

# CONCEITO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

---

## *THE CONCEPT OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP IN LIGHT OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION*

**RICARDO MARCONDES MARTINS**

Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP.  
Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC-SP.  
ricmarconde@uol.com.br

Recebido em: 26.01.2018  
Aprovado em: 28.02.2018

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

**RESUMO:** A palavra "concessão", empregada no artigo 175 da CF/88, possui um significado que foi constitucionalizado com o uso do termo. A parceria público-privada, ao pressupor um novo conceito, viola o dispositivo constitucional: trata-se de uma contrafação de contrato administrativo. O regime jurídico atribuído à parceria é, contudo, incompatível com os contratos administrativos, pois atenta contra os princípios constitucionais da licitação, da direção superior da Administração pelo Chefe do Executivo e do controle da despesa pública pelo Parlamento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Concessão de serviço público – Parceria público-privada – Contrafação – Concessão administrativa – Concessão patrocinada – Natureza jurídica.

**ABSTRACT:** The word "concession", as applied in Article 175 of the Brazilian Constitution of 1988, has a meaning that has been constitutionalized by the use of the word. In presupposing a new concept, public-private partnerships violate the aforementioned constitutional provision: they are a forgery of administrative contracts. The legal regime applicable to such partnerships is, nevertheless, incompatible with administrative contracts, since it defies the constitutional principles of public procurement through competitive bidding processes, the supervising of the Administration by the Head of the Executive Branch, and the control of public expenses by the Parliament.

**KEYWORDS:** Concession of public service – Public-private partnership – Forgery – Administrative concession – Sponsored concession – Legal nature.

SUMÁRIO: 1. Breve introdução. 2. Ponto de partida: o artigo 175 da CF/88. 3. Constituição como texto. 4. Conceito "antigo" de concessão. 5. Novo conceito de concessão. 6. Natureza jurídica das parcerias público-privadas. 7. Invalidez da contrafação de contrato. 8. Conclusões. 9. Referências bibliográficas.

## 1. BREVE INTRODUÇÃO

A Lei 11.079, de 30.12.2004, ao disciplinar as *parcerias público-privadas*, previu duas modalidades de parcerias: a *concessão patrocinada*, conceituada, no § 1º do artigo 2º, como “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”, e a *concessão administrativa*, conceituada, no § 2º do artigo 2º, como “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

A *concessão comum*, disciplinada na Lei 8.987/95, sempre admitiu receitas diversas da tarifa (ou, mais precisamente, das fontes advindas da própria exploração, como a venda de anúncios na concessão de rádio e TV). Deveras: a Lei 8.987/95 já admitia, em seu artigo 11, a possibilidade de outras fontes, provenientes de receitas “alternativas, complementares, acessórias”. Observa-se que a contraprestação exigida como pressuposto para caracterizar a *concessão patrocinada* necessita ser “em pecúnia” (Lei 11.079/04, artigo 2º, § 1º). Já a *receita alternativa* prevista no referido artigo 11 da Lei 8.987/95 e a contraprestação do Poder Público na *concessão administrativa* pode consistir, por exemplo, na “outorga de direitos em face da Administração” (inciso III do artigo 6º da Lei 11.079/04) ou na “outorga de direitos sobre bens dominicais” (inciso IV do artigo 6º). Em prol da *modicidade das tarifas* nada impede que o Poder Público aporte recursos, de modo a complementar as tarifas cobradas; caso o faça apenas a título complementar, o aporte, indiscutivelmente, não descaracteriza a *concessão*.

O que distingue a *concessão comum* da *concessão patrocinada* é justamente isto: enquanto na *concessão comum* as fontes não decorrentes da exploração são alternativas, na *concessão patrocinada* são principais. Se a própria exploração do serviço deixar de ser a *fonte principal* da remuneração do concessionário, a caracterização da concessão passa a ser controvertida. Eis um dos objetos deste estudo: quando a *prestação pecuniária* da Administração for principal e não meramente acessória, a parceria é uma autêntica concessão? A resposta a essa questão é necessária para o enfrentamento da questão logicamente subsequente: caso não seja, ela é válida?

2. As palavras constitucionais não são ruídos, mas signos, e reportam-se a um significado. O significado das palavras constitucionais constitucionaliza-se com o uso delas no Texto. A expressão “concessão de serviço público” possuía um sentido técnico em outubro de 1988: trata-se da outorga de um serviço de modo que o prestador se remunere pela própria prestação, diferenciando-se, pois, do contrato administrativo, em que a remuneração advém do contratante. Na falta de indicação textual em contrário, presume-se que o constituinte utilizou a expressão no sentido técnico então corrente.

3. As concessões previstas na Lei 11.079/04 afastam-se do conceito constitucional de concessão. Na concessão patrocinada a contraprestação do Poder Público não é apenas uma fonte alternativa, instituída em prol da modicidade das tarifas, mas fonte principal da remuneração do concessionário; na concessão administrativa, a contraprestação pública é fonte exclusiva da remuneração do prestador. Diante da previsão constitucional do instituto, não é dado ao Legislador, sem reforma constitucional, alterar os traços essenciais da concessão.

4. Tanto a concessão patrocinada como a concessão administrativa são, na verdade, contrafações de contratos administrativos, ou seja, contratos disfarçados de concessão.

5. O regime jurídico dos contratos administrativos é incompatível com o regime estabelecido na Lei 11.079/04. O princípio licitatório, a exigência constitucional de prévia autorização legislativa da despesa pública e a chefia da Administração pelo Chefe do Executivo eleito impedem a celebração de contratos administrativos com duração de cinco a trinta e cinco anos. Chamam-se as parcerias de concessão, e não de contrato, tendo em vista sua manifesta incompatibilidade com o regime dos contratos. A atribuição legislativa do rótulo não tem o condão de mudar a natureza jurídica. Trata-se de contratos administrativos manifestamente inválidos.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Concessão de obra pública: peculiaridades: regime jurídico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 24, n. 96, p. 101-109, out.-dez. 1990.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Natureza jurídica do pedágio: taxa? Preço? *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 32, p. 21-26, 2000.

- BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.
- BLACK, Henry Campbell. *Handbook of the construction and interpretation of the Laws*. 2. ed. St. Paul: West Publishing, 1911.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *A concessionária de serviço público age em nome próprio?* Comentário 126, 01.11.05. Disponível em: [www.celc.com.br]. Acesso em: 18.04.2009.
- CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Caracterização jurídica da remuneração paga pelo usuário à concessionária de serviço público (taxa ou tarifa?). In: CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Comentando as licitações públicas*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002.
- CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. O prazo na concessão de serviço público. In: CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Comentando as licitações públicas*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002.
- DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Trad. Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2002.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HJELMSLEV, Louis. *Prolegômenos a uma teoria da linguagem*. Trad. J. Teixeira Coelho Netto. 2. ed., 1. reimpr. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. 3. ed. Paris: Marcel Giard, 1926. v. III.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo. *Revista Internacional de Direito Público (RIDP)*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 9-37, jul.-dez. 2017.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Contrafações administrativas. In: MARIANO, Cynara Monteiro et al. (Coord.). *Estado, política e direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Manutenção da concessão de serviço público considerada inválida pelo Tribunal de Contas. *Revista Brasileira de Infraestrutura (RBNF)*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 269-291, jul.-dez. 2012.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- NIEBUHR, Joel Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Receitas públicas originárias*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- RAMONET, Ignacio. O mercado contra o Estado. *Les dossiers de la mondialisation: manière de voir de Le Monde Diplomatique*. Trad. Emir Sader. jan.-fev. 2007. Disponível em: [www.cartamaior.com.br/?/Blog/Blog-do-Emir/O-que-c-a-globalizacao/2/24178]. Acesso em: 17.03.2014.
- SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos G. Montagnoli, 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A utilização das parcerias público-privadas para viabilizar infraestrutura no âmbito das operações urbanas consorciadas, de Mariana Chiesa Gouveia Nascimento – *RTSP* 5/163 – 175 e *RTSP* 6/163 – 175 (DTR\2014\18608); e
- O modelo nacional de parcerias público-privadas (PPP), de Paulo Fernando Mohn e Souza – *RT* 860/62 – 90 e *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 5/559 – 600 (DTR\2007\370).

### Veja também Jurisprudência

- *RDC* 32/287 (JRP\2000\109); e
- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2016\736802.

