. Isso porque a Lei nº 11.079, de 2004, ao exigir do parceiro privado um investimento mínimo de R\$20 milhões de

¹³² MUKAI, Toshio. **Parcerias Público-Privadas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 4

reais, previu, em contrapartida, o oferecimento de garantias do investimento por parte do parceiro público.

Como visto, o sistema de garantias criado pela Lei foi um marco no regime de contratações com o Poder Público e tem como principal objetivo atrair os investimentos do setor privado, mitigando os riscos do contrato firmado. No âmbito do Poder Executivo da União, a Lei criou o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, que é uma das modalidades de garantia prevista no art. 8º.

No contexto do Poder Judiciário, uma boa ideia seria a utilização de parcela dos Fundos de Reparcelamento e Modernização do Poder Judiciário dos Estados, os quais possuem receita oriunda das dotações orçamentárias, custas processuais, taxas judiciárias, emolumentos de serventias extrajudiciais, doações, receitas decorrentes de cópias reprográficas, valores recebidos de inscrição de concursos e diversas outras advindas das atividades do Poder Judiciário, para a constituição de Fundos Garantidores.

Afinal, dentre as finalidades dos Fundos de Reparcelamento e Modernização do Poder Judiciário está a de subsidiar as despesas de elaboração e execução de planos, programas e projetos para a modernização e o desenvolvimento dos serviços judiciários, de implementar tecnologias de controle da tramitação dos feitos judiciais, de construir, ampliar as instalações e reformar os prédios, adquirir materiais e serviços, dentre outras, tudo objetivando a obtenção de maior celeridade e eficiência na prestação jurisdicional.

Tal providência desoneraria o limite de 5% das receitas líquidas previsto no art. 28¹³³ da Lei de PPP para que as garantias e as transferências voluntárias da União aos Estados, Distrito Federal e Municípios pudessem ser destinadas aos projetos de PPP de outras áreas importantes, como a saúde e a educação, por exemplo.

¹³³ Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

4.2 Benefícios vislumbrados no uso de PPP pelo Poder Judiciário

Destarte, a partir do momento em que se mostra juridicamente viável, indaga-se então se a utilização de PPPs pelo Poder Judiciário seria vantajosa.

Como já dito, o instituto das Parcerias Público-Privadas surgiu em um contexto de escassez de recursos públicos, quando a iniciativa privada estava desinteressada em contratar com o Poder Público, e a população demandava pela realização de obras de infraestrutura e a prestação de serviços público com maior eficiência.

Lucas Delgado observa que a PPP é resposta ao reconhecimento, pelo Estado, da existência de um direito fundamental dos cidadãos à boa gestão dos serviços públicos e afirma que, se há necessidade da penetração dos princípios da boa governança nas atividades típicas do Poder Judiciário, é óbvio que tais princípios devem estar presentes também quando da execução das atividades exclusivamente administrativas.¹³⁴

Ou seja, segundo o autor, o desafio da boa governança não seria exclusivo do Poder Executivo ou da Administração Público com letras maiúsculas, mas também do Poder Judiciário quando na execução de suas atividades administrativas, não sendo possível admitir-se que este estaria dispensado ou mesmo impedido do dever de buscar mecanismos de gestão mais eficientes, transparentes e sustentáveis.¹³⁵

Canotilho fala acerca de uma nova cama de direitos fundamentais em sedimentação decorrentes do que ele chama de *good governance*:

Good governance significa, numa compreensão normativa, a condução responsável dos assuntos do Estado. Trata-se, pois, não apenas de direção de assuntos de governo/administração mas também da prática responsável de actos por parte de outros poderes do Estado como o poder legislativo e o poder jurisdicional. Em segundo lugar, a *good governance* acentua a interdependência

¹³⁴ DELGADO, Lucas. **Poder Judiciário e Parcerias Público-Privadas. O conselho Nacional de Justiça, acesso à Justiça e boa governança.** Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/369972/mod_folder/content/0/4.P.3%20DELGADO.%20Poder%20Judiciario%20e%20PPP.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 20 de julho de 2016.

¹³⁵ Ibid.

internacional dos estados, colocando as questões de governo como problema de multilateralismo dos estados e de regulações internacionais. Em terceiro lugar, a “boa governança” recupera algumas dimensões do *New Public Management* como mecanismos de articulação de parcerias público-privadas, mas sem ênfase unilateral das dimensões econômicas. Por último, a *goo governance* insiste novamente em questões politicamente fortes como as de governabilidade, da responsabilidade (*aaccountability*) e da legitimação.¹³⁶

Ainda, como bem destacado por Lucas Delgado, considerando que a ideia de boa governança tem como ponto de partida e linha de chegada a promoção dos direitos fundamentais e sendo o Poder Judiciário o guardião desses, seria um contrassenso admitir que ele, no exercício de suas atividades administrativas, não esteja vinculado a tal ideia.¹³⁷

O artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal assegura a todos os cidadãos a duração razoável do processo no âmbito judicial, bem como os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. É dizer, a eficiência, a boa governança, é inerente ao Poder Judiciário, seja na sua atividade jurisdicional, seja nas suas atividades administrativas, pois é necessário que ambas trabalhem juntas para realizar o disposto na Constituição.

As Parcerias Público-Privadas, na modalidade de concessão administrativa, podem ser um ótimo instrumento para a concretização desse direito fundamental, na medida em que se utiliza da agilidade e dos investimentos dos parceiros privados, podendo trazer soluções mais céleres para os velhos problemas do Poder Judiciário.

Conforme exposto e exemplificado abaixo, a Lei nº 11.079, de 2004, trouxe uma série de disposições a fim de garantir a prestação de serviços de maneira mais eficiente, com benefícios para o parceiro privado e para o parceiro público.

¹³⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. “**Brançosos**” e interconstitucionalidade. **Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 327. apud DELGADO, Lucas. **Poder Judiciário e Parcerias Público-Privadas. O conselho Nacional de Justiça, acesso à Justiça e boa governança**. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/369972/mod_folder/content/0/4.P.3%20DELGADO.%20Poder%20Judiciario%20e%20PPP.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 20 de julho de 2016.

¹³⁷ DELGADO, Lucas. **Poder Judiciário e Parcerias Público-Privadas. O conselho Nacional de Justiça, acesso à Justiça e boa governança**. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/369972/mod_folder/content/0/4.P.3%20DELGADO.%20Poder%20Judiciario%20e%20PPP.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 20 de julho de 2016.

De início, as PPPs possibilitariam ao Poder Judiciário a utilização da expertise do parceiro privado para facilitar a solução dos problemas enfrentados pela Administração, que muitas vezes é permeada pela burocracia e pela ineficiência.

Como bem releva Lucas Rocha Furtado, a eficiência constitui a própria razão da existência das Parcerias Público-Privadas. Segundo o autor, o poder público, ao desenvolver instrumentos de parceria, busca nos parceiros privados, em primeiro lugar, a capacidade de desenvolver projetos, sobretudo na área de infraestrutura, com a eficiência que caracteriza a atuação das empresas, que sempre buscam maximizar seus lucros e reduzir seus custos¹³⁸.

A celebração de PPP também possibilitaria a contratação, na mesma oportunidade, no mesmo instrumento contratual, não só dos serviços públicos, que é o objeto principal do contrato, mas também da obra pública e do fornecimento e instalação de equipamentos, evitando a realização de vários procedimentos licitatórios e a celebração de vários contratos com fornecedores distintos, economizando, assim, tempo e dinheiro do Poder Judiciário.

O contrato de PPP, em razão de possuir longo prazo de vigência (até 35 anos), facilitaria a amortização dos investimentos feitos pelo investidor privado, evitando que o Poder Judiciário tivesse que dispende grande quantidade de dinheiro de uma só vez para financiar o projeto desejado, principalmente aqueles de infraestrutura que possuem custos bastante elevados e são tão necessários para garantir o bom exercício de qualquer atividade pública.

Ademais, o fato da Lei nº 11.079, de 2004, dispor que a remuneração dos parceiros privados será paga somente após a disponibilização do objeto da PPP, ou pelo menos de forma proporcional à parcela fruível, que pelo Poder Judiciário seria feita mediante a sua contraprestação, é um dos fatores distintivos desse tipo de contrato, pois permitiria que o Poder Judiciário promovesse a execução de obras e a realização das suas atividades administrativas, ainda que não possuísse recursos financeiros para tanto.

¹³⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 503.

A referida solução permite a redução dos custos do particular e se traduz em benefícios para a própria Administração. Ou seja, a PPP é o instrumento adequado para tempos de contingenciamento orçamentário como o que estamos vivendo.

Outro benefício trazido pela Lei de PPP é a possibilidade de, no final da vigência contratual, o bem imóvel ser revertido para o patrimônio do parceiro público. Tal situação resolveria os problemas relacionados aos exorbitantes gastos com aluguel e com a compra de imóveis pelo Poder Judiciário.

Na contratação de uma PPP, mais do que a entrega do serviço, interessa a qualidade, razão pela qual a Lei nº 11.79, de 2004, determinou que os pagamentos seriam vinculados ao atingimento de metas de qualidade do serviço prestado. Essa peculiaridade das PPPs, além de incentivar uma melhor e mais eficiente prestação de serviços, que é um dos maiores desafios da Administração Pública, garantiria ao parceiro público um melhor acompanhamento do serviço prestado.

É dizer: o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato, incentiva a melhoria na execução do contrato e conseqüentemente no desenvolvimento de um Estado eficiente.

No âmbito do próprio procedimento licitatório seriam explicitados os parâmetros objetivos utilizados para definir o desempenho esperado do parceiro privado, o que traria segurança para a execução do serviço público concedido para ambas as partes e para a própria sociedade, que pode fiscalizar o cumprimento do contrato administrativo.

Marçal Justen Filho observa que “especialmente quando se trata de concessão administrativa, será atribuído ao particular o risco de qualidade”, o que significa que a elevação do nível de qualidade assegurará ao concessionário resultados econômicos mais satisfatórios¹³⁹ e ao Poder Público a prestação de serviço de boa qualidade.

¹³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 834.

O sistema de garantias criado pela Lei nº 11.079, de 2004, é outro grande diferencial, pois atrai substancialmente o investimento privado, na medida em que mitiga os riscos do parceiro privado no que se refere às obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público e não mais o submete ao burocrático e demorado sistema de precatórios. Esse sistema confere previsibilidade e segurança ao parceiro privado e, conseqüentemente, reduz os custos do investimento.

A repartição de riscos trazida pela Lei de PPP também confere maior segurança aos parceiros público e privado. Segundo o art. 5º, III, da Lei, haverá “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”. Ao contrário do que ocorre nos contratos administrativos comuns, a Administração Pública, no caso o Poder Judiciário, não tem que arcar sozinha com os prejuízos sofridos pelo parceiro privado, devendo cada parceiro assumir uma parte do prejuízo.

Diante de tantos benefícios, que não se esgotam no exposto, o que se deseja com a contratação de uma PPP pelo Poder Judiciário é simplesmente a realização das atividades administrativas que apoiam a atividade jurisdicional de forma mais flexível, deixando de lado os rígidos modos de atuação da Administração Pública, permitindo maior eficiência.

Importante esclarecer que, ao contrário do que parece ser, o Poder Judiciário, se contratar uma Parceria Público-Privada, não estaria abandonando as suas atividades administrativas nas mãos do particular. Pelo contrário, embora permitisse a execução dessas atividades pelo particular, o Poder Judiciário deve se manter firme na função de regulação e fiscalização do contrato, delimitando a atuação do contratado em favor dos seus interesses.

Por óbvio, como já afirmado, a contratação de uma PPP não deve ser a solução para todos os problemas, mas deve ser utilizada quando apresentar mais vantagens em face das demais formas de contratação administrativa. Gustavo Binenbojm adverte os riscos do desvirtuamento da contratação da concessão administrativa, única possível ao Poder Judiciário:

O grave risco ensejado pelas concessões administrativas de serviços ao Estado é o do seu uso com desvio de finalidade, de fato, é possível s— ou mesmo previsível — que administradores públicos

descompromissados com a moralidade administrativa venham a pretender usar a disciplina jurídica e a Lei das PPPs, na modalidade de concessão administrativa de serviços ao Estado, para as mesmas situações em que seria exclusivamente aplicável a disciplina dos contratos administrativos da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93). É de todo inconcebível que simples contratos de vigilância, de limpeza, de manutenção de equipamentos, ou outros que tais, possam ter prazos de vigência de até 35 (trinta e cinco) anos, sem que qualquer investimento inicial de vulto o justifique.

Assim, além da nota de complexidade (combinação de obras, fornecimento de bens ou equipamentos e prestação de serviços), é mister que se exija necessariamente o investimento inicial do parceiro privado na criação, ampliação ou recuperação de alguma infra-estrutura (obras e/ou equipamentos), no montante mínimo estabelecido em lei, como justificativa jurídica a constar da fase interna de licitação para a contratação de PPP, na modalidade de concessão administrativa de serviços ao Estado. Aqui, como nas concessões patrocinadas, o uso da PPP deve ser excepcional e especificamente motivado, como o tipo de contratação que melhor atende ao interesse público, consideradas as circunstâncias do caso concreto (Lei nº 11.079/2004, art. 10, I, a).¹⁴⁰

Ou seja, a contratação de PPP deve ser feita de maneira subsidiária, não podendo ser utilizada para abarcar as situações previstas pela Lei nº 8.666, de 1993 ou pela Lei nº 8.987, de 2005.

Contudo, como visto, os benefícios são inúmeros e não se pode privar o Poder Judiciário de usufruí-los, quando possível, em razão de justificativas ideológicas, pouco práticas, pois inexistente qualquer empecilho, salvo a restrição legal que alterou a Lei nº 11.079, de 2004, no ano de 2015, que, como já explicado, poderia ser resolvida mediante simples alteração legislativa.

Como bem menciona Lucas Delgado, as vantagens e a importância da contratação de Parcerias Público-Privadas foram percebidas por outros países, que já adotam o instituto para a realização de investimentos em infraestrutura do Poder Judiciário, a exemplo da Corte do Condado de Victoria, em Melbourne, citada pelo Relator do processo do CNJ.¹⁴¹

¹⁴⁰ BINENBOJM, Gustavo. **As Parcerias Público-Privadas e a Constituição**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 2, mai/jul 2005. p. 5. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/as-parcerias-publico-privadas-ppps-e-a-constituicao>>. Acesso em: 19 de julho de 2016.

¹⁴¹ DELGADO, Lucas. **Poder Judiciário e Parcerias Público-Privadas. O conselho Nacional de Justiça, acesso à Justiça e boa governança**. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/369972/mod_folder/content/0/4.P.3%20DELGADO.%20Poder%20Judiciario%20e%20PPP.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 20 de julho de 2016.

Outro exemplo citado pelo autor é o da Corte do Distrito do Oeste da Austrália, em Perth. A sede da referida corte foi construída em três anos e atualmente conta com uma ampla infraestrutura de salas de julgamento, salas de júri, salas de audiência e mediação, sistema de circulação separados e independentes para jurados, presos, crianças e testemunhas vulneráveis e magistrados, sistema de videoconferência, circuito fechado de televisão, sistema de monitoramento e segurança similar ao de aeroportos, sala de detenção com sistema de segurança *high-tech* e um jardim de terraço a céu aberto.¹⁴²

As Cortes da Província de Alberta, em Calgary, no Canadá, também foram construídas por PPP. O projeto concluído em cinco anos, que conta com a sede da justiça local composta por duas torres paralelas e interligadas por passarelas, é resultado de um desejo da comunidade local de ver as três cortes de sistemas diferentes e cinco edifícios reunidos num único local.¹⁴³

O último exemplo citado pelo autor se refere à *Superior Court of Los Angeles*, que será sediada num edifício em Long Beach, num projeto de PPP avaliado em aproximadamente U\$490.000.000,00 (quatrocentos e noventa milhões de dólares).¹⁴⁴

É certo que a experiência internacional de contratação de PPP pelo Poder Judiciário, com as devidas modificações aplicáveis ao sistema brasileiro, pode ajudar o Judiciário daqui a amadurecer a ideia e desenvolver ótimos projetos, garantindo uma prestação dos serviços administrativos com melhor qualidade e eficiência.

¹⁴² DELGADO, Lucas. **Poder Judiciário e Parcerias Público-Privadas. O conselho Nacional de Justiça, acesso à Justiça e boa governança.** Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/369972/mod_folder/content/0/4.P.3%20DELGADO.%20Poder%20Judiciario%20e%20PPP.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 20 de julho de 2016.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

CONCLUSÃO

Como apresentado no presente estudo, as Parcerias Público-Privadas, em seu sentido estrito, foram instituídas no Brasil, a nível federal, pela Lei nº 11.079, de 2004, como uma nova modalidade de contrato administrativo entre a Administração Pública e os agentes privados. A estruturação das PPPs refletiu um cenário de dificuldades econômicas enfrentadas pelo Brasil, principalmente no que se refere aos projetos de infraestrutura.

Na época, o Estado estava agigantado com tantas demandas sociais e econômicas e precisava encontrar novas formas de gestão dos serviços públicos e das atividades econômicas realizadas pela Administração Pública. A solução encontrada foi a de realizar parcerias com os agentes privados, mais flexíveis e adaptáveis à nova realidade.

A intenção da nova modalidade contratual era, além de garantir o investimento financeiro privado na consecução do interesse público, aprimorar o modelo contratual da Administração, aproveitando a agilidade da atuação privada na execução das atividades de interesse público, pois livre de certas travas burocráticas, muito mais eficiente.

Dentre as novidades trazidas pela Lei nº 11.079, de 2004, destaca-se a contraprestação do parceiro público ao parceiro privado que arca parcialmente, nos casos de concessão patrocinada, ou totalmente com a remuneração devida, nos casos de concessão administrativa; o pagamento dessa remuneração conforme o desempenho do parceiro privado no cumprimento do contrato, conforme as metas de qualidade previamente estabelecidas; a realização do referido pagamento apenas quando entregue o objeto do contrato; a longa duração do contrato (até 35 anos) que possibilita à Administração e ao parceiro privado uma amortização mais lenta do financiamento; o compartilhamento de riscos entre os parceiros privado e público; e a criação de uma sistema de garantias que afiança ao parceiro privado o pagamento da remuneração devida pelo parceiro público sem que tenha que se submeter ao sistema de precatórios.

Em que pese a Lei nº 11.079, de 2004, prever inicialmente que estaria instituindo normas para a contratação de parcerias público-privadas no âmbito dos Poderes da União, dos Estado, do Distrito Federal e dos Municípios, e que o disposto na Lei seria aplicável aos órgão da Administração Pública direta aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente por todos os entes federados, o Conselho Nacional de Justiça, em 2014, respondeu negativamente a uma Consulta formulada pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão sobre a possibilidade de contratação de PPP pelo Poder Judiciário para a construção e aparelhamento de novos fóruns, o fornecimento de veículos, a informatização das Serventias Extrajudiciais e a realização das atividades meio.

Apesar do Relator ter respondido afirmativamente à Consulta, afirmando que “respeitados os limites legais, não haveria nenhum óbice à contratação de PPP pelo Poder Judiciário”, desde que houvesse um condicionamento desses contratos à regulamentação pelo CNJ, o voto vencedor, que respondeu negativamente à Consulta, foi o proferido pelo Ministro Ayres Britto.

Segundo o Ministro Ayres Britto, seria impensável a adoção de PPP pelo Poder Judiciário, tendo em vista (i) a lei se referir à Administração Pública com letras maiúsculas, ou seja, apenas aos órgãos do Poder Executivo; (ii) nenhuma das modalidades de PPP se compatibilizar com as atividades-meio do Poder Judiciário, pois em ambas existiriam a figura da tarifa cobrada do usuário; (iii) que submeter os contratos de PPP do Poder Judiciário ao crivo do órgão gestor de parcerias composto apenas por membros do Poder Executivo violaria o princípio da separação dos Poderes; e (iv) as fontes de financiamento do Poder Judiciário serem apenas o orçamento e as custas e emolumentos, constitucionalmente definidos.

Conforme no presente trabalho, a conclusão do Ministro Ayres Britto é eminentemente ideológica e não reflete qualquer empecilho legal ou prático para a contratação de PPP pelo Poder Judiciário. Isso porque a Lei nº 11.079, de 2004, ao afirmar não ser possível a contratação de PPP para o exercício da atividade jurisdicional previu a possibilidade da sua contratação para as atividades meio do Poder Judiciário; o fato do termo Administração Pública estar em letras maiúsculas

não restringe a sua aplicação apenas ao Poder Executivo; a modalidade de concessão administrativa não possui a figura da taxa, sendo plenamente compatível com a realização das atividades administrativas; o órgão gestor previsto na Lei é unicamente da União, ou seja, aos Estados, Distrito Federal e Municípios cabe a criação dos seus próprios órgãos gestores, o que também não impede a criação de um órgão gestor próprio do Poder Judiciário; e, por fim, o fato de aquelas serem as únicas fontes de financiamento do Poder Judiciário não impedem a contratação de PPP, pelo contrário, elas podem ser utilizadas para a melhoria dos serviços prestados, inclusive para a realização de obras, como a construção de um fórum.

Ainda no ano de 2014, para tentar solucionar o problema e possibilitar expressamente a contratação de PPP pelos Poderes Judiciário e Legislativo, foi proposta uma alteração da Lei nº 11.079, de 2004. Todavia, apesar de aprovada pelo Poder Legislativo, a Presidente da República Dilma Roussef vetou a alteração. O argumento do veto não foi constitucional ou legal, mas se referiu apenas à necessidade de estabelecer limites, garantias e regras de governança a serem aplicadas.

Posteriormente, em 2015, nova alteração à Lei foi proposta e aprovada, sem vetos, mas dessa vez apenas o Poder Legislativo foi beneficiado. A alteração abarcou o parágrafo único do art. 1º, que passou a permitir a aplicação da Lei apenas aos órgãos da Administração Pública direta do Poderes Executivo e Legislativo, e o acréscimo do art. 14-A que atribuiu às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal as atribuições do órgão gestor de PPP para os contratos por eles celebrados.

O novo quadro jurídico, a princípio, proibiu o Poder Judiciário de celebrar PPP, todavia, considerando o quanto exposto acerca da possibilidade para tanto, uma simples alteração legislativa incluindo o Poder Judiciário no rol do parágrafo único do art. 1º e acrescentando um artigo atribuindo as competências do órgão gestor a um órgão do Poder Judiciário, como o CNJ, por exemplo, solucionaria facilmente a questão.

A alteração legislativa que possibilitou o Poder Legislativo de celebrar contratos de PPP afastou, claramente, todos os argumentos do Ministro Ayres Britto

expostos na Consulta formulada pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão. É dizer: afastou os supostos empecilhos que permitiriam apenas ao Poder Executivo a contratação de PPP e reforçou a possibilidade de o Poder Judiciário fazer o mesmo.

Além do mais, a nova redação do parágrafo único do artigo 1º não excluiu a aplicação da Lei de PPP aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios com relação a qualquer dos Poderes, inclusive o Poder Judiciário.

Como dito, os diversos órgãos do Poder Judiciário brasileiro criaram fundos especiais de reaparelhamento e modernização do Poder Judiciário, que possuem receita oriunda das fontes referidas pelo Ministro Ayres Britto, destinadas à execução e projetos de melhoria para a modernização e desenvolvimento dos serviços judiciários, inclusive para ampliação e reforma dos prédios utilizados. Ou seja, em tese, pois previsto na Lei, seria possível que tais fundos contratassem PPP.

Tendo em vista que os fundos especiais não possuem personalidade jurídica, há uma série de questionamentos sobre a inconstitucionalidade do dispositivo legal, mas tal tema deve ser aprofundado em outra ocasião. O fato é que existe uma brecha no parágrafo único do art. 1º que poderia possibilitar a contratação de PPP pelo Poder Judiciário através dos órgãos da Administração Pública indireta.

A contratação de PPP pelo Poder Judiciário poderia trazer uma série de vantagens aos seus órgãos e aos próprios jurisdicionados, melhorando a prestação das atividades administrativas, que poderiam ser realizadas com mais eficiência. Afinal, a prestação de serviços pelos agentes privados é mais flexível e eficiente, livre dos entraves burocráticos da Administração Pública.

As vantagens da contratação de PPP nada mais são do que os diferenciais trazidos na Lei nº 11.079, de 2004, que trouxe uma série de mecanismos capazes de atrair o investimento e a expertise do agente privado, tirando da Administração Pública a obrigação de obter grande quantidade de dinheiro para investir em projetos necessários ao interesse público de forma imediata, mas sim gradual e de

acordo com metas de qualidades a serem cumpridas pelo parceiro privado, o que garante uma prestação de serviços de melhor qualidade e eficiência, que é o grande objetivo da utilização das PPPs.

De certo, os benefícios proporcionados pela contratação de PPP pelo Poder Judiciário poderiam ajudar, e muito, a concretização do direito fundamental a uma prestação jurisdicional em tempo razoável, eficiente, que é o maior desafio atualmente considerando o abarrotamento de processos nos diversos tribunais.

Não se pode admitir que argumentos tão ideológicos e pouco práticos, como os que foram expostos na Consulta formulada ao CNJ, possam impedir que o Poder Judiciário possa se utilizar desse instrumento trazido pela legislação brasileira para facilitar e melhorar a prestação dos serviços de interesse público. Infelizmente, apesar de não ser necessário muito para modificar a situação legislativa da matéria, a ignorância de grande parte da população quanto ao tema não ajuda a torna-lo mais público de modo a pressionar as autoridades para que tomem providências.

De toda forma, se um dia a contratação de PPP pelo Poder Judiciário for de fato concretizada, é certo que teremos boas surpresas e grandes benefícios a todos os jurisdicionados, mas enquanto isso não ocorre nada impede de disseminarmos a ideia.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas e a Constituição. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, mai/jul 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/as-parcerias-publico-privadas-ppps-e-a-constituicao>>. Acesso em: 19 de julho de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2016.

_____. **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] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2016.

_____. **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] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 14 fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2016.

_____. **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] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Consulta. Interessado: Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT. Processo n. TC 046.489/2012-6. Acórdão n. 1301/2013, Plenário, Relator Ministro André de Carvalho, Julgado em 29/05/2013.

CONEXÃO MIGALHAS. **PPPs - Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Migalhas, ano 1, n. 1.

DELGADO, Lucas. **Poder Judiciário e Parcerias Público-Privadas. O conselho Nacional de Justiça, acesso à Justiça e boa governança**. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/369972/mod_folder/content/0/4.P.3%20DELGADO.%20Poder%20Judiciario%20e%20PPP.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 20 de julho de 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Parcerias na administração pública**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 455.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MUKAI, Toshio. **Parcerias Público-Privadas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

OLIVEIRA, FERNÃO JUSTEN DE. **Parceria Público-Privada: aspectos do Direito Público Econômico (Lei nº 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PORTO, Ederson Garin. Parcerias Público-Privadas - PPPs - Análise sob a ótica do postulado constitucional da subsidiariedade. In: José Augusto Dias de Castro e Luciano Benetti Timm. (Org.). **Estudos sobre parcerias público-privadas**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. **Aspectos metodológicos e conteúdo jurídico das Parcerias Público-privadas - PPP: um aprimoramento do modelo contratual da Administração**. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 9, mar/abr/mai 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-MARCO%20AURELIO.pdf>>. Acesso em: 19 de julho de 2016.

SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. **Mecanismos de atuação estatal: As Parcerias Público-privadas (ppps)**, Salvador, n. 20, nov/dez/jan 2009/2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-20-NOVEMBRO-2009-MARCO-AURELIO.pdf>>. Acesso em: 19 de julho de 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas: Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007.

WALD, Arnoldo. **O direito de parceria e a nova Lei de concessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Forum, 2005.