

Processo Administrativo nº: E-17/001/1755/2013

Ementa: Concessão comum de serviço público. Parceria público-privada – PPP. Concessão administrativa ou patrocinada. Manifestação de interesse da iniciativa privada – MIP. Aproveitamento na concessão comum de serviço público. Possibilidade. Institutos compatíveis e assemelhados. Subsistema das parcerias e concessões. Sistemas autopoieticos. Interpretação *in pari materia*. Art. 21 da Lei federal nº 8.987/95. Decreto federal nº 5.977/2006. Art. 23 da Lei estadual nº 2.831/1997. Ausência de regulamentação. Lacuna. Analogia. Aplicação no que couber das disposições do Decreto estadual nº 43.277/2011. Subsídio. Aporte de recursos pelo Estado do Rio de Janeiro à concessão de serviço público comum. Possibilidade. Vantagens comparativas no caso específico com relação ao modelo de PPP. Menor onerosidade para os cofres públicos. Ausência de operacionalidade do Fundo Garantidor. Art. 11 da Lei estadual nº 2.831/1997. Art. 17 da Lei federal nº 8.987/1995 *a contrario sensu*. Considerações desta ASJUR/SEOBRAS.

1 – Introdução

Trata-se de consulta formulada a esta ASJUR a respeito de modelo de parceria com a iniciativa privada a ser firmada pelo Estado do Rio de Janeiro com o intuito de viabilizar a construção e operacionalização da linha 03 do Metrô.

O projeto em questão é de grande importância e relevância social, ligando o Município de São Gonçalo ao Município de Niterói, beneficiando milhões de pessoas no seu transporte diário e propiciando melhoria nas condições de tráfego, redução no impacto ambiental resultante das emissões de gases veiculares com conseqüente melhoria nas condições de vida da população beneficiada.

Esclarece-se que o empreendimento demanda a aplicação de grandes investimentos, além de *expertise* técnica considerável, o que faz com que o Estado do Rio de Janeiro busque vínculos com a iniciativa privada de modo a viabilizar o projeto.

O direito administrativo contemporâneo prevê um leque de opções para a concretização de projetos desse naipe e magnitude que, por sua própria natureza, demandam sinergia e coordenação entre o Poder Público e a iniciativa privada. A partir de 1995 o legislador, tanto em nível federal quanto em nível estadual, deu início à construção daquilo que se pode chamar de *subsistema das parcerias da Administração Pública*, voltado para uma nova visão do papel do Estado em relação

ao desenvolvimento econômico, onde não mais se afigura desejável que a Administração Pública preste serviços, mas que estimule, que ajude, que subsidie a iniciativa privada. Como diz Diogo de Figueiredo Moreira Neto, «o Direito Público em renovação se vai articulando preferentemente centrado no cidadão, no usuário de serviço, no cliente, no administrado e, por extensão, em todas as organizações por ele constituídas, em suma: passa a ser fulcrado, como deve ser, não no Estado e nos interesses públicos que lhe são artificialmente atribuídos, mas na pessoa, com seus valores fundamentais e indisponíveis, que devem ser naturalmente reconhecidos e protegidos»¹. «Quer-se a parceria entre o público e o privado para substituir-se a Administração dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada, hierarquizada», afirma Maria Sylvia Zanela Di Pietro². Entra em cena o Estado Regulador.

Desse subsistema, os dois principais vértices são constituídos pela chamada *concessão de serviço público, ou concessão comum*, prevista na Lei federal nº 8.987/1995 e na Lei estadual nº 2.831/1997, e pela *parceria público-privada, ou concessão especial*, na forma das modalidades de *concessão administrativa e concessão patrocinada*, instituídas pela Lei federal nº 11.079/2004 e pela Lei estadual nº 5.068/2007 (alterada pela Lei estadual nº 6.089/2011).

No caso em exame, os órgãos técnicos responsáveis entenderam, após a realização de estudos e outras considerações, que o modelo mais adequado, especialmente do ponto de vista econômico, seria o da *concessão de serviço público*, e não o da parceria público-privada. Este, devido às circunstâncias específicas do projeto, mostrar-se-ia mais oneroso para o Estado, além de demandar uma maior *expertise* técnica em função da complexidade do modelo.

Ocorre, no entanto, que duas peculiaridades marcam o presente caso conferindo a ele nota distintiva: (i) já houve apresentação de proposta de estudos técnicos, por meio do procedimento de MIP (Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada), por parceiro privado; e (ii) os estudos econômicos desenvolvidos mostraram que, mesmo na hipótese de se adotar o modelo da *concessão de serviço público*, seria necessário o aporte de recursos por parte do Poder Concedente, o que, à primeira vista, desnaturaria o modelo, fazendo-o aproximar-se sensivelmente da *concessão patrocinada ou administrativa*³.

Diante disso, duas são as questões jurídicas submetidas a exame: (i) é possível aproveitar o procedimento da MIP já apresentada para fins de modelagem de uma *concessão de serviço público*, ao invés de uma *concessão patrocinada ou administrativa*?; e (ii) é possível que, em se tratando de *concessão de serviço*

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Nota à segunda edição.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2

³ No caso, importante referir que, seaundo aponta a doutrina especializada, a distinção entre a concessão patrocinada e a concessão administrativa funda-se na auto-sustentabilidade do projeto. Na concessão patrocinada o projeto é economicamente auto-sustentável; no caso da concessão administrativa, não.

público, o Poder Concedente aporte recursos no empreendimento sem que isso desnature o instituto da *concessão comum*, transformando-o numa *concessão especial (administrativa ou patrocinada)*?

2 – Histórico do projeto

Para bem entender a questão envolvendo a Linha Metroviária 03, mostra-se necessário, antes de abordarmos as questões jurídicas suscitadas acima, contextualizarmos esta manifestação, recapitulando, em rápido esboço, o histórico do projeto.

O projeto da Linha 03 do Metrô, ligando os Municípios de Itaboraí, São Gonçalo e Niterói, foi licitado originalmente em 2011, por meio do edital GE 1/2001, prevendo dois lotes. O lote 01, com extensão aproximada de 6 km, compreenderia as obras do trecho entre as estações Carioca (Rio de Janeiro) e Araribóia (Niterói), desenvolvendo-se enterrado sob a Baía da Guanabara. O lote 02, com cerca de 21 km, abrangeria o trecho compreendido entre as estações Araribóia (Niterói) e Guaxindiba (São Gonçalo), com segmentos em elevado e em superfície.

Com o objetivo de viabilizar o empreendimento, o Estado do Rio de Janeiro firmou convênio – contratos de repasse – com a União prevendo o aporte de recursos desta última no projeto.

O Contrato 1/2002, para o lote 01, previu o prazo de 1.620 dias corridos para a execução dos serviços. O prazo contratual teve seu início marcado pela Ordem de Serviço 2/DIREN/2002, de 3/10/2002, e o término da vigência estava previsto para 11/3/2007. Diante da ausência de termos aditivos de prorrogação de prazo, o Contrato 1/2002 foi encerrado em 11/3/2007, por decurso do prazo.

O Contrato 2/2002, para o lote 02, estabeleceu o prazo contratual de 1.260 dias corridos, as já foi objeto de dois termos aditivos de prazo. O 1º Termo Aditivo, assinado em 15/2/2006, prorrogou o contrato até 30/05/2009. O 2º Termo Aditivo, assinado em 29/5/2009, prorrogou-o até 30/6/2011.

Desde a assinatura do Contrato 2/2002, já foram firmados quatro convênios. Os três primeiros convênios, entre o Estado do Rio de Janeiro, por intermédio da Secretaria de Estado de Transportes (Setrans/RJ), e a Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU), não geraram efeitos financeiros e foram cancelados. O terceiro convênio, 1-2008/DT (Siafi 627640), foi encerrado em 22/12/2008, em virtude de questões técnicas apontadas pela CBTU.

O último convênio, Convênio 1/2008 (Siafi 640150), foi assinado em 30/12/2008, com o Ministério das Cidades, representado pela Secretaria Nacional de Transportes e da Mobilidade Urbana (Semob), sem a participação

da CBTU. O valor total desse convênio era de R\$ 62.500.000,00, dos quais R\$ 12.500.000,00 correspondem à contrapartida do conveniente e R\$ 50.000.000,00 ao valor a ser aportado pela União. O mesmo também foi encerrado sem efeitos financeiros⁴.

Pois bem, após a rescisão do Contrato 2/2002, havida em 2012, o Estado do Rio de Janeiro, valendo-se do fato de ter logrado incluir o lote 02 da Linha 03 do Metrô no «PAC Mobilidade Grandes Cidades», do Governo federal, entendeu adequado e conveniente lançar edital de chamamento público ao mercado com a finalidade de obter manifestações de interesse da iniciativa privada com vistas a uma futura Parceria Público-Privada. Naquele momento, esta se mostrava a hipótese mais vantajosa para o Estado, *na medida em que a totalidade dos recursos necessários para o projeto não estava integralmente garantida – o aporte do Governo federal era da ordem de R\$ 1.734 bilhão até então.*

Ocorre, ademais, que os estudos técnicos apresentados pela iniciativa privada não se mostraram técnica e economicamente vantajosos – após avaliação do corpo técnico da SEOBRAS, decidiu-se por bem em não aproveitá-los. Os estudos indicaram, em linhas gerais, altos valores estimados para as obras e ainda um alto montante para a parcela de pagamento realizada pelo Estado como forma de remuneração, a fim de viabilizar o projeto – o que seria incompatível com as restrições orçamentárias experimentadas pelo Estado à época.⁵

Paralelamente, foi apresentada MIP espontânea que propôs a alteração do modal, de metroviário para monotrilho. De posse da MIP, e entendendo que a mesma viabilizaria a implantação do projeto – uma vez que, atendidos, a princípio, os requisitos exigidos para a concretização de Parceria Público-Privada, além de a estimativa encontrar-se mais condizente com a realidade orçamentária estadual –, representantes do Estado do Rio de Janeiro, e da SEOBRAS/RJ, reuniram-se em Brasília-DF, de acordo com o documento que inaugura o presente processo (fls. 03/04), no último dia 08/07, com os Ministros do Planejamento e das Cidades. *Ficou acordado que o projeto da Linha 03, apresentado nos moldes da MIP espontânea receberia um aumento do aporte de recursos do «PAC Mobilidade Grandes Cidades», atingindo o total de R\$ 2.57 bilhões.*

Diante dessa nova conjuntura, a área técnica entende, conforme se pode ver da manifestação de fls. 05/06, necessária nova avaliação quanto ao modelo de contrato – é de saber se o modelo de PPP ainda se mostra o mais vantajoso, tendo em vista que o Estado agora possui a integralidade dos recursos para concretizar o empreendimento, ou se outra founatação mostrar-se-ia mais atrativa, tais como, p. ex., a concessão de serviço público ou a realização de

⁴ V., nesse sentido, o Acórdão n° 634/2012-Plenário TCU.

⁵ Essas informações constam do processo administrativo E-17/001.103/2012.

obras pública nos moldes da Lei federal nº 8.666/93.

Quanto à instrução do Processo Administrativo, note-se que a íntegra da MIP apresentada pelo grupo MEP encontra-se acostada às fls. 07/265.

Esse o breve esboço histórico do projeto da Linha 03, e é nesse contexto que o presente parecer se insere.

Feito este breve intróito e colocado o estado da questão, passamos a opinar sobre a matéria.

3 - Da possibilidade de utilização da NIIP para fins de modelagem de concessão comum de serviço público

Como dito acima, na presente hipótese de implantação e operação da linha 03 do Metrô, particular interessado já apresentou MIP de acordo com o rito estabelecido no Decreto estadual 43.277/2011, deduzindo proposta de realização de estudos e levantamentos técnicos e econômicos.

A questão é que, conforme mencionado, a MIP, como indica o aludido diploma de regência, diz respeito à modelagem de uma *concessão especial*, e não a de uma *concessão comum*. Nesse ponto, diz o supramencionado Decreto regulamentador do procedimento da MIP no âmbito do Estado do Rio de Janeiro que «[p]ara os fins deste Decreto considera-se Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada - MIP, a apresentação de propostas, estudos ou levantamentos. De Parcerias Público-Privadas, por pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada, com vistas à inclusão no PROPAR»⁶. Em seu art. 2º, o mesmo Decreto menciona que «[a] MIP poderá ser apresentada espontaneamente por qualquer pessoa física ou jurídica ou decorrer de solicitação, por Edital Público de Manifestação de Interesse, de órgão do Governo do Estado que **pretenda celebrar Parceria Público-Privada — PPP**» (grifamos).

Então, à primeira vista, teríamos aqui um obstáculo insuperável – o regulamento proposto a este tipo de matéria teria vinculado de modo indissociável o procedimento da MIP à *concessão administrativa ou patrocinada* ou *parceria público-privada*, circunstância que inviabilizaria o aproveitamento *in casu* da manifestação apresentada para a linha 3 do Metrô para fins de construção de modelo de *concessão comum*. Em outras palavras, a MIP serviria, única e exclusivamente, à modelagem e formulação de *concessão especial (administrativa ou patrocinada)*, não podendo ser utilizada, de acordo com a leitura do texto do Decreto acima referido, para a formulação de *concessão comum*. Assim, não restaria outro caminho à Administração estadual senão o de aproveitar a MIP em questão, e desenvolver *uma concessão administrativa ou patrocinada (concessão especial)*, contrariando o fato de que na presente hipótese esta se mostra opção mais onerosa para os cofres

⁶ Art. 1º do Decreto estadual nº 43.277/2011.

estaduais, ou, ao revés, manter a linha escolhida no sentido de viabilizar a linha 3 do Metrô por intermédio duma *concessão comum*, descartando-se, neste caso, a princípio, a MIP já apresentada, e incorrendo nos custos de elaboração de estudos e projetos necessários à licitação.

Entretanto, olhando a situação com mais vagar e cuidado, nota-se que essa incompatibilidade é apenas aparente e não traduz a verdadeira natureza dos institutos em jogo.

Como dito na introdução, as parcerias da Administração Pública formam hoje no direito administrativo um subsistema, coeso e integrado, de institutos jurídicos assemelhados e próximos entre si, todos eles partilhando basicamente da mesma inspiração, princípios e concepções de base.

Ao contrário do que pode parecer, as *concessões especiais (patrocinada ou administrativa)* não se distinguem, em substância, das *concessões comuns* – na realidade – e essa foi uma escolha deliberada do legislador em atenção às sugestões de estudiosos e especialistas no tema — as *parcerias público-privadas (concessão administrativa ou patrocinada)* foram introduzidas no Brasil não como um sistema próprio ou independente, mas, na verdade, como parte integrante do *subsistema das parcerias da Administração Pública*.

Nesse sentido, Maurício Portugal e Lucas Navarro Prado afirmam o seguinte⁷, *in verbis*:

As PPPs previstas na Lei 11.079/2004 foram definidas como espécies de uma «noção geral de concessão», que englobaria tanto as concessões de serviço público, tratadas pelas Leis 8.987/1995, 9.074/1995 e demais leis setoriais, quanto as concessões patrocinadas e administrativas, estabelecidas pela Lei nº 11.079/2004.

Conveniências de natureza econômica e jurídica levaram à definição das PPPs como espécies de concessão⁸.

Nessa ordem de idéias, as *parcerias público-privadas* são espécies de *concessão*, colocando-se lado a lado de outra espécie que é a concessão comum – regulamentada pela Lei das Concessões (Lei federal nº 8.987/1995); tem-se, então, no direito brasileiro um quadro de *concessões* (gênero) que se desdobra em três espécies: *concessão comum* (Lei das Concessões), *concessão patrocinada* e *concessão administrativa* (Lei das PPPs – Lei federal nº 11.079/2004).

Esse fenômeno dos sistemas ou subsistemas não é exclusivo do direito administrativo ou do direito público; o paradigma, no tema, é o direito privado,

⁷ PORTUGAL, Maurício; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP (parceria público-privada): fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 73-74.

⁸ Em nota, os Autores mencionam que «a idéia é originariamente do professor Carlos Ari Sundfeld, e foi adotada in totum no desenho da nova lei».

mais especificamente o tópico da *descodificação do direito civil*. Andrei Pitten Velloso, apoiado nos ensinamentos do civilista italiano Natalino Irti, coloca que

[h]á, ainda, um importante paradigma metodológico, fundado nas modificações legislativas contemporâneas, de indiscutível relevo, consubstanciado no panorama descrito por Natalino Irti em sua notória obra *L'età della decodificazione*, em que, com a ocorrência de uma fuga *dal codice civile*, uma *espropriazione del coclice*, o Código Civil passaria a exercer uma função residual, em um contexto policêntrico, dominado pela legislação especial, que veicularia os direitos gerais. O processo de consolidação que levou, segundo o autor, à época da descodificação teria se originado pela evolução das leis excepcionais (as quais veiculariam meras exceções temporárias e pontuais à disciplina do código, que consistiria no 'direito geral') ou especificadoras (normas especiais que determinariam, em institutos ou campos de interesses singulares, os princípios já acolhidos no código) às leis especiais (estatutos de grupos, que regulariam, de maneira estável, matérias ou grupos de relações, 'expropriando-os' do código), e, posteriormente, destas a **micro-sistemas de normas com princípios próprios e lógicas autônomas**. Assim, na época da descodificação, o Código Civil teria perdido o seu caráter de centralidade no sistema das fontes: a sede de garantia do indivíduo passara a ser a Constituição; **as leis especiais formavam micro-sistemas que, com princípios próprios**, tiravam do Código Civil o caráter de sede de princípios gerais, sendo reservada a este apenas a função de regulação de institutos antigos e de matérias amplíssimas, sempre pressupostas pelas leis especiais⁹. (grifamos).

⁹ http://www.pge.rs.gov.br/upload/revista_pge_57.pdf, p. 28-29. Acessado em 11/07/2013. Segundo Natalino Irti, o quadro ideológico oitocentista, marcado pelas exigências individualistas da Revolução Francesa, traduziu-se, dentre outros aspectos, na «*necessidade da estabilidade*», que, nesse sentido, é a raiz da codificação do direito civil no século XIX. Nesse momento histórico, segundo o Autor, «*a lei se resume à lei do Estado; as leis do Estado são estruturas fechadas, os códigos civis, fixos e duráveis*». No entanto, passadas as grandes transformações do século XX, especialmente após as duas grandes Guerras Mundiais, ocorreu que o reino da imutabilidade e do duradouro foi substituído pela «*aceleração da história*», surgindo daí, no mundo do direito, o fenômeno das leis especiais, «*edificando, ao lado da arquitetura solene dos códigos, outro direito: mais mutável e efêmero, mas portador de requisitos e critérios de disciplina, desconhecidos para o sistema antigo*» (IRTI, Natalino. "L'età della decodificazione."), p. 16-19.

Esses sub ou microsistemas estão presentes não apenas no fenômeno da descodificação do direito civil, mas também, na situação brasileira, p. ex., no que se pode chamar de *subsistema ou microsistema processual de tutela coletiva*, formado pelas leis da ação popular, ação civil pública, ação de improbidade administrativa, dentre outras; situação semelhante se vê no *direito do consumidor*, considerado também um microsistema dotado de princípios próprios que o «expropriam» do Código Civil¹⁰.

No direito administrativo esse processo dá-se, notadamente, com a perda de centralidade da Lei federal nº 8.666/93 no âmbito das contratações públicas. Com o surgimento da Lei federal nº 8.987/95, sob o impacto do processo de desestatização levado a cabo na segunda metade da década de 90, a consecução de serviços públicos assume nova configuração, não mais centrada na prestação direta pela Administração Pública burocrática, mas pela Administração Pública gerencial e com viés regulador. Neste ponto, podemos rememorar as proficuas lições de Luiz Carlos Bresser Pereira, *in verbis*:

A crise do Estado implicou na necessidade de reformá-lo e reconstruí-lo; a globalização tomou imperativa a tarefa de redefinir suas funções. Antes da integração mundial dos mercados e dos sistemas produtivos, os Estados podiam ter como um de seus objetivos fundamentais proteger as respectivas economias da competição internacional. Depois da globalização, as possibilidades do Estado de continuar a exercer esse papel diminuíram muito. Seu novo papel é o de facilitar para que a economia nacional se torne internacionalmente competitiva. A regulação e a intervenção continuam necessárias, na educação, na saúde, na cultura, no desenvolvimento tecnológico, nos investimentos em infraestrutura.¹¹

O cenário surgido é o da *prestação indireta de serviço público*, passando o Estado a exercer uma função reguladora, valendo-se de novos instrumentos de delegação e mecanismos contratuais seguros – como o da *concessão comum* da Lei federal nº 8.987/95.

¹⁰ Como lembrou o Ministro Luiz Fux, então membro do Superior Tribunal de Justiça: «*é que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas*». (Recurso especial 776.549 MG 2007).

¹¹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Revista do Serviço Público, 47 janeiro-abril 1996. Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento, Brasília, maio de 1996.

Tal processo se acentua com o surgimento da Lei federal nº 11.079/2004 que trouxe para o sistema jurídico brasileiro o instituto das *parcerias público-privadas*¹², que pode ser inserida na «terceira e última fase da história dos contratos de concessão», inaugurada pelas Leis federais nºs 8.987/1995 e 9.074/1995. Segundo Maurício Portugal e Lucas Navarro, a Lei das PPPs tem, nessa linha de raciocínio, como um de seus principais objetivos, «autorizar a utilização da estrutura econômica das concessões de serviço público para a contratação de serviços antes submetidos ao regime contratual previsto na Lei nº 8.666/93»¹³. Outro benefício ou conveniência do «encaixe» da Lei das PPPs no sistema das concessões inaugurado pela Lei federal nº 8.987/1995 é o do «aproveitamento para as PPPs de toda a experiência acumulada em relação às desestatizações em geral, e especificamente às concessões, o que constitui um importante fator para a segurança jurídica das partes envolvidas no contrato de PPP»; resulta daí também o aproveitamento de «toda a tradição, as decisões, enfim, a experiência jurídica acumulada no Brasil ao longo de mais de um século em torno das concessões de serviço público, e, particularmente, todo o refinamento que tal experiência sofreu desde 1995»¹⁴.

Significativo nesse aspecto é a dicção do *caput* do art. 2º da Lei das PPPs que expressamente se refere à *parceria público-privada* como «contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa»¹⁵, deixando fora de dúvida a circunstância de que essa nova modalidade de parceria da Administração Pública está inserida no *sub* ou *microsistema das concessões ou parcerias públicas*.

Portanto, se o que se tem diante dos olhos é verdadeiramente um *sub* ou *microsistema*, com princípios, diretrizes, valores e técnicas próprias e especiais, em grande parte distintas daquelas estabelecidas pelo legislador da Lei federal nº 8.666/1993, é possível concluir que os vários elementos ou espécies desse gênero se comunicam, exercendo mútua influência uns sobre os outros.

Como num sistema de vasos comunicantes, os movimentos e configurações duma parte ou elemento do sistema influencia e exerce impacto sobre as outras, havendo aí uma espécie de *feedback* constante, de balanço entre os vários componentes ali presentes. É factível aplicar essa imagem aos sistemas jurídicos também, especialmente àqueles constituídos de textos legais

¹² *Public-private partnerships*, em inglês, e que teriam surgido nos Estados Unidos, na primeira metade do século XX, com a finalidade de, mediante a conjugação de recursos públicos e privados (*joint public and private-sector finding*), financiar programas de caráter educacional. Somente a partir da década de 60 o instrumento das PPPs passou a ser utilizado de maneira mais intensa em projetos de recuperação urbana. V., nesse sentido, *Public-private partnerships: principles of policy and finance*, E. R. Yescombe, Yescombe Consulting Ltd., London, UK.

¹³ PORTUGAL, Maurício; PRADO Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP (parceria público-privada): fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 46.

¹⁴ PORTUGAL, Maurício; PRADO Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP (parceria público-privada): fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 74.

¹⁵ Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

que tratam basicamente da mesma matéria¹⁶.

Na realidade pode-se invocar aqui a teoria do *direito como sistema autopoiético*¹⁷. De acordo com um dos seus principais expoentes, Gunther Teubner, a principal característica da *teoria dos sistemas autopoiéticos* é a afirmação de que um *sistema produz e reproduz seus próprios elementos pela interação deles mesmos entre si*.¹⁸ O direito, nessa perspectiva, pode ser visto como um sistema que se auto reproduz, pois auto referenciado, constituído que é de *comunicações jurídicas*¹⁹ que se auto referenciam, *i.e.* cuja interação intra-sistêmica reproduz *novas comunicações jurídicas, tornando-o, portanto, autônomo em relação a outros sistemas sociais, políticos, etc.* «O fechamento auto referenciado do sistema jurídico mostra-se na relação circular existente entre as decisões judiciais e normas legais: decisões referem-se a normas e normas a decisões», diz Teubner²⁰. Como coloca Niklas Luhmann: «*decisões são juridicamente válidas apenas com base em normas porque estas são válidas apenas quando impostas por decisões*»²¹.

O sistema torna-se auto referenciado quando a referência a fatores externos é, de certo modo, absorvida pelo próprio sistema, sendo substituída por referências internas ou intra-sistêmicas reproduzidas pelo próprio sistema.

¹⁶ Para uma crítica à utilização de metáforas de indole biológica no Direito, v. ROTTLEUTHNER, Hubert, *Biological metaphor in legal thought* in TEUBNER, Gunther, *A new approach to law and society*, Berlin, De Gruyter, 1988, p. 97 e segs.

¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. "Ensaio de uma visão autopoiética do direito administrativo." *Revista da AGERGS (Marco Regulatório)*, Agosto de 2004, p. 26-27. Trata-se de desenvolvimento da chamada «Teoria dos Sistemas», que, nas palavras de Alexandre Santos de Aragão, vê a sociedade como um «*sistema continente de vários subsistemas, entre os quais o Direito, a Política, a Economia, a Religião, a Ciência, cada uma delas com as suas próprias referências, códigos e regras. Por exemplo, para o Direito, o código legal-ilegal, para a Economia, mais lucrativo-menos lucrativo*». A aplicação da «Teoria dos Sistemas» é uma resposta à crise da centralidade normativa do Estado moderno. Este, ao contrário do sucedido na entrada da modernidade ocidental, não mais monopoliza de maneira titânica a produção do direito, do conjunto de regras e princípios que normatizam a conduta social. Nota Aragão que «*a presunção de o Estado poder, de per se, fazer as suas regras de conduta terem os efeitos sociais desejados*» não mais se sustenta na atual quadra histórica, visto que, com a globalização, e com o surgimento da revolução nas comunicações, as redes que daí se formaram não mais permitem que o direito – e o Estado – ignorem a realidade social sobre a qual incide. «*As regras jurídicas*», escreve Aragão, «*devem ter a validade da sua aplicação aferida do ponto de vista da sua eficácia, instrumental à realização prática dos seus objetivos públicos, não apenas do ponto de vista de sua conformidade em tese com os atos normativos hierarquicamente superiores*».

¹⁸ TEUBNER, Gunther. "Irritações jurídicas: para a co-evolução de normas jurídicas e regimes de produção." In: *Direito, sistema e policontextualidade*, por Gunther Teubner. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 292.

¹⁹ Segundo Teubner, o «*sistema legal é um sistema de ações, composto não apenas de discursos jurídicos a respeito de normas e ações organizadas, tais como decisões judiciais e atos legislativos, mas de qualquer ato humano de comunicação que tenha alguma referência à expectativas de natureza jurídica*» (In: TEUBNER, Gunther. "Autopoiesis in law and society: a rejoinder to Blankenburg." *Law & Society Review*, 1984), p. 294.

²⁰ TEUBNER, Gunther. "Irritações jurídicas: para a co-evolução de normas jurídicas e regimes de produção." In: *Direito, sistema e policontextualidade*, por Gunther Teubner. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 295.

²¹ TEUBNER, Gunther. Apud: "Autopoiesis in law and society: a rejoinder to Blankenburg." *Law & Society Review*, 1984, p. 295.

No caso do direito, este se torna autônomo quando a referência a elementos externos (fatos, valores, idéias, etc.), tais como os oriundos da política, moral, religião, etc., são substituídos por referências puramente jurídicas internas ao sistema e produzidas e reproduzidas por ele²².

Como nota Alexandre Santos de Aragão, uma das mais marcantes características do direito contemporâneo é o fato de que «*muitas vezes suas leis se organizam em redes normativas*». Com apoio em Sabino Cassese, Aragão explica que «*as leis, nos ordenamentos organizados em rede, apóiam-se na Constituição, mas a partir de sua edição, legitimam, expressa ou implicitamente, uma série de outras fontes normativas: públicas (regulamentos, editais de licitação e contratos de concessão editados pelo Poder Executivo central ou por entidades reguladoras setoriais), semipúblicas (normas de auto-regulação chanceladas pelo poder público) ou privadas (regulamentos das concessionárias, regulamentos de empresa)*»²³.

Ora, se isso vale para o direito enquanto sistema, vale também para os *sub ou microssistemas jurídicos*, constituídos por regras, princípios e valores que, próximos e semelhantes entre si, acabam por se auto referenciar por meio de uma específica comunicação jurídica onde normas fundamentam-se em decisões e estas, por sua vez, em normas, formando assim um circuito fechado, autônomo, que, de um modo ou de outro, incorpora em si mesmo o referencial externo, tomando-se, por fim, autopoietico, ou seja, capaz de *produzir e reproduzir seus próprios elementos pela interação deles mesmos entre si*²⁴.

Mostra-se inegável que o conjunto das normas relativo à *concessão de serviço público enquanto* tal forma um *sub ou microssistema*, autônomo e auto referenciado, os elementos desse subsistema se referindo uns aos outros de maneira circular e fechada.

Existe, portanto, entre os elementos do *subsistema da concessão de serviço público* uma interação autopoietica, entre, p. ex., a Lei das Concessões e a Lei das PPPs, uma se referindo à outra e, nesse processo, criando novas articulações internas, novos conteúdos jurídicos, novos atos de comunicação e linguagem. O subsistema é autônomo, existindo, entre seus vários elementos, tais como, p. ex., as referidas Leis das Concessões e das PPPs, um entrelaçamento, um encontro donde resultam novos elementos que, por seu turno, irão se referenciar a outros elementos do subsistema²⁵.

²² *Idem*.

²³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teorias pluralistas das fontes do direito: *Lex mercatoria*, ordenamentos setoriais, subsistemas, raicrossistemas jurídicos e redes normativas. 2008.

²⁴ Exemplo disso é que práticas adotadas nas concessões comuns acabaram por serem positivadas na Lei federal nº 11.079/2004, tal como a obrigatoriedade de contratação com SPE (sociedade de propósito específico) combinada com a necessidade de matriz de repartição objetiva de riscos.

²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teorias pluralistas das fontes do direito: *Lex mercatoria*, ordenamentos setoriais, subsistemas, microssistemas jurídicos e redes normativas. 2008, p. 17: «*A Teoria dos Ordenamentos Setoriais é extremamente útil à compreensão da mutação por que atualmente passa o Direito e suas fontes, em especial no que diz respeito à disciplina das atividades econômicas. Os ordenamentos setoriais ou seccionais vieram a constituir instituto de crescente valia quando o Estado verificou a impotência dos seus mecanismos regulatórios tradicionais. Não era mais possível atuar*

Além disso - e encarando a questão por outro ângulo -, em se tratando de leis e textos inseridos dentro do mesmo subsistema, e que, por evidência, tratam de matérias idênticas ou semelhantes, pode-se invocar, com fundamento na tradição hermenêutica e interpretativa, o cânone *in pari materia*. Antonin Scalia e Bryan A. Gardner explicam o ponto, *in verbis*:

Qualquer palavra ou frase sobre a qual um tribunal deva se manifestar é parte de uma lei geral, e seu significado é, portanto, afetado por outras disposições da mesma lei. É também, no entanto, uma parte da totalidade de um *corpus* »*Ihs*. Então, se possível, não deve mais ser interpretada de modo a colidir com o resto do *corpus* do que deveria ser interpretado de forma a colidir com outras disposições da mesma lei. Em consequência as leis que tratam do mesmo assunto — estando *in pari materia* (traduzido como "em paridade de assunto ou tema") — devem, na maior medida, serem interpretadas de forma harmoniosa. Como James Kent explicou em 1826: "Vários atos *in pari materia*, e relativos ao mesmo assunto, devem ser tomados em conjunto, e comparados na sua interpretação, porque eles são considerados como tendo um mesmo objetivo em vista, e operando dentro dum mesmo sistema".²⁶

Tem-se aqui a exacerbação do que o Ministro Eros Grau colocou, numa síntese extremamente feliz: «o direito não se interpreta em tiras»²⁷.

As digressões acima realizadas não foram feitas por mero diletantismo. Revelam, a bem da verdade, que dentre muitos outros subsistemas legais existentes na realidade brasileira, as *parcerias público-privadas (concessões*

satisfatoriamente sem encarar com agilidade e conhecimentos técnicos e específicos a emergente realidade socioeconômica multifacetária com a qual este passara a se deparar»,

²⁶SCALIA, Antonin; GARDNER, Bryan A. *Reading Law: the interpretation of legal texts*. St. Paul, MN: Thomson/West, 2012, p. 252-253. Tradução livre do seguinte trecho: "Any word or phrase that comes before a court for interpretation is part of a whole statute, and its meaning is therefore affected by other provisions of the same statute. It is also, however, part of an entire corpus juris. So, if possible, it should no more be interpreted to clash with the rest of that corpus than it should be interpreted to clash with other provisions of the same law. Hence laws dealing with the same subject - being in *pari materia* (translated as "in a like matter" - should if possible be interpreted harmoniously. As James Kent explained in 1826: "Several acts in *pari materia*, and relating to the same subject, are to be taken together, and compared in the construction of them, because they are considered as having one object in view, and as acting upon one system."

²⁷GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 40. Explica o autor que «[a] interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do texto - até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum».

especiais) e as *concessões comuns* se apóiam no papel do vigente Estado *Regulador*, que, por meio de delegações em sentido amplo, ou concessões em sentido estrito, possui um único e nobre fim, o de prestar serviços públicos de qualidade à população, em atenção aos princípios da eficiência e da subsidiariedade.

Portanto, indo ao ponto nevrálgico desta primeira parte do parecer, é importante concluir que os estudos técnicos e econômicos apresentados pelas empresas interessadas não podem deixar de ser aproveitados com o argumento de que foram voltados, inicialmente, para a confecção duma *parceria público-privada*. Se assim o foram, nada impede que sejam aproveitados para a realização de uma *concessão comum*, pois, como vimos nos parágrafos antecedentes, sempre gravitaram como estudos voltados ao *subsistema das concessões*.

A tese da existência de um *microsistema das concessões*, longe de se constituir como mera digressão nefelibata, confirma-se pela leitura dos textos legais em jogo; vê-se, então, que o mecanismo da manifestação de interesse da iniciativa privada – MLP não é estranho à sistemática das *concessões comuns*. A Lei federal nº 8.987/1995, em seu art. 21, expressa-se de maneira eloqüente, dizendo que «os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital». De modo praticamente idêntico, a Lei estadual nº 2.831/1997, em seu art. 23, também fala que «os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo Poder Concedente ou Permitente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital».

Mais ainda, em se tratando de subsistema autônomo, natural que o procedimento da MIP, previsto expressamente para fins de *concessões especiais* (*patrocinadas e administrativas*), possa também ser utilizado no caso das *concessões comuns*.

Na realidade, examinando os elementos do subsistema com vagar, o que salta aos olhos é que a MIP, se não foi prevista e regulamentada expressamente por ocasião da Lei federal nº 8.987/1995, estava em potência ali mesmo, como se pode notar dos dispositivos legais supra transcritos. O procedimento da MIP aplicável às *concessões especiais* é, na realidade, um desenvolvimento e aprimoramento daquilo que já se encontrava em latência no regime das *concessões comuns* – prova cabal de que as *concessões públicas* compõe sim um *subsistema* – os elementos do sistema interagem, se auto referenciando e, conseqüentemente, produzindo novos elementos, regras, princípios, etc.

O fato é que o procedimento da MIP já existia no âmbito das *concessões*

comuns, apenas que, por surgimento das *concessões especiais*, que demandam uma modelagem mais complexa e detalhista, um tipo contratual mais robusto em virtude da inserção da matriz de riscos, por exigência do mercado, houve um aprimoramento do procedimento de manifestação de interesse da iniciativa privada.

E é nessa linha que Thaísa Juliana Sousa Ribeiro se manifesta, defendendo, em referência à legislação federal, que «*é de bom alvitre assinalar que, embora o PMI, regulamentado [em âmbito federal] pelo Decreto 5.977, de 2006, esteja voltado às PPPs, não se pode deixar de considerar que este seria um importante mecanismo a ser também aplicado às concessões comuns, cabendo ao legislador promover a alteração do artigo 21 da Lei 8.987, de 1995*»²⁸.

Aproveitando o ensejo, a construção aqui defendida foi adotada expressamente pela União ao editar o Decreto federal nº 5.977, de 1º de dezembro de 2006, que, em seu preâmbulo, menciona, como fundamento da regulamentação do procedimento da MIP, não só o art. 3º da Lei das PPPs, como também o art. 21 da Lei das Concessões, de maneira que, tanto num caso como noutro, a MIP mostra-se plenamente aplicável.

Também o Estado de Minas Gerais, ao editar o Decreto estadual nº 44.565, de 03 de julho de 2007, menciona expressamente, em seu art. 1º, que «*[f]ica instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI, que tem por objetivo orientar a participação de particulares na estruturação de projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, de concessão comum e de permissão no âmbito da administração pública direta e indireta do Poder Executivo, nos termos do disposto neste Decreto*».

Da mesma maneira, o Decreto estadual nº 2.889-R, de 01º de novembro de 2011, do Estado do Espírito Santo, prevê, em seu art. 1º, que «*[f]ica instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI, cujo objetivo é orientar a participação de particulares na estruturação de projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, e em projetos de concessão comum e de permissão no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta do Estado, nos termos do disposto neste Decreto*».

O modelo – pensamos – pode ser replicado no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. A Lei estadual nº 2.831/1997 reproduz, quase que *ipsis litteris*, o art. 21 da Lei federal nº 8.987/1995, de maneira que, por analogia sistêmica, não vemos barreira para que o procedimento da MIP estabelecido pelo Decreto estadual nº 43.277/2011 também possa ser utilizado no âmbito das *concessões comuns*. É uma exigência de coerência sistêmica que tal se dê.

E, à guisa de conclusão deste tópico, socorremo-nos mais uma vez de Alexandre Santos de Aragão que lembra que «*à luz do princípio (F. SATTA),*

²⁸ <http://www.conjur.com.br/2012-jul-15/thaissa-ribeiropmi-mecanismo-aplicado-concessoes-comunsftautores>. Acessado em 12/07/2013.

hoje cada vez mais aplicado, pelo qual a Administração, salvo expressa vedação da lei, pode sempre adotar os instrumentos mais idôneos para realizar os fins impostos ou indicados pelas leis», arrematando na linha de que «a lei deixou de ser apenas um meio para impedir a arbitrariedade para se converter em ponto de partida para unia série de atividades nas quais há uma maior margem de delegação e de discricionariedade e um crescente espaço para a técnica»²⁹.

Entendemos, à vista dessas considerações, que a Administração estadual pode se valer da MIP já apresentada para fins de modelagem de uma *concessão comum*, nos moldes da Lei federal n° 8.987/1995 e da Lei estadual n° 2.831/1997.

Cumprido, então, aplicar à presente situação os termos do Decreto estadual n° 43.277/2011 naquilo que for cabível, podendo-se notar, de plano, a desnecessidade na hipótese de submissão do procedimento ao crivo do CGP – Conselho Gestor do PROPAR – em se tratando de *concessão comum*, parecidos não fazer sentido a remessa da MIP ao Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas, podendo o procedimento ser presidido pelo ordenador de despesas responsável pela futura licitação da concessão.

De mais a mais, também se faz necessário alertar que, em se tratando de *concessão comum*, mostra-se imprescindível a edição de Decreto, pelo Governador do Estado, a ser publicado antes do edital de licitação de licitação de concessão, na forma do art. 5° da Lei estadual n° 2.831/1997³⁰.

4 - O aporte de recursos públicos por ocasião de concessão comum não desnatura o instituto. Previsão legal nesse sentido. Dificuldades do modelo de PPP: onerosidade, complexidade técnica e dificuldades institucionais

Superada a primeira questão de opinação, relativa à possibilidade de aplicação

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. p. 25-26. E isso em razão do fato de que, segundo o Autor, com apoio em Santi Romano e Pierre Moor, a «Administração se tornou multipolar (...) a maior parte das atribuições públicas exige não apenas constantes relações recíprocas entre diversas subdivisões administrativas, mas também uma série de relações com o ambiente», daí decorrendo «a necessária especialização técnica de aparatos administrativos setoriais que, a partir de então, foram retiradas do âmbito competencial do poder estatal central». Logo, faz-se mister, segundo Aragão, que a ciência jurídica supere «a concepção estatista e legalista do direito», num sentido de <fortalecimento dos cotpos intermédios entre o Estado central e os indivíduos». Em suma, «o Estado pluralista, como não poderia deixar de ser, leva ao pluralismo do Direito, que não é mais de origem necessariamente estatal. Além do Direito estatal, há o Direito surgido da auto-regulação de grupos econômicos, culturais e sociais». In: (Aragão, Teorias pluralistas das fontes do direito: lex mercatoria, ordenamentos setoriais, subsistemas, microsistemas jurídicos e redes normativas 2008), p. 21-23.

³⁰ Art. 5° - Toda a concessão e permissão de serviço público deverá ser precedida de Decreto do Poder Executivo ou, nas hipóteses previstas nesta Lei, por ato editado pelo Poder Concedente, publicado previamente ao Edital de Licitação, que justifique a conveniência de sua outorga, indique as diretrizes básicas para o regulamento do serviço e da respectiva concorrência e caracterize seu objeto, área e prazo.

do procedimento da MIP para fins de modelagem de *concessão comum*, resta abordarmos a segunda questão, *i.e.* da possibilidade de aporte de recursos públicos neste tipo de avença.

A partir do surgimento da Lei das PPPs no ordenamento jurídico brasileiro, construiu-se, entre os estudiosos e especialistas do direito público e administrativo, uma espécie de consenso. É que, segundo essa *communis opinio*, ou, ainda, com Luis Alberto Warat, senso comum teórico dos juristas, a característica típica, é dizer, a diferença específica entre a *concessão especial (administrativa ou patrocinada)* e a *concessão comum* seria justamente o aporte de recursos públicos na primeira e a ausência dos mesmos na segunda. Em outras palavras, a *parceria público-privada* seria caracterizada pela qualificação de uma concessão comum com aporte de verbas pela Administração Pública, o que não se daria no modelo de *concessão comum*.

Nesse entendimento, a hipótese em exame mostrar-se-ia inviável, na medida em que o aporte de recursos do Estado numa *concessão comum* desnaturaria o instituto, fazendo-o confundir-se inextricavelmente com uma *concessão especial*. Ou seja, o Estado estaria apenas fazendo uso do *nomen juris concessão comum*, quando, na verdade, estaria modelando e colocando em funcionamento uma *concessão especial administrativa ou patrocinada*, em virtude da previsão de aporte de recursos dos cofres públicos.

Ocorre que essa *communis opinio*, por mais respeitável que seja, vai de encontro à disposição legal expressa em sentido diametralmente contrário. É de bem notar que o art. 17 da Lei das Concessões fala nitidamente em *vantagens* ou *subsídios* a serem concedidos pelo Poder Público ao concessionário. A dicção integral do dispositivo é a seguinte: «*art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes*». Ou seja, é permitida, numa interpretação *a contrario sensu*, no âmbito das *concessões comuns*, o oferecimento, por parte do Poder Concedente, de *vantagens* ou *subsídios* ao concessionário privado, contanto que tal medida esteja *autorizada em lei prévia*, e, consequentemente, disponível *a todos os concorrentes*.

A Lei estadual de Concessões (Lei estadual nº 2.831/1997) é mais clara ainda nesse mesmo sentido, conforme se nota do *caput* de seu art. 11: «*art. 11 - Somente será admitida a outorga de subsídios pelo Poder Concedente quando, comprovadamente, a prestação de serviços de caráter essencial for economicamente inviável, e desde que observado o seguinte: (...)*» Em outras palavras, admite-se, em linha de princípio, a *outorga de subsídio pelo Poder Concedente* ao parceiro privado, desde que cumpridos certos requisitos e condições arroladas nos incisos do mesmo dispositivo legal.

Portanto, ao contrário de grande parte dos especialistas que, via de regra, vêem uma incompatibilidade entre o regime da *concessão comum* e a previsão de aporte de recursos públicos, o legislador, tanto na esfera federal quanto estadual, disciplinou a questão de maneira contrária, prevendo de maneira expressa e sem titubear a possibilidade do *subsídio* do Estado (*lato sensu*) ao entre privado que como ele contrata *concessão comum* nos moldes da Lei federal nº 8.987/95 e Lei estadual nº 2.831/1997.

Colocadas as coisas dessa maneira, e, tendo em mente, as expressas disposições legais sobre a matéria, não se mostra necessário nenhum grande salto hermenêutico ou esforço interpretativo – o legislador resolveu a questão, mostrando que, a despeito da opinião em voga, o aporte de recursos públicos numa *concessão comum* não a desnatura; na realidade, tanto nesta última quanto na *concessão especial (administrativa ou patrocinada)* há a possibilidade do referido aporte, desde que observados os requisitos legal e regularmente estabelecidos.

Resolvido este ponto, resta-nos, ainda assim, aprofundarmos a questão. Isto porque tanto o legislador federal quanto estadual falam em *subsídio*, o que, à primeira vista, não esclarece a natureza dessa transferência de recursos públicos ao parceiro privado.³¹

Como subsídio ao enfrentamento da questão, rememora-se que a Lei federal n° 4.320/1964, que traz as normas básicas da contabilidade e orçamentação públicas, divide as *despesas* em *correntes* e *de capital*; as primeiras subdividem-se em *despesas de custeio* e *transferências correntes*; as segundas em *investimentos*, *inversões financeiras* e *transferências de capital*³². Ora, o chamado *subsídio* do *subsistema das concessões públicas* ter-se-á de referir, num primeiro momento, a alguma dessas hipóteses, ocorrendo, em seguida, a sua absorção pelo *subsistema* no processo, já referido alhures, de recursividade³³.

Do próprio texto da referida Lei nota-se que o *subsídio* é, ou uma espécie de *subvenção econômica*, dentro do gênero das *transferências correntes*³⁴, ou uma *transferência de capital*³⁵. Não é outra a linha de pensamento de Mauricio Portugal. Segundo este último, «o conceito de subsídio aponta geralmente para a cobertura de custos, para uma ajuda de custo, um suporte dado por um ente estatal para tornar viável a realização de empreendimentos ou obras de interesse público ou a prestação de serviços de interesse ou utilidade pública»³⁶; complementa dizendo também que «[d]a perspectiva, contudo da contabilidade pública, o sub-

³¹ Vamos nos socorrer neste tópico das importantes contribuições de Mauricio Portugal Ribeiro lançadas no artigo «Aspectos relevantes do subsídio a investimento em concessões e PPPs». Disponível em: <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-aspectos-relevantes-dosubs%C3%ADdio-investimento-em-concess%C3%B5es-e-ppps>. Acessado em: 14/07/2013.

³² É a disciplina que se encontra no art. 12 da Lei.

³³ Pode-se invocar aqui a idéia de "irritação jurídica" mencionada por Gunther Teubner – uma norma estrangeira, quando imposta a uma determinada cultura jurídica, «*atua como uma irritação, uma dolorosa perturbação do mecanismo jurídico que redundando numa cadeia de novos e inesperados acontecimentos. Ela irrita não só a rotina do sistema jurídico, mas também, num sentido mais profundo – e esse é o cerne da minha tese –, as instituições de ligação, os binding arrangements que ligam o direito com seu meio social envolvente*». In: (Teubner, Irritações jurídicas: para a coevolução de normas jurídicas e regimes de produção 2005), p. 157.

³⁴ Diz o inciso II, do § 3°, do art. 12 da Lei federal n° 4.320/1964: «subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril».

³⁵ Diz o § 6, do art. 12: «são Transferências de Capital as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública».

³⁶ PORTUGAL, Mauricio. «Aspectos relevantes do subsídio a investimento em concessões e PPPs.» *PPP Brasil: o observatório das parcerias público-privadas*, 2012, p. 3.

subsidio conferido pelo Poder Concedente ao concessionário ou parceiro privado pode ser caracterizado ou como "subvenção", quando se tratar de subsídio dado para custeio das atividades dessas empresas, isso é cobertura de déficits operacionais; ou, como transferência de capital quando se tratar de subsídio para a realização pelo ente beneficiado de investimentos em obras, fornecimento de equipamentos etc.»³⁷; e arremata concluindo que a Lei federal nº 4.320/1964 «[v]incula, assim, as subvenções e as transferências de capital à cobertura de déficits dos entes beneficiários: déficit operacional, no caso das subvenções; e, déficit decorrente da realização de investimento, no caso das transferências de capital».

Importante notar, nesse ínterim, que a Lei federal nº 4.320/1964 veda a concessão de *subvenções econômicas* ao que chama de «empresas de fins lucrativos» sem que haja prévia e expressa autorização legal³⁸.

Outra limitação prevista na Lei federal nº 4.320/1964 é a que veda a *transferência de capital* para empresa privada quando a finalidade for a aquisição de bens que se incorporem de maneira irreversível ao patrimônio desta última³⁹. Em outras palavras, o *subsídio* na forma de *transferência de capital* somente será possível quando se dirigir à aquisição de bens *reversíveis*; caso contrário, a *subvenção* será inviável nos termos da Lei federal nº 4.320/1964.

A idéia do *subsídio*, portanto, já se encontrava prevista desde os idos de 1964, tanto na forma de *subvenção econômica* quanto na de *transferência de capital*; a Lei das Concessões, em nível federal e estadual, apenas incorporou o modelo, mantendo *grasso modo* a exigência de prévia autorização legal, de maneira que todos os interessados tenham acesso ao benefício e possam formular suas propostas de acordo.

Diante de tal quadro, não se justifica a restrição, sustentada por parte da doutrina e dos estudiosos, de que a técnica do *subsídio* seria incompatível com o regime da Lei das Concessões – e isso por duas razões. A primeira já mencionada acima – é que o texto da Lei das Concessões, seja em nível federal seja em nível estadual, prevê a possibilidade dos subsídios, desde que cumpridos os requisitos ali fixados; a segunda é a mencionada por Maurício Portugal, cujo texto pedimos licença para transcrever na íntegra, *ipsis litteris*:

Havia, também, na versão aprovada pelo Congresso da Lei Federal 8.987/95 dispositivo que permitia a garantia de receita bruta mínima pelo Poder Concedente ao concessionário (art. 24). Esse artigo foi, contudo, vetado pelo Poder Executivo, exatamente, porque, ele estava na contramão dos objetivos do Governo de

³⁷ *Idem*.

³⁸ Art. 19. A Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial.

³⁹ Art. 21. A Lei de Orçamento não consignará auxílio para investimentos que se devam incorporar ao patrimônio das empresas privadas de fins lucrativos.
Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se às transferências de capital à conta de fundos especiais ou dotações sob regime excepcional de aplicação.

utilizar as concessões prioritariamente como instrumento para melhoria da situação fiscal do país, e, por isso, não fazia sentido permitir a criação de comprometimentos de recursos orçamentários por meio da celebração de contratos de concessão.

Alguns juristas interpretaram que esse veto teria tornado inviável a realização de subsídio a concessionário comum de serviço público (e por extensão também a parceiro privado em concessão patrocinada ou administrativa), e alguns chegam a manter esse entendimento mesmo na presença da autorização legislativa em lei especial no âmbito do Poder Concedente, para realizar o subsídio.

Esse entendimento parece-nos equivocado. É que, em primeiro lugar, a criação de restrição, por meio de legislação federal, à realização de subsídio por ente subnacional (Estado ou Município) é tema de Direito Financeiro, e, por isso, conforme art. 163, inc. I, da Constituição Federal, só poderia ser feita por Lei Complementar – nos moldes da Lei 4.320/74, que permitiu a subvenção econômica a empresa lucrativa (inclusive concessionária de serviço público) se houver, para tanto, autorização legislativa específica. O veto, portanto, de um dispositivo de Lei Ordinária jamais poderia ter efeito restritivo do poder genérico dos órgãos subnacionais de criarem subsídios para as atividades que achem cabível.

Em segundo lugar, o veto não tem poder legislativo adicional a não ser o de retirar, apagar, o dispositivo vetado da Lei. Não faz o menor sentido conferir ao veto um poder normativo, como se o veto a uma dada permissão, gerasse automaticamente e per si, uma proibição; ou, o oposto, o veto a uma proibição, gerasse uma permissão. Nesse contexto, o que é relevante é saber se, na ausência da norma vetada, isto é com o seu desaparecimento antes mesmo de se tomar válida no sistema jurídico, subsiste no ordenamento jurídico norma que permita a realização subsídio.

E, como já dito acima, não resta dúvidas que o art. 19, da Lei 4.320/74, permite a subvenção econômica a empresa lucrativa, desde que haja autorização legislativa específica para tanto naquele ente governamental; e, em relação às transferências de capital, nem mesmo a autorização em lei especial (para além da previsão na LOA) é exigida. Há, apenas a exigência de que as transferências de capital não se realizem para investimentos em bens que se incorporem ao patrimônio de empresas privadas (art. 21, da Lei 4.320/74)⁴⁰.

Além do mais, a hipótese não é inédita no Estado do Rio de Janeiro e já foi oportunamente apreciada pela Procuradoria-Geral do Estado – PGE, por meio do Parecer FSM nº 03/2011.

Entendeu-se ali que o Poder Concedente pode *outorgar subsídios* no regime da *concessão comum*, nos termos do art. 11 da Lei estadual nº 2.831/1997, contanto que observadas as condições previstas no dispositivo. Mais ainda, no entender da referida manifestação, o *subsídio* mencionado pela Lei de Concessões estadual não se limita ao chamado *subsídio tarifário* ou *subsídio direto*, não existindo óbice a que se estipule em dada situação concreta o *subsídio indireto*. As razões do aludido

⁴⁰ PORTUGAL, Maurício. "Aspectos relevantes do subsídio a investimento em concessões e PPPs." PPP Brasil: o observatório das parcerias público-privadas, 2012.

Parecer são as seguintes, *in verbis*:

Toda obrigação prevista no contrato de concessão é precificada na tarifa, ou, em outros termos, a tarifa reflete economicamente o conjunto de obrigações da Concessionária e seu lucro. Se uma obrigação era originalmente custeada pela tarifa e passou a ser custeada pelo Poder Concedente deve haver a conseqüente redução tarifária.

De forma geral, tanto no subsídio direto quanto no indireto o Poder Concedente repassa verba à Concessionária, no direto custeando parte da tarifa [e que, na linguagem da Lei federal nº 4.320/64, seria necessariamente a hipótese da *subvenção econômica* (redução de *déficit* operacional)] e no indireto custeando parte das obrigações que eram originalmente da Concessionária, em ambos com intuito de gerar modicidade tarifária [aqui podendo se dar, dependendo da hipótese, a *subvenção econômica* ou a *transferência de capital*].

Desse modo, a situação não é de grande novidade no Estado do Rio de Janeiro – já se reconheceu que, nos termos da Lei estadual nº 2.831/1997, não somente o subsídio é viável, como pode se dar, seja de maneira direta (p. ex., *subsídio tarifário*) seja de maneira indireta.

Importante notar também, na linha da tese da existência de um *microsistema das concessões*, que o *aporte de recursos* do parceiro público, mencionado expressamente pela Lei das PPPs (art. 6, § 2º)⁴¹, tem a mesma natureza funcional do *subsídio* na forma de *transferência de capital* previsto na Lei das Concessões. Inclusive a restrição é a mesma – tanto num caso como noutro os recursos públicos transferidos somente podem ser utilizados pelo parceiro privado «*para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis*». Ou seja, a premissa, em ambos os casos, é a mesma – trate-se de *subsídio* ou de *aporte* ter-se-á, em ambos, na técnica da Lei federal nº 4.320/1964, *transferência de capital*, ficando vedada a utilização destes recursos para fins de aquisição de bens que se incorporem de maneira *irreversível* ao patrimônio do parceiro privado.

Mais uma vez percebe-se aqui a incorporação, por parte do *microsistema das concessões*, de institutos e técnicas de outros departamentos ou setores do ordenamento, que, a partir de então, assumem autonomia, de modo que a previsão de uma regra referencia outra num processo autopoietico de criação de novos conceitos e atos de comunicação.

⁴¹ Art 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

(...)

§ 2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012).

Para finalizar o ponto, interessante mencionar que outros Entes da Federação estão atualmente seguindo a mesma linha de raciocínio defendida neste Parecer. Basta lembrar, nesse sentido, para ilustrar o afirmado, que o Município do Rio de Janeiro, por intermédio de sua Secretaria de Obras, lançou o edital de concessão da «Ligação Transolímpica», prevendo na minuta do contrato de concessão o seguinte:

Capítulo IV — Da equação econômico-financeira do contrato

19. Valor do Contrato e Remuneração

(...)

19.4 Subsídios

19.4.1 O Poder Concedente subsidiará as obras de implantação da Ligação Transolímpica mediante o repasse para a Concessionária de recursos no valor de R\$ [x] (x Reais), nos termos do estipulado na proposta.

19.4.1.1 O repasse de cada parcela dos Subsídios deverá ser feito pelo Poder Concedente em até 10 (dez) dias após a emissão do respectivo documento de cobrança.

(...).

Ou seja, a hipótese presente, que pretende estabelecer *subsídios* em favor do parceiro privado, não é inovadora nem inédita – tanto no âmbito do Estado mesmo quanto no âmbito, p. ex., do Município do Rio de Janeiro, situações semelhantes já foram experimentadas mediante modelos de *concessões comuns* que previram expressamente o *subsídio* (direto ou indireto) ao parceiro privado.

Além disso, os textos legais autorizam a pretensão, desde que sejam observadas as restrições cabíveis, especialmente aquelas do art. 11 da Lei estadual nº 2.831/1997.

Logo, a previsão de subsídio em favor do parceiro privado não desnatura a *concessão comum*, mostrando-se hipótese plenamente cabível e aceitável.

Feitas essas considerações, cuida-se de outro ponto, que reforça a aderência da *concessão comum* como a mais adequada ao presente projeto – a desnecessidade do ponto de vista econômico da estruturação numa *parceria público-privada*.

Não iremos discorrer de modo exaustivo sobre a já conhecida importância das *parcerias público-privadas* no cenário do direito positivo brasileiro. Tal modelo de *concessão especial*, em linhas breves, permite realizar investimentos de larga escala na área de infraestrutura, contemplando uma partilha objetiva de riscos estipulada em matriz, considerando, necessariamente, um tempo maior de amortização dos investimentos.

No presente caso, lastreado em informações do setor técnico, constata-se que o Estado possui, substancialmente, a totalidade dos recursos orçamentários disponíveis para uma obra de infraestrutura de transporte público que permitirá ao concessionário ser remunerado mediante tarifa, sedimentando-o, desta maneira, na concepção tradicional das *concessões comuns* de serviço público previstas na Lei federal nº 8.987/1995. E

mais, como iremos expor, nem sempre as *parcerias público-privadas* são os modelos mais adequados, já que possuem um alto custo de transação para sua modelagem econômico-financeira, onerando, portanto, o custo do projeto.

Neste sentido, cite-se recente acórdão do e. Tribunal de Contas da União (TCU):

4. A Parceria Público-Privada na modalidade concessão administrativa deve ser considerada como alternativa à locação sob medida.

Extrato.

*Ainda no âmbito da Consulta apresentada pelo CSJT, o ministro revisor anotou em seu voto que, "nos termos do art. 2º da Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas - PPP), a Administração Pública pode contratar uma parceria público-privada cujo objeto seja a prestação de serviços precedida pela execução de obra". Observou que "a 'locação sob medida' de imóveis por entes públicos pode estar associada à prestação de serviços prediais. Por viú de consequência, nessa hipótese, pode ser celebrada uma PPP na modalidade 'concessão administrativa' ". Em seguida, enumerou as vantagens oferecidas pela adoção da PPP, entre as quais destacam-se: "a) possibilidade de o Poder Público utilizar a expertise dos agentes privados com o intuito de facilitar a solução de problemas enfrentados pela Administração; b) realização de licitação no âmbito da qual serão explicitados os parâmetros utilizados para definir o desempenho esperado do parceiro privado; c) marco legal bem definido e atual; d) experiência acumulada pelos entes federados ao longo de quase dez anos, além de uma larga experiência internacional, o que facilita a detecção de problemas e pontos críticos; e) prazo longo de vigência (até 35 anos), o que facilita a amortização dos investimentos feitos pelo investidor privado ... j) previsão de que, ao final da vigência contratual, o bem imóvel reverterá para o parceiro público". **Como principal desvantagem da PPP, o ministro revisor apontou "a complexidade do contrato, à qual se associa a necessidade de um estudo acurado das demandas atuais e futuras do ente público contratante. Como se trata de um contrato de longo prazo, eventuais falhas na fase inicial do projeto podem gerar problemas que se agravarão no decorrer desse período".** Por fim, concluiu que a PPP deve ser considerada como uma alternativa à locação sob medida. O Tribunal, ao acolher a proposta oferecida pelo*

ministro revisor, decidiu "recomendar ao CSJT 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 ser-viços públicos adicionados para o bom funcionamento institucional". Acórdão 1301/2013-Plenário, TC 046.489/2012-6, relator Ministro Substituto André Luís de Carvalho, revisor Ministro Benjamin Zymler. 29.5.2013.

Podemos inferir do acórdão acima selecionado, que nem sempre as PPPs, que, a princípio, poderiam ser o melhor modelo aplicado, devem ser escolhidas pela Administração Pública, pois, à luz de determinadas peculiaridades, outros tipos de contratação mostram-se mais vantajosos ou menos onerosos.

Para que uma PPP seja corretamente formulada, é necessário o que os especialistas chamam de «fase de modelagem», onde são realizados estudos de longo prazo para viabilizar o projeto. Dentro da fase de modelagem, é insito na boa prática das concessões especiais realizar dois tipos de análise: o *value for money* (VFM) e o *public sector comparator* (PSC).

Kleber Luiz Zanchim aborda a questão da identificação e valoração econômica de riscos em projetos de concessões especiais:

Constituem item fundamental para a viabilidade de uma PPP, comumente medida pelo modelo de comparação com o investimento direto pelo setor público (*public sector comparator*). Esse modelo avalia se é mais vantajoso o Estado desenvolver diretamente o empreendimento ou se é melhor estruturá-lo sob PPP. A decisão depende de quanto valor a participação do agente privado pode agregar ao projeto (*value for money*), fato atrelado à matriz de risco desenhada ao contrato.⁴²

Ato contínuo, o autor tece crítica a tais tipos de análise, que além de onerosas e demandantes de grande tempo para sua correta formulação, nem sempre conseguem criar um cenário seguro em termos de matriz de riscos:

Um dos grandes problemas desses métodos é a vagueza das respostas. Há riscos que aparecerem como relevantes. Outros, como irrelevantes: outros, ainda, como de importância mediana etc. **Essas palavras ("relevantes", "irrelevantes" e "mediana") são imprecisas e não**

⁴² ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de parceria público-privada (PPP) risco e incerteza*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 120.

favorecem o manejo adequados das áleas.⁴³

Cabe uma ponderação final a respeito da inviabilidade momentânea do presente projeto ser realizado sob o manto legal das *parcerias público-privadas*. O Estado do Rio de Janeiro inaugurou seu programa de PPPs por meio da Lei estadual nº 5.068/2007, criando, para tal, o fundo garantidor das parcerias público privadas.⁴⁴ Posteriormente, foi editada a Lei estadual nº 6.089/2011, alterando dispositivos de fundo na Lei estadual nº 5.068/2007, e criando o «Fundo Fluminense de Parcerias (FFP)» que seria voltado a operacionalizar financeiramente as obrigações do Estado em *concessões administrativas e patrocinadas*. Porém, até o presente momento de 2013, o fundo garantidor não está devidamente regulamentado, o que pode afastar o interesse de alguns agentes que requerem, principalmente, para fins de obtenção de financiamento, garantias dessa natureza. Assim, uma vez que, para muitos, resta inviabilizada a estruturação de um *project finance*, torna-se maior a chance de êxito de uma licitação promovida pelo Estado.

Cumpra apenas ressaltar que, na hipótese de adoção de outro modelo que não o de PPP, o Decreto estadual nº 43.277/2011 é aplicável analogicamente à situação, cabendo ao Secretário de Estado de Obras exercer as mesmas prerrogativas do CGP, especialmente no que tange à avaliação das propostas.

Com relação ao chamamento público, é de se lembrar que o edital deverá seguir, em linhas gerais, a minuta padrão da PGE, apenas que com adaptações relativamente à modelagem – concessão de serviço público, e não PPP – e à autoridade responsável pelo julgamento das propostas.

5 – Conclusão

Ante o exposto, entendemos o seguinte:

1. que o procedimento de MIP poder ser aproveitado para fins de modelagem de uma *concessão comum*, aplicando-se o Decreto estadual nº 43.277/2011 no que couber;
2. que a possibilidade de *subsídio*, a ser concedido pelo Poder Concedente ao futuro concessionário, não desnatura o instituto da *concessão comum*, existindo, na espécie, expressa previsão legal no ordenamento jurídico estadual sobre o tema nesse sentido;

⁴³ ZANCHIM. Kleber Luiz. *Contratos de parceria público-privada (PPP): risco e incerteza*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 123.

⁴⁴ Lei Estadual 5.068/2007: «art. 30. Fica criado o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, com natureza privada, do qual poderão participar, além do próprio Estado, suas autarquias, fundações públicas e empresas estatais, tendo por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos em virtude das parcerias de que trata esta Lei, de acordo com o regulamento».

3. que a presente manifestação seja submetida ao exame da PGE, para análise jurídica da matéria em apreço;
4. que na autorização para realização de estudos técnicos, a proponente da MIP deve expressamente anuir às novas condições, visto que ela outrora se propunha a celebrar uma PPP;
5. que, por aplicação analógica do Decreto estadual nº43.277/2011, o Secretário de Estado de Obras fica investido das mesmas prerrogativas do CGP, devendo publicar o edital de chamamento público, nos termos dos arts. 7º⁴⁵ e 8º⁴⁶ do aludido Decreto; e
6. que essa minuta de edital de chamamento público vincule-se ao máximo do disposto na minuta padrão disponibilizada pela PGE para MIP voltadas à estruturação de PPPs, diferindo desta basicamente no que toca à modelagem do contrato e ao órgão responsável pela apreciação das propostas, que passará a ser o Secretário de Estado de Obras.

É o que nos parece, s.m.j.

Rio de Janeiro, 02 de agosto de 2013.

THIAGO CARDOSO ARAÚJO
Procurador do Estado – RJ
Assessor Jurídico Especial – SEOBRAS/RJ

⁴⁵ “art. 7º. Caso aprovada pelo CGP, a MIP apresentada espontaneamente por pessoa física ou jurídica privada será recebida como proposta preliminar de projeto de PPP, cabendo à Secretaria Executiva dar ciência da deliberação ao proponente e solicitar as informações necessárias para, em conjunto com a Secretaria de Estado competente para o desenvolvimento do Projeto, publicar chamamento público para a apresentação, por eventuais, interessados, de MIP sobre o mesmo projeto.”

⁴⁶ “art. 8º. O chamamento público a que se refere o art. 7º deste Decreto, além de fixar o prazo para a apresentação da MIP pelos eventuais interessados, deverá conter: I – a descrição resumida proposta e dos estudos técnicos a serem desenvolvidos, bem como o prazo fixado para sua conclusão; II – a indicação dos critérios de aproveitamento dos elementos do projeto apresentado e limites para o ressarcimento dos custos incorridos.”

VISTO

aprovo, por estar de acordo, o Parecer TCA nº 03/2013, da lavra do i. Procurador do Estado, Dr. THIAGO CARDOSO ARAÚJO, que, apreciando consulta formulada pelo Ilmo Sr. Secretário de Estado de Obras, concluiu pela viabilidade de se utilizar o procedimento previsto no Decreto nº 43.277/2011, que cuida da Manifestação de Interesse Privado para projetos de Parcerias Público-Privadas, para fins de se alcançar a modelagem final de projetos de concessões comuns, regidas pela Lei nº 8.987/94.

Destacou com propriedade a peça de opinamento que ora se aprova que "a MIA, se não foi prevista e regulamentada expressamente por ocasião da Lei federal nº 8.987/95, estava em potência ali mesmo", pelo que mostra perfeitamente razoável a interpretação de que os procedimentos previstos no Decreto nº 43.277/2011 sejam adotados também para formatação de modelos de *concessões comuns*, razão pela qual se recomenda ao Administrador que, assumindo a documentação acostada aos autos como manifestação espontânea apresentada por particular, prossiga em conformidade com o disposto no artigo 7º da aludida norma regulamentadora⁴⁷.

Aprova-se o parecer, também, na parte em que opinou pela possibilidade de concessão de subsídio ao concessionário, sem que tal fato desnature a natureza da modelagem proposta, a de uma *concessão comum*, transmutando-a em Parceria Público-Privada, extraindo tal conclusão da dicção do artigo 11 da Lei Estadual nº 2.831/97, norma que regulamenta as *concessões comuns* em âmbito estadual.

Ressalte-se, contudo, que tal como já manifestado por esta Casa quando da aprovação do Parecer FSM nº 03/2013, da lavra do i. Procurador do Estado, Dr. FÁBIO DOS SANTOS MACEDO, a concessão de subsídio deverá obedecer rigorosamente os requisitos previstos nos incisos do mencionado dispositivo legal⁴⁸.

⁴⁷ "Art. 7º. Caso aprovada pelo CGP, a MIP apresentada espontaneamente por pessoa física ou jurídica privada será recebida como proposta preliminar de projeto de PPP, cabendo à Secretaria Executiva dar ciência da deliberação ao proponente e solicitar as informações necessárias para, em conjunto com a Secretaria de Estado competente para o desenvolvimento do Projeto, publicar chamamento público para a apresentação, por eventuais interessados, de MIP sobre o mesmo objeto."

⁴⁸ "Art. 11 - Somente será admitida a outorga de subsídios pelo Poder Concedente quando, comprovadamente, a prestação de serviços de caráter essencial for economicamente inviável, e desde que observado o seguinte:

I - a comprovação mencionada no "caput" deste artigo dar-se-á através de parecer técnico-financeiro fundamentado exarado pelo órgão competente do Poder Executivo, que deverá demonstrar, cabalmente, a inviabilidade da concessão sem a outorga do subsídio e indicar a sua quantificação máxima exigida, sendo submetido à aprovação do Governador do Estado;

II - a possibilidade de outorga de subsídio dependerá de prévia autorização legislativa, devendo o Poder Executivo consignar nos orçamentos anuais do Estado, durante o prazo total de concessão do benefício, dotações orçamentárias suficientes à cobertura das obrigações assumidas, ficando, desde já, autorizada a abertura de crédito suplementar ao Orçamento de 1997, na hipótese de outorga de subsídios no presente exercício;

III - o subsídio não poderá importar em garantia de receita mínima à concessionária, visando, exclusivamente, a assegurar a justa remuneração da concessionária e a modicidade da tarifa para o usuário, sem eliminar o risco pela exploração da concessão;

IV - é vedada a outorga de subsídio não previsto no edital e que se estenda por período superior ao estabelecido no contrato de concessão ou de permissão."

Em linha de acréscimo a tudo quanto já exposto no parecer que ora se aprova, importa recomendar ao Administrador que, mesmo optando por modelagem diversa da de uma Parceria Público-Privada, não deixe de, em homenagem ao princípio da eficiência insculpido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, atrelar a remuneração do concessionário a índices de desempenho objetivamente definidos no Edital e no contrato, tal como já preconizado pela doutrina, aqui representada pela lição de Maurício Portugal Ribeiro⁴⁹, *in verbis*:

"Não basta que os indicadores de desempenho sejam bem estruturados para que os contratos de concessão comum e PPP para a prestação de serviços públicos sejam cumpridos de forma eficiente. É preciso que tais indicadores estejam adequadamente conectados com o sistema de pagamentos, de modo a gerar incentivos econômicos para que o parceiro privado os cumpra. Para isso, é indispensável que o descumprimento dos indicadores dê azo a punições (a aplicação de multas, por exemplo) ou à redução do pagamento do parceiro privado (usando a lógica do que se chama na teoria jurídica de "exceção de não cumprimento do contrato")."

Esta recomendação ganha ainda mais contundência, quando se atenta para o fato de que, segundo noticiado no processo administrativo, as obras do novo modal serão custeadas exclusivamente com recursos provenientes da União Federal, o que significa que serão elas auditadas pela Controladoria Geral da União e pelo e. Tribunal de Contas da União, que já possui decisão na qual preconiza seja a remuneração do concessionário atrelada ao desempenho (vide Acórdão nº 2.954/2011-Plenário).

À SEOBAS, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 07 de agosto de 2013.

LUCIA LÉA GUIMARÃES TAVARES
Procuradora-Geral Do Estado

⁴⁹ In Concessões e PPP: melhores práticas em Licitações e Contratos, São Paulo: Atlas, 2011, p. 76. No mesmo sentido, ainda, o entendimento de Egon Bockman Moreira e Fernando Vernalha Guimarães ao asseverar que *'embora inexistente regra equivalente no regime jurídico prescrito pela LGL, a vinculação da remuneração do contratado ao cumprimento de certas metas e níveis de qualidade não é uma técnica juridicamente alheia ao regime das contratações administrativas no direito brasileiro. Tanto nos contratos administrativos gerais (Lei nº 8.666/93) como nas concessões comuns de serviço público (Lei nº 8.987/95) e nas parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/04) há viabilidade jurídica da hipótese. Para as PPPs, inclusive, há disposição explícita neste sentido (art. 7º da Lei nº 11.079/04).'*" ("Regime Diferenciado de Contratações – Alguns Apontamentos. In *Revista de Contratos Públicos*, Ano 1, nº 1, mar/ago de 2012, Belo Horizonte: Forum, p120)