

# CONCESSÃO ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Rafael de Araújo Mazepa\*

## RESUMO

O presente trabalho busca trazer à tona o desrespeito a Constituição da República com o advento da modalidade de Concessão Administrativa de Serviços ao Estado proporcionado pela lei 11.079 de 30 de Dezembro de 2004 que instituiu normas gerais para a contratação pela via das parcerias público-privadas. Tal desrespeito é proporcionado em face do artigo 37, *caput*, de nossa Carta Magna, que traz em seu bojo a moralidade administrativa como princípio fundamental para a administração pública. A tentativa de burla ao disposto na lei 8.666 de 21 de Junho de 1993 (lei de licitações), bem como as maiores regalias ao particular fomenta o referido desrespeito aos mandamentos constitucionais. A solução menos onerosa a administração é que deve ser sempre buscada, tendo em vista o regime jurídico-administrativo e seus princípios basilares (da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público). Ademais, tal instituto, pode ser atacado pela via da ação popular, exposta no artigo 5º, LXII da Constituição da República.

## PALAVRAS-CHAVE

PARCERIAS; CONCESSÃO; ESTADO; MORALIDADE.

## ABSTRACT

The present work search to bring to surface the disrespect the Constitution of the Republic with the advent of the modality of Administrative Concession of Services the State to the proportionate for law 11.079 of 30 of December of 2004 that it instituted general norms for the act of contract for the way of the public-private partnerships. Such disrespect is proportionate in face of article 37, *caput*, of our Great Letter, that brings in

---

\* Acadêmico do 4º ano (8º período), do Curso de Direito da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil e membro do PROINC/UniBrasil.

its bulge the administrative morality as basic principle for the public administration. The attempt of fraud to the precept in law 8.666 of 21 of June of 1993 (law of bidding at an auction), as well as the biggest privileges to the particular one foments the cited disrespect to the orders constitutional. The solution less onerous the administration is that it always must be searched, in view of the legal-administrative regimen and its fundamental principles (of the supremacy of the public interest and the non-availability of the public interest). Besides, such institute, can be attacked by the way of the public interest action, displayed in the article 5º, LXII of the Constitution of the Republic.

## **KEY-WORDS**

PARTNERSHIP; CONCESSION; STATE; MORALITY.

## **1. INTRODUÇÃO.**

Os rumos do direito administrativo se alteraram, por certo. Com o advento da Carta Constitucional de 1988 se percebeu a passagem da era do direito administrativo autoritário, impositivo, e o nascimento de um direito administrativo que prima pela constitucionalidade, pelo devido processo legal e pelo respeito pleno ao direito do cidadão-administrado.

Entretanto, com a concretização de medidas que não demonstram estar em consonância com os moldes constitucionais, impostos pelo Poder Constituinte Originário em 1988, o direito administrativo também tem que se posicionar. Tal é a situação do instituto da concessão<sup>2</sup> administrativa de serviços ao Estado trazido pela lei 11.079 de 30 de Dezembro de 2004, que instituiu normas gerais para a contratação, por parte da administração pública, pela via das parcerias público-privadas (PPP).

Neste sentido, o presente trabalho buscará fazer uma análise crítica do referido instituto à luz do princípio da moralidade administrativa, de modo a buscar sua

---

<sup>2</sup> Concessão, parafraseando Celso Antônio Bandeira de MELLO, é o instituto pelo qual o estado atribui um serviço público (os que defendem a concessão administrativa de serviços ao estado entenderão que nem sempre público, tendo em vista a referida modalidade), a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições avençadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual do equilíbrio econômico-financeiro, seja através da contraprestação contratual pela administração ou pelo pagamento de uma tarifa pelo particular. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 664.

extirpação do ordenamento jurídico brasileiro e sua efetiva inaplicabilidade por parte da Administração Pública de todos os entes federativos.

## 2. A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DE SERVIÇOS AO ESTADO

### 2.1 PRESSUPOSTOS IDEOLÓGICOS

Com o advento da legislação que alberga as Parcerias Público-Privadas, através da lei 11.079 de 30 de Dezembro de 2004, consolida-se, mesmo sob a égide de um governo cuja base partidária reprova o processo de transferência das ações de Estado para o setor privado<sup>3</sup>, no Brasil, o ideal de que o Estado é ineficiente no atendimento de suas demandas, devendo ser minimizado de forma cada vez mais constante. Este pensamento caracteriza o ideal de que a transferência das ações do Estado ao particular é a única forma pela qual este poderá ser eficiente.

Parece bastante claro, na opinião da doutrina (neoliberal), que o Estado Democrático e Social de Direito consagrado pela nossa Constituição não se poderá realizar. Sendo assim, para que o mesmo atenda (ou tente atender) as necessidades básicas dos cidadãos, é que se busca a iniciativa privada, que possui os recursos e a tecnologia necessários para a concretização das obras e a disponibilização dos serviços (públicos) básicos para o cidadão.

A onda neoliberal preconiza a adoção de um Estado mínimo, não intervencionista e que permite que as relações sociais entre o capital e o trabalho se dêem de acordo com a vontade dos agentes manipuladores do mercado<sup>4</sup>. Isso, por certo, não é a vontade do Poder Constituinte originário, que consagrou em nossa carta constitucional uma gama amplíssima de direitos fundamentais, elencada, em especial,

---

<sup>3</sup> A lógica do discurso que fundamenta a passagem das ações de serviços públicos para o setor privado está bem sintetizada no seguinte trecho: “Com a crise do Estado do Bem Estar Social, surgem com grande intensidade os debates neoliberais. Impõe-se ao Estado contemporâneo o desempenho de um novo papel: sai o protagonista absoluto do desenvolvimento econômico e social e surge a personagem co-partícipe na prestação dos serviços públicos em associação com o setor privado. O capitalismo tecnológico globalizante acelera as transformações por que as relações entre o público e o privado têm de passar. A forma clássica, em que o primeiro figura simplesmente como contratante e o segundo como contratado, tem sido substituída por novos modelos. Surgem, então, as práticas genericamente conhecidas por desestatizações, como concessões para exploração de serviços públicos, privatizações e terceirizações, em cujo contexto inserem-se as denominadas parcerias público-privadas”. PEREIRA, Carlos Eduardo de Queiroz. Parcerias público-privadas: novo modelo brasileiro de concessão de serviços públicos e novos desafios para o controle. In:\_\_\_ SOUZA JUNIOR, José Geraldo de (org). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006. p. 39.

<sup>4</sup> COSTA, Éder Dion de Paula. Povo e cidadania no estado democrático de direito. In:\_\_\_ **Revista da faculdade de direito da Universidade Federal do Paraná**. Porto Alegre: Síntese, v. 36, 2001. p. 118.

nos artigos 5º a 17, fomentando a intervenção constante do Estado, haja vista a ordem social exposta nos artigos 193 e seguintes da Carta Política, bem como a valorização do trabalho humano e dos seus valores sociais como um dos princípios estruturantes, tanto da ordem econômica (artigo 170) como da República Federativa do Brasil, conforme artigo 1º, III e IV, da Carta Magna.

Aderir ao modelo neoliberal, portanto, parece ser um contra-senso, face à ordem jurídica posta e pelo seu instrumento norteador que é a Carta Constitucional de 5 de Outubro de 1988.

Neste sentido assevera Lênio Luiz STRECK:

*A globalização excludente e o neoliberalismo que tantas vítimas têm feito em países periféricos não é a única realidade possível. Ou seja, não se pode olvidar que, junto com a globalização, vêm os ventos neoliberais, assentados em desregulamentações, desconstitucionalizações e reflexividades. E tais desregulamentações – e suas derivações – colocam-se exatamente no contraponto dos direitos sociais-fundamentais previstos na Constituição brasileira. Ou seja, as políticas neoliberais são absolutamente antitéticas ao texto da Constituição brasileira. Enquanto o neoliberalismo aponta para desregulamentação, a Constituição aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivistas. Esse é o conceito-chave do Estado Social, cujo papel “é o de promover a integração da sociedade nacional, ou seja, ‘el proceso constantemente renovado de conversión de una pluralidad en una unidad sin perjuicio de la capacidad de autodeterminación de las partes’ (Manuel García-Pelayo). Integração esta que, no caso brasileiro, deve-se dar tanto no nível social quanto no econômico, com a transformação das estruturas econômicas e sociais. Conforme podemos depreender de seus princípios fundamentais, que consagram fins sociais e econômicos em fins jurídicos, a Constituição de 1988 é voltada à transformação da realidade brasileira”<sup>5</sup>.*

Foi o reverso do fundamento exposto em nossa Carta Constitucional que motivou as Parcerias Público-Privadas, em sentido amplo<sup>6</sup>. Ou seja, a idéia de desregulamentação e livre iniciativa mais amplificada são os norteadores do movimento que introduziu o regime de parceria público-privada no Brasil.

Assevera Carlos Ari SUNFELD que:

---

<sup>5</sup> STRECK, Lênio Luiz. Teoria da constituição e estado democrático de direito: ainda é possível falar em constituição dirigente?. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em 20 de outubro de 2005. p. 25.

<sup>6</sup> Carlos Ari SUNFELD assevera que, em sentido amplo, as “parcerias público-privadas são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecido entre a administração pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade geral destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral”. SUNFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In:\_\_\_ SUNFELD, Carlos Ari (coord). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 18.

A partir da década de 90 do século passado, com o início da Reforma do Estado, que diminuiu significativamente o tamanho deste, mas sem que renunciasse à realização dos objetivos que até então vinham sendo buscados. A alternativa foi, então, recuperar os mecanismos para a assunção de responsabilidades públicas por particulares, em substituição ao modelo anterior de gestão estatal<sup>7</sup>.

Uma leitura permeada pelo espírito constitucional, não propicia, como condição *sine qua non*, que a transferência ao particular das ações que antes competiam ao Estado seja a maneira mais eficaz de gerir os recursos públicos, ao revés, aparece, a referida transferência, sim, como a última alternativa a ser adotada pelo Estado para que os cidadãos possam usufruir dos serviços básicos.

Os autores que propugnam pela Reforma do Estado acreditam, conforme as palavras de Luiz Carlos Bresser PEREIRA, que:

A crise do Estado implicou na necessidade de reformá-lo e reconstruí-lo; a globalização tornou 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 - uma intervenção que não apenas compense os desequilíbrios distributivos provocados pelo mercado globalizado, mas principalmente que capacite os agentes econômicos a competir a nível mundial. A diferença entre uma proposta de reforma neoliberal e uma social democrática está no fato de que o objetivo da primeira é retirar o Estado da economia, enquanto que o da segunda é aumentar a governança do Estado, é dar ao Estado meios financeiros e administrativos para que ele possa intervir efetivamente sempre que o mercado não tiver condições de coordenar adequadamente a economia<sup>8</sup>.

A interpretação sistemática da Constituição propicia o entendimento de que o Estado é fomentador principal do desenvolvimento da nação, não podendo/devendo endeusar o mercado. Neste viés todo o ordenamento jurídico (em especial por meio de suas normas infraconstitucionais) deve dar plena efetividade das normas constitucionais.

---

<sup>7</sup> Ibid., p. 19.

<sup>8</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da administração pública burocrática à gerencial**. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>. Acesso em 21 de agosto de 2007. p. 1.

O viés economicista neoliberal é uma reação teórica e política contra o Estado intervencionista e de bem-estar, que é o modelo implantado pela Carta Política de 1988, favorecendo o advento dos ideais do novo liberalismo, onde o modelo econômico privilegia o consumo e o consumismo; individualismo e não individualidade. A desregulamentação e desestruturação são fatores criados. A idéia de igualdade é relegada e o Estado da teoria neoliberal não pode de maneira nenhuma intervir na economia e nas relações individuais. Quem detiver poder de consumo é tratado como cidadão, senhor de seus direitos, ou seja, existem direitos de consumidor-cidadão.

No campo jurídico o alastramento do pensamento neoliberal é evidente e se dá por todas as áreas, com: direito penal máximo, com os movimentos de tolerância zero e dos juizados especiais criminais; relativização dos direitos trabalhistas e criação das câmaras de conciliação; desregulamentação do direito civil; a concessão de vantagens para a iniciativa privada nos contratos administrativos. No modelo neoliberal há um desprezo pelo direito, mesmo porque sempre foi na modernidade uma exigência indeclinável a impossibilidade de regresso ao *status quo ante* quando se tratasse de conquistas constitucionais. É principalmente a elas que se trata de atacar a nova ordem, com os mais variados subterfúgios e dentre os quais a chamada flexibilização. O direito é tratado pelos neoliberais como inimigo da lógica do mercado. Pelo viés neoliberal o que se quer é voltar ao tempo do *pacta sunt servanda*. A dominação que sofrem os países subdesenvolvidos que necessitam de capital externo para sobreviver, mormente no que tange ao pagamento das suas dívidas, requerendo, assim, pelo capital internacional que se honrem os seus compromissos em nome do injusto e ultrapassado princípio geral do *pacta sunt servanda*<sup>9</sup>.

Sendo assim, a idéia de reforma do Estado e Neoliberalismo se encaixam perfeitamente ao mesmo tempo em que devem ser rechaçadas, tendo em vista a necessidade de aplicabilidade de um modelo de gestão do Estado que prime pela dignidade da pessoa humana, pela constitucionalidade plena e pela supremacia do interesse dos cidadãos sobre o interesse do mercado.

Neste sentido, parece certo que a sistemática de Parcerias Público-Privadas, apenas e tão somente, deve ser trazida à tona como *ultima ratio* do sistema de

---

<sup>9</sup> BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 170-195.

contratação por parte do ente público. Em suma, apenas em último caso o Poder Público deve se socorrer do modelo de Parceria Público-Privada para prestar um serviço público<sup>10</sup>.

Neste sentido afirma Paulo MODESTO que:

A aplicação das PPPs deve ser a última opção do Poder Público, quando inexistentes os recursos necessários para a implantação de serviços e obras fundamentais para o país e for inviável a transferência para o parceiro privado do risco econômico de empreendimentos de interesse público. Se não for assim, serviços auto-sustentáveis serão contratados pelo modelo das PPPs, para melhor conforto dos capitais privados, enquanto demandas sociais sem auto-sustentação continuarão esquecidas no quadro das prioridades públicas<sup>11</sup>.

Isto posto, far-se-á, no próximo item, a análise dos aspectos gerais da concessão administrativa na lei que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública (11.079 de 30 de Dezembro de 2004).

## 2.2 OS ASPECTOS GERAIS DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DE SERVIÇOS AO ESTADO

A concessão administrativa, no âmbito do regime de Parcerias Público-Privadas, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004, que em seu artigo 2º, § 2º, conceitua a referida concessão da seguinte forma:

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.

A concessão administrativa é uma das modalidades (espécies) de concessões especiais<sup>12</sup>, ao revés das concessões comuns, reguladas pela lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.

---

<sup>10</sup> “Serviço Público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinadas a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 487.

<sup>11</sup> MODESTO, Paulo. Reforma do estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “serviço público”, “serviços de relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas. In:\_\_\_ SUNFELD, Carlos Ari (coord). **Parcerias público-privadas...** p. 485.

<sup>12</sup> FORTINI, Cristiana; MIGUEL, Frederico Costa. Parcerias público-privadas: aspectos relevantes. **Revista interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, nº. 40, 2006. p. 164.

Do conceito de concessão administrativa se podem extrair suas duas espécies, quais sejam: a concessão administrativa de serviços públicos (a administração na posição de usuária indireta) e a concessão administrativa de serviços ao Estado (a administração na posição de usuária direta).

A primeira, segundo Gustavo BINENBOJM, se trata de:

Espécie do gênero concessão de serviço público, sendo este prestado diretamente ao usuário, sem cobrança de qualquer tarifa, e sendo o concessionário remunerado por contraprestação pecuniária do Poder Público (em conjunto ou não com outras receitas alternativas). Em tal hipótese, a Administração Pública é de ser considerada a usuária indireta dos serviços, vez que estes são prestados diretamente pela concessionária à população. Este seria o caso, por exemplo, de um serviço de coleta de lixo, sem cobrança de tarifa dos usuários diretos<sup>13</sup>.

Por sua vez, Carlos Ari SUNFELD conceitua a concessão administrativa de serviços ao Estado como aquela que:

Tem por objeto os mesmos serviços a que se refere o art. 6º da Lei de Licitações, isto é, o oferecimento de utilidades à própria Administração, que será havida como usuária indireta dos serviços e versará a correspondente remuneração<sup>14</sup>.

Marçal JUSTEN FILHO expõe as características, *lato sensu*, das Parcerias Público-Privadas, quais sejam:

- a) O contrato nunca pode ser inferior a R\$ 20 milhões;
- b) Período deve ser maior ou igual a 5 anos;
- c) Não pode ter como objeto apenas o fornecimento de mão-de-obra, fornecimento ou instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.
- d) Os pagamentos pelo Estado só de dão com a execução e disponibilização do objeto do contrato pelo particular.
- e) No caso da concessão administrativa, o risco de qualidade é atribuído ao particular, sendo que a elevação da qualidade assegurará a este melhor resultado econômico<sup>15</sup>.

Ademais a lei supracitada, em seu artigo 3º assevera que são aplicáveis as concessões administrativas (entre elas a de serviços ao estado) o que

---

<sup>13</sup> BINENBOJM, Gustavo. **As Parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 2 de julho de 2007. p. 4

<sup>14</sup> SUNFELD, Carlos Ari. **Parcerias público-privadas...** p. 30.

<sup>15</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo...** p. 553-558.

dispõe os artigos 21, 23, 25, 27 a 39 da Lei de Concessões (8.987 de 13 de Fevereiro de 1995) bem como o artigo 31 da Lei 9.074 de 7 de Julho de 1995.

No mais, a concessão administrativa de serviços ao estado respeita às imposições gerais da lei nº. 11.079/2004, no que diz respeito à observação das diretrizes<sup>16</sup>, nos seus contratos, nas cláusulas necessárias ao Contrato de Parceria<sup>17</sup>, na forma de contraprestação<sup>18</sup> e garantias ofertadas Administração Pública<sup>19</sup>, a necessidade

---

<sup>16</sup> Assevera o artigo 4º da Lei 11.079/2004:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

- I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
- IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- V – transparência dos procedimentos e das decisões;
- VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;
- VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

<sup>17</sup> Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

- I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;
- II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;
- III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;
- IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;
- V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;
- VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;
- VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;
- VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;
- IX – 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;
- X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

§ 1º As cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de 15 (quinze) dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas nesta Lei ou no contrato para a rejeição da atualização.

§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;

III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

<sup>18</sup> Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

- I – ordem bancária;
- II – cessão de créditos não tributários;
- III – outorga de direitos em face da Administração Pública;
- IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;
- V – outros meios admitidos em lei.

Parágrafo único. O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

de formação de propósito específico, de que trata o artigo 9º, as disposições específicas sobre a forma de licitação nas PPPs<sup>20</sup> e as disposições exclusivas da união, cujo destaque maior se dá no tocante ao Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), nos moldes regulados pelos artigos 16 a 21 da lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004<sup>21</sup>.

Assim sendo, resta claro que na Concessão Administrativa de Serviços ao Estado temos um contrato de prestação de serviços, cuja usuária direta é a Administração Pública, sendo que o prazo para sua execução deve ser superior a 5 (cinco) anos e o investimento privado deve ser de no mínimo R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), sendo que o risco de qualidade é atribuído ao particular e com certas garantias advindas da lei 11.079/2004.

### **3. A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DE SERVIÇOS AO ESTADO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA**

Diante do até agora exposto se pôde perceber que a Concessão Administrativa de Serviços ao Estado tem como princípio fundante a eficiência.

---

<sup>19</sup> Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

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

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

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

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

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

<sup>20</sup> Entre os pontos de maior destaque no tocante a licitação nas PPPs, assevera a doutrina:

- Obrigatoriedade de realização de consulta (audiência, conforme prefere Juarez Tavares) pública.
- Possibilidade de inversão das fases.
- Possibilidade de realização de lances orais.
- Possibilidade de o julgamento ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas.
- Possibilidade de previsão de saneamento de falas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal.

Por todos: MONTEIRO, Vera. **Parcerias público-privadas**: Principais aspectos da legislação federal e estadual. In: \_\_\_ WORKSHOP sobre PPP. Universidade corporativa do serviço público – SEFAZ – Salvador BA. Disponível em: < [www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/Apres\\_Vera\\_Monteiro\\_Sunfeld\\_Advogados.ppt](http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/Apres_Vera_Monteiro_Sunfeld_Advogados.ppt)>. Acesso em 17 de julho de 2007.

<sup>21</sup> Ao concluir sobre o FGP, expõe Kiyoshi HARADA que o referido fundo: “atenta contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da publicidade (art. 37 da CF), dribla o art. 165, § 9º, II da CF e o art. 36 do ADCT; infringe o art. 167, IV da CF; contraria o princípio da quantificação dos créditos orçamentários inserto no artigo 167, VII; violenta o princípio da fixação prévia das despesas que está previsto no art. 167, II. Ademais, esvazia, em parte, o conteúdo dos arts. 70 e 71 da CF, que cometem ao Congresso Nacional a importantíssima missão de fiscalizar e controlar os gastos públicos, ferindo de morte o princípio da legitimidade que deve presidir o controle sob o prisma da legalidade e da economicidade na execução orçamentária e financeira”. HARADA, Kiyoshi. **Parcerias público-privadas**. Parecer. Disponível em <<http://www.haradaadvogados.com.br/?Sessao=Public>>. Acesso em 04 de julho de 2007.

Neste sentido assevera Gustavo BINENBOJM que:

A lógica econômica da concessão administrativa de serviços ao Estado prende-se não apenas ao esgotamento da capacidade de endividamento e investimento do Estado, mas também à busca por um aumento do grau de eficiência na gestão de obras e serviços públicos e no dispêndio de recursos oficiais. O prazo mais dilargado (entre 5 e 35 anos) é justificado pela necessidade de amortização diferida do investimento feito pelo parceiro privado, na medida em que os serviços forem sendo prestados. Com efeito, só prazos mais longos na prestação de serviços podem tornar atrativos os investimentos vultosos exigidos do particular. De outro lado, a maior flexibilidade na elaboração do projeto (projeto básico e projeto executivo), a transferência de parte dos riscos do empreendimento e a variabilidade da remuneração conforme os resultados alcançados criam incentivos para a execução das tarefas, com maior eficiência gerencial, pelos parceiros privados<sup>22</sup>.

Resta claro que, a consagração deste modelo de Estado eficientista o leva a chamar a iniciativa privada para sua estrutura, em busca, incansável e freneticamente, do grau de eficiência para com seus consumidores-cidadãos (que é a terminologia adequada para se vislumbrar o cidadão no atual estágio de Estado, sendo cidadão, apenas e tão somente, a pessoa que tem a possibilidade de ser consumidor, de estar inserido na lógica do mercado). Chama o particular, pois a crença deste modelo de gerenciar a coisa pública assevera que é o particular que dispõe dos meios que possibilitam menor custo e maior grau de satisfação ao consumidor-cidadão.

Tal modelo é um desrespeito a Constituição, que não busca um cidadão-consumidor, busca um cidadão pleno, um cidadão que tenha todos os seus direitos fundamentais respeitados.

Neste sentido Emerson GABARDO derruba o ideal da lógica eficientista ao asseverar que:

O princípio da eficiência é setorial, pois refere-se exclusivamente à Administração Pública, mas está diretamente ligado ao princípio da eficiência do Estado como vetor geral (de caráter ético) do sistema constitucional. Dessa forma, tão importante quanto à relação com os demais princípios da Administração Pública, que não é só externa, mas intrínseca, é a submissão do princípio da eficiência aos princípios estruturantes (ou fundamentais) do sistema constitucional, entre os quais se destaca o Princípio do Estado Social e Democrático de Direito<sup>23</sup>.

Ademais, a Carta Política brasileira parece esculpir que antes da necessidade de se buscar a eficiência na prestação de serviços públicos deve se primar

---

<sup>22</sup> BINENBOJM, Gustavo. **As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição...** p. 5.

<sup>23</sup> GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** São Paulo: Dialética, 2002. p. 90.

pela legalidade (constitucionalidade). A legalidade-constitucionalidade é o *iter*, o caminho pelo qual deve trilhar a administração pública. É a vigência de um modelo de administração pública burocrática o consagrado pela Constituição brasileira.

A administração burocrática deve ser retomada, não se pode dar fomento à administração gerencial, que não prima pelo cidadão. A administração burocrática é aquela que age pautada em procedimentos, pela sucessão ordenada de atos e ações que dão sustentáculo ao objetivo final do administrador. A administração tem o dever de ser eficiente, de deixar o povo feliz, ademais à administração deve ser previsível, ou seja, pautada pelo princípio da legalidade, que é o percurso necessário à administração, devendo não se desvencilhar dos trilhos legais, existindo, em alguns casos, opções ao agente público, que pode optar por qual caminho, sempre nos trilhos da legalidade, dando-se a essa opção o nome de discricionariedade. A conveniência e a oportunidade que pautam a decisão discricionária do administrador são a conveniência e a oportunidade da sociedade e não do administrador<sup>24</sup>.

Certo é que a administração burocrática, pautada pelo princípio da legalidade, garante o regime democrático. As garantias aos servidores públicos, a discricionariedade limitada ao administrador e a não entrega do Estado em prol das relações mercadológicas que podem criar exclusão social e a volta da primazia pela igualdade formal<sup>25</sup> consubstanciam e são garantes da democracia.

Ao se permitir que a racionalidade de uma administração pública gerencial adentre no Brasil se percebe, de acordo com Edmundo ARRUDA JUNIOR “a título de reformar o estado abrem-se espaços para o reforço de novos feudos -, ou melhor, de novos patrimonialismos (interesses privados na esfera pública), presentes nos espaços impuros do público, estatal ou não-estatal. A única mediação estatal passa a ser o Deus-mercado”<sup>26</sup>.

Ademais, a busca desenfreada pela eficiência parece ser insossa, tendo em vista que a legalidade (constitucionalidade), *de per se*, fomenta ações eficientes por parte do Estado. Neste viés não se deve criar legislações que busquem a eficiência em

---

<sup>24</sup> Idéias trazidas em consonância com o pensamento de Romeu Felipe BACELLAR FILHO na abertura do 1º Evento de Iniciação Científica organizado pelo Curso de Direito da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

<sup>25</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Da administração pública burocrática à gerencial. A influência de Max Weber. In: \_\_\_\_ **Crítica jurídica**. Revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho. nº. 24. Curitiba: UniBrasil, 2005. p. 49.

<sup>26</sup> ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. **Direito e século XXI**: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna. Rio de Janeiro: Luam, 1997. p. 82.

detrimento da constitucionalidade e seus desdobramentos em especial a moralidade administrativa.

Neste ensejo, qual seja, a de constitucionalidade dos atos administrativos é que advém o princípio da moralidade administrativa, que pode ser conceituado, nos moldes propostos por Celso Antônio Bandeira de MELLO como o dever de:

A Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé (...). Segundo os cânones da lealdade e boa-fé, a administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos<sup>27</sup>.

O princípio da moralidade<sup>28</sup>, por certo, será aplicável em cada caso concreto, de modo a possibilitar que a Administração Pública observe os preceitos éticos produzidos pela sociedade, não se exaurindo, portanto, em um rol *numerus clausus*.

Neste mesmo sentido a jurisprudência Supremo Tribunal Federal já destacou:

A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. O princípio da moralidade administrativa — enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico — condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. A atividade

---

<sup>27</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20º ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 107.

<sup>28</sup> Interessante observação a respeito da moralidade, enquanto princípio faz Maria Sylvia Zanella DI PIETRO: “Antiga é a distinção entre Moral e Direito, ambos representados por círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à moral e, o menor, ao direito. Licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual non omne quod licet honestum est (nem tudo o que é legal é honesto). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19º ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 92.

estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. (ADI 2.661, Relator: Min. Celso de Mello, DJ 23/08/2002).

Ademais, o controle jurisdicional do ato administrativo pelo viés da moralidade, já foi consagrado pelo E. Supremo Tribunal Federal, conforme exposto:

O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA – ENQUANTO VALOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO – CONDICIONA A LEGITIMIDADE E A VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS.

- A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. (...). (ADI 2.600, Relatora: Min. Ellen Gracie, DJ 25/10/2002).

Parece ser este que o caso da concessão administrativa de serviços ao estado é típico de desrespeito aos mandamentos constitucionais, ao princípio da moralidade administrativa e em última análise ao Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, que é um dos princípios que fundamentam o regime jurídico administrativo.

Na medida em que, os autores que defendem o ideal das Parcerias Público-Privadas asseveram que a concessão administrativa visa desviar dos mandamentos impostos pela lei geral de licitações (lei 8.666 de 21 de Junho de 1993), percebe-se a desvinculação ao princípio da moralidade, deixando fora do centro de foco.

Tentando trazer fundamento para a concessão administrativa de serviços ao Estado Carlos Ari SUNFELD versa que:

A concessão administrativa de serviços ao Estado é uma espécie do gênero contrato administrativo de serviços ao Estado. Esse é gênero que inclui duas espécies: o contrato administrativo de serviços, da lei de licitações, cujo objeto se restringe ao fornecimento de serviços; e o contrato de concessão administrativa de serviços ao Estado, cujo objeto

inclui também a realização de investimento privado para criar, ampliar ou recuperar a infra-estrutura pública<sup>29</sup>.

Entretanto, não parece ser isto o que se verifica. Primeiramente, porque no contrato administrativo de prestação de serviços, por inúmeras vezes, o parceiro privado tende a arcar com um investimento mínimo inicial para o início da empreitada, em especial, tendo em vista a possibilidade de o particular não invocar o *exceptio non adimplenti contractus* (exceção do contrato não cumprido).

Neste sentido, Gustavo BINENBOJM, assevera:

O grave risco ensejado pelas concessões administrativas de serviços ao Estado é o do seu uso com *desvio de finalidade*. De fato, é possível – ou mesmo previsível – que administradores públicos descompromissados com a moralidade administrativa venham a pretender usar a disciplina jurídica da 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<sup>30</sup>.

Torna-se evidente que a concessão administrativa de serviços ao Estado será mero contrato administrativo de prestação de serviços<sup>31</sup>, portanto. Será, nada mais, que um contrato administrativo com maiores garantias ao particular. Será, isto posto, imoral contratar por esta via, pois se estará beneficiando um particular em detrimento dos cidadãos e de outros particulares contratados nos moldes impostos pela Lei 8.666/1993.

Ademais, Juarez FREITAS assevera que:

Com efeito, o parceiro público deve agir de acordo com padrões que não admitem calotes, nem máximas de conduta que coloquem em risco os liames alicerçados na boa-fé. O reconhecimento autônomo dos deveres de probidade (inclusive no Direito Privado - *vide*, neste caso, o art. 422 do Código Civil) representa avanço na marcha do principialismo eficaz, a

---

<sup>29</sup> SUNFELD, Carlos Ari. **Parcerias público-privadas...** p. 31.

<sup>30</sup> Nesses casos, aplicam-se os prazos máximos de um ano, prorrogáveis até o limite de cinco anos, conforme previsto no art. 57, *caput*, II, da Lei nº 8.666/93. BINENBOJM, Gustavo. **As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição...** p. 5.

<sup>31</sup> Existe diferença no contrato de prestação de serviços e no contrato de prestação de serviços públicos. Conforme Celso Antônio Bandeira de MELLO, “na prestação de serviços públicos, o Estado desempenha atividades materiais que, ele, inadmitte estarem relegadas à livre iniciativa, assumindo, desta forma, como atividades suas, por considerar que é seu dever a prestação destes serviços. No mínimo o estado patrocina estas atividades de modo a satisfazer às necessidades sociais. Assim sendo, parece certo o caráter de fundamentalidade, para os cidadãos, da prestação de serviços públicos, pois, buscam a concretização de um direito fundamental, ao revés do mero contrato de prestação de serviços, que parece visar, muito mais, a organização administrativa”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo...** p. 629-630.

iluminar também as PPPs, intensamente blindadas contra práticas desleais<sup>32</sup>.

Entretanto, maior obrigação, do agir de modo probo, por parte da Administração, se dá em face do cidadão, do administrado, que merece que a administração, em suas contratações, haja de modo a resguardar de forma plena o interesse público. Neste sentido, ademais, existe a vinculação do princípio da boa-fé<sup>33</sup> objetiva com o da moralidade administrativa, fazendo com que, na relação entre cidadão e administração, veracidade, confiança, honestidade e lealdade sejam cânones procedimental nos atos por esta realizados perante aquela<sup>34</sup>.

Celso Antônio Bandeira de MELLO constata que na concessão administrativa (*lato sensu*):

O que a Administração teria de pagar para acobertar os dispêndios da prestação do serviço, embora devesse uma tarifa, não seria tarifa alguma, mas uma remuneração contratual como qualquer outra – o que, evidentemente descaracteriza a parceria como uma concessão. Deveras, não basta chamar um contrato de prestação de serviços como concessão para que ele adquira, como em um passe-de-mágica, esta qualidade (...). Assim, percebe-se que o que a lei visa, na verdade, por meio transversos, não confessados, é a realizar um simples contrato de prestação de serviços – e não uma concessão –, segundo um regime diferenciado e muito mais vantajoso para o contratado que o regime geral dos contratos. Ou seja: quer ensejar aos contratantes privados (os parceiros), nas “concessões” administrativas tanto como nas patrocinadas, vantagens e garantias capazes de atender aos mais venturosos sonhos de qualquer contratado<sup>35</sup>.

No caso da concessão administrativa de serviços públicos<sup>36</sup> não parece pairar dúvida sobre a sua devida legalidade e sua necessária utilização quando não

---

<sup>32</sup> FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs): Características, Regulação e Princípios. In:\_\_\_ **Revista interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, nº. 29, 2005. p. 47.

<sup>33</sup> Sobre a boa-fé no direito administrativo discorre Ana Claudia FINGER: “tem-se que a utilização da boa-fé no Direito Público, como elemento para recuperar a crença e a eficácia nas relações entre a Administração Pública e os particulares, a ser necessariamente pautada por deveres éticos de retidão, lealdade e autêntica fidedignidade mútua, é princípio de fundamental importância num Estado Democrático de Direito, eis que se traduz num instrumento jurídico que permite a aproximação do agir estatal o mais próximo possível dos ideais de justiça material”. FINGER, Ana Claudia. **O princípio da boa-fé no direito administrativo**. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/2618>>. Acesso em 28 de agosto de 2007.

<sup>34</sup> LIMA, Cíntia Zara Messias de. Moralidade administrativa: conceito e controle. In:\_\_\_ SOUZA JUNIOR, José Geraldo de (org). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006. p. 72.

<sup>35</sup> MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo...** p. 731-732.

<sup>36</sup> Carlos Ari SUNFELD assevera: “a concessão administrativa de serviços públicos é aquela em que, tendo por objeto os serviços públicos a que se refere o art. 175 da CF, estes sejam prestados diretamente aos administrados sem a cobrança de qualquer tarifa, remunerando-se o concessionário por contraprestação versada em pecúnia pelo concedente (em conjunto, ou não, com outras receitas alternativas). Nesse caso, embora os administrados sejam beneficiários imediatos das prestações, a Administração Pública será havida como usuária indireta, cabendo a ela os direitos e responsabilidades econômicas que, de outro modo, recairiam sobre eles”. SUNFELD, Carlos Ari. **Parcerias público-privadas...** p. 29.

restarem outros meios menos onerosos para que a administração preste o serviço público de forma adequada.

Bastante adequado é o exemplo de Paulo MODESTO no tocante à referida concessão e como ela pode possibilitar a prestação adequada de serviços públicos:

Figure-se a hipótese de a União Federal pretender a instalação de um hospital para atendimento gratuito e especializado a portadores de cardiopatias em um Município carente. Não dispondo a União de recursos orçamentários para a construção e operação de um novo hospital no referido município, nem havendo auto-sustentabilidade econômica do projeto, pela incerteza da demanda e pelo caráter gratuito do atendimento, nem sendo possível a aquisição direta do serviço através de hospitais privados, por ausência de prestadores locais, pode-se cogitar a utilização do modelo da concessão administrativa, remunerando-se o concessionário que assumira a construção e operação do novo hospital mediante a previsão contratual de um percentual de acréscimo aplicável sobre a tabela geral de procedimentos do Sistema Único de Saúde (SUS) ou de uma estimativa de utilização mínima de procedimentos médicos. Em contrapartida aos investimentos e obras exigidos para a construção do hospital, para aquisição das instalações e manutenção dos serviços, além da remuneração paga a todo empreendedor proprietário de hospital credenciado junto ao SUS, o Poder Público asseguraria ao concessionário uma remuneração estimada (de forma semelhante ao pedágio-sombra) ou aplicaria sobre a efetiva utilização de usuários um percentual adicional sobre a tabela de procedimentos-padrão do SUS, com vistas à formação da PPP. O usuário não seria onerado com o custo de procedimentos médicos, o Estado não precisaria arcar imediatamente com o investimento de implantação do serviço e a amortização do capital privado investido ocorreria ao longo do tempo, assumindo o parceiro privado os riscos econômicos da demanda (maior ou menor quantidade de usuários) e outros que lhe sejam assinalados ao vínculo que formar com a Administração<sup>37</sup>.

Entretanto, no caso da Concessão Administrativa de Serviços ao Estado não resta dúvida o quão fere a moralidade administrativa a referida modalidade (de concessão) advinda com a lei das parcerias público-privadas. Não passa de um mero contrato de prestação de serviços em que o particular terá maiores garantias e regalias, onde usufruirá de todos os instrumentos expostos na referida lei (alguns deles inclusive inconstitucionais, como é o caso da utilização da arbitragem, da vinculação de receitas e do Fundo Garantidor das PPP's<sup>38</sup>), sendo que o contrato de prestação de serviços é

---

<sup>37</sup> MODESTO, Paulo. Reforma do estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas. In: SUNFELD, Carlos Ari. **Parcerias público-privadas...** p. 482.

<sup>38</sup> Melhor reflexão sobre o tema faz Celso Antônio Bandeira de Mello. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo...** p. 740-742.

regido pela lei 8.666/1993 (lei de licitações) que assegura de forma plena a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público, pedras de toque do regime jurídico administrativo.

Afastar a aplicabilidade da lei 8.666/1993 é afastar os referidos princípios e fazer com que impere a imoralidade no seio da administração. Estará vigorando a ausência de boa-fé entre a administração pública e seus administrados-cidadãos, que necessitam dos serviços públicos e que os mesmos sejam disponibilizados de forma racional e menos onerosa<sup>39</sup>, de modo que todos os interessados e influenciados pelo contrato administrativo (administração, particular e cidadão) saíam beneficiados. É a imposição do princípio da moralidade administrativa no âmbito de seus contratos. O agir probro, de boa-fé e de respeito ao interesse público<sup>40</sup> no âmbito dos contratos administrativos é a efetivação plena do princípio da moralidade administrativa.

Diante disto, não resta dúvida que, qualquer cidadão, em sendo efetivado o contrato pela via da concessão administrativa de serviços ao Estado, poderá atacar a decisão administrativa e a referida contratação, pela via da ação popular<sup>41</sup>, com fundamento no artigo 5º, LXIII, da Carta Constitucional de 1988, tendo em vista que o referido negócio jurídico celebrado pela administração pública vem a ferir a moralidade administrativa.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posto isto, a utilização por parte da administração pública da concessão administrativa de serviços ao Estado trazida no bojo da lei 11.079 de 30 de Dezembro de 2004, que institui normas de cunho geral para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, está em descompasso

---

<sup>39</sup> A própria lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 (lei de concessões e permissões), traz no seu artigo 6º, § 1º o conceito de serviço adequado, sendo aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

<sup>40</sup> Sobre o conceito de interesse público ver: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo...** p. 37-47.

<sup>41</sup> A lei nº. 4.717 de 29 de Junho de 1965 regulamenta a ação popular. Segundo Marçal JUSTEN FILHO “a ação popular é uma ação constitucional destinada a proteger interesse difuso e objetivo de qualquer cidadão em obter o provimento jurisdicional de anulação de ato praticado por agente estatal ou, se privado, beneficiário de recursos públicos, lesivo ao patrimônio, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo...** p. 790.

pleno com o princípio constitucional da moralidade administrativa esculpido no artigo 37 de nossa Carta Constitucional.

Nem mesmo a aplicabilidade desta modalidade como *ultima ratio* do sistema de contratação por parte do Poder Público pode ser alicerce fundante da legalidade do referido diploma contratual.

Assim sendo, parece eivado de plena inconstitucionalidade o referido instituto, podendo, até mesmo, ser atacado via ação popular, nos moldes impostos pelo artigo 5º, LXII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, caso o Poder Público busque a utilização deste instrumento.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. **Direito e século XXI: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna**. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 2, 2005. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 2 de Julho de 2007.

COSTA, Éder Dion de Paula. Povo e cidadania no estado democrático de direito. In: \_\_\_\_ **Revista da Faculdade de direito da Universidade Federal do Paraná**. Porto Alegre: Síntese, v. 36, 2001.

FINGER, Ana Claudia. **O princípio da boa-fé no direito administrativo**. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/2618>>. Acesso em 28 de Agosto de 2007.

FORTINI, Cristiana; MIGUEL, Frederico Costa. Parcerias público-privadas: aspectos relevantes. **Revista interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, n.º. 40, 2006.

FREITAS, JUAREZ. Parcerias Público-Privadas (PPPs): Características, Regulação e Princípios. **Revista interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, n.º. 29, 2005.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

HARADA, Kiyoshi. **Parcerias público-privadas**. Parecer. Disponível em <http://www.haradaadvogados.com.br/?Sessao=Public>. Acesso em 04 de Julho de 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2.º ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA, Cíntia Zara Messias de. Moralidade administrativa: conceito e controle. In: \_\_\_\_ SOUZA JUNIOR, José Geraldo de (org). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

MODESTO, Paulo. Reforma do estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “serviço público”, “serviços de relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas. In: \_\_\_\_ SUNFELD, Carlos Ari (coord). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MONTEIRO, Vera. **Parcerias Público-Privadas: Principais aspectos da legislação federal e estadual**. In: \_\_\_\_ WORKSHOP sobre PPP. Universidade corporativa do serviço público – SEFAZ – Salvador BA. Disponível em: <[www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/Apres\\_Vera\\_Monteiro\\_Sunfeld\\_Advogados.ppt](http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/Apres_Vera_Monteiro_Sunfeld_Advogados.ppt)>. Acesso em 17 de Julho de 2007.

PEREIRA, Carlos Eduardo de Queiroz. Parcerias público-privadas: novo modelo brasileiro de concessão de serviços públicos e novos desafios para o controle. In: \_\_\_\_

SOUZA JUNIOR, José Geraldo de (org). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da administração pública burocrática à gerencial**. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>. Acesso em 21 de Agosto de 2007.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Da administração pública burocrática à gerencial. A influência de Max Weber. In:\_\_\_ **Crítica jurídica**. Revista Latinoamericana de política, filosofia y derecho. n°. 24. Curitiba: UniBrasil, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. Teoria da constituição e estado democrático de direito: ainda é possível falar em constituição dirigente?. Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em 20 de Outubro de 2005.

SUNFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In:\_\_\_ SUNFELD, Carlos Ari (coord). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.