

# PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E SUAS LIMITAÇÕES NO ÂMBITO DOS MUNICÍPIOS

Fagner Vilas Boas Souza <sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o instituto da Parceria Público-Privada e seus contornos em relação à autonomia do ente municipal diante das imposições de valores contratuais. Delimitar as disposições referentes às Parcerias Público-Privadas aplicáveis exclusivamente à União. Comprovar que a limitação à autonomia do ente municipal, mormente em relação às contratações, constitui patente inconstitucionalidade, visto que caracteriza violação ao pacto federativo e afronta ao princípio da igualdade. Inconstitucionalidade do art. 28 da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, inclusive após sua alteração pela Lei Federal nº 12.024, de 27 de agosto de 2009. Corroborando esta posição, as principais doutrinas e julgados referentes ao tema foram sopesadas, bem como as respectivas conseqüências jurídicas. Ao final, verifica-se que ao buscar concretizar a norma constitucional que impede o dispêndio sem controles de recursos públicos, não pode o legislador sacrificar outros princípios constitucionais estabelecidos. Os bens jurídicos constitucionalizados devem coexistir de forma harmônica.

Palavras-chave: Autonomia Municipal. Parceria público-privada. Limitação de contratação. Inconstitucionalidade.

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Urbanístico pela PUC/SP. Pós-graduado em Direito Público Federal. Pós-graduando em Direito Público Municipal.

**SUMÁRIO**

<b>I. INTRODUÇÃO</b>	<b>03</b>
<b>II. FEDERAÇÃO</b>	<b>04</b>
<b>III. DA AUTONOMIA MUNICIPAL</b>	<b>05</b>
<b>IV. LEI DAS PARCERIAS E SEU ART. 28</b>	<b>06</b>
<b>V. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28</b>	<b>08</b>
<b>VI. CONCLUSÃO</b>	<b>12</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>13</b>

## INTRODUÇÃO.

Existem diversas teorias que buscam explicar a função da Administração Pública, ora resgatando institutos clássicos do direito europeu continental, em especial do direito francês, ora implementando mecanismos derivados do direito anglo-americano. O certo é que a grande parte da doutrina destaca a função de poder de polícia, de fomento e de prestação de serviços como as linhas mestras e representativas do Poder Público.

No que toca à prestação dos serviços públicos, tradicionalmente, reconhecem-se a concessão e a permissão como instrumentos aptos e adequados para o Poder Público delegar o exercício da prestação dos serviços públicos ao particular. No entanto, modernamente, os referidos mecanismos não mais despertam o interesse da iniciativa privada em determinados setores.

Diversas razões explicam esse cenário: a) falta de financiamento para grandes projetos pelas instituições financeiras; b) falta de garantias por parte do ente público; c) morosidade na solução dos conflitos surgidos na execução do contrato; d) alta carga tributária; e) prerrogativas contratuais dos entes públicos; f) dificuldade de alocação de riscos; entre outros.

Diante desse quadro, o legislador pátrio importou uma nova e alternativa modalidade de contratação denominada parceria público-privada, implementada pela Lei federal nº 11.079/04<sup>2</sup>, conhecida como “Lei das Parcerias”. A referida norma instituiu regra geral de licitação e contratos aplicáveis à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como às respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, além das entidades controladas por tais sujeitos.

Para impedir possíveis desmandos do gestor público na execução do referido Diploma, originariamente, no art. 28 da Lei, o legislador estabeleceu no capítulo das disposições finais da lei, a seguinte disciplina:

A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.<sup>3</sup>

Recentemente, a Lei federal nº 12.024/09<sup>4</sup> alterou o supra-referido artigo, elevando o patamar de 1% (um por cento) para 3% (três por cento).

<sup>2</sup> BRASIL, Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2.004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dezembro. 2.004. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm)>. Acessado em 01 de outubro de 2009.

<sup>3</sup> Id., 2004. Artigo 28.

<sup>4</sup> BRASIL. Lei n. 12.024, de 27 de agosto de 2.009. Dá nova redação aos arts. 4º, 5º e 8º da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, que tratam de patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias; dispõe sobre o tratamento tributário a ser dado às receitas mensais auferidas pelas empresas construtoras nos contratos de construção de moradias firmados dentro do Programa

Malograda alteração, mesmo elevando os índices de endividamento, em nada modificou o caráter sancionatório da norma, pois permanece em vigor a limitação de recebimento das transferências voluntárias ou garantias da União, ao ente municipal que ultrapassar os patamares previstos na Lei de Parcerias.

O presente estudo, valendo-se de uma análise cuidadosa do texto constitucional, bem como dos princípios de interpretação deste, pretende reafirmar a autonomia do ente municipal e, a partir daí, verificar se o legislador infraconstitucional incorreu em vício de constitucionalidade ao elaborar a lei, especialmente em vista da situação dos municípios de pequeno porte que compõem o estado brasileiro em sua grande maioria.

## I. FEDERAÇÃO.

De início, cumpre verificar que toda a base constitucional do ordenamento pátrio experimentou grandes transformações com o arrebento da Constituição Federal de 1988. As competências, em especial, foram redistribuídas na tentativa de refazer o equilíbrio das relações de poderes existentes entre os entes federados, em clara homenagem ao sistema federativo adotado pela república brasileira.

O art. 1º, caput, da Constituição Federal<sup>5</sup> preceitua que a “República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado democrático de Direito”. Mais adiante, o *caput* de seu art. 18 avança, estabelecendo que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos da Constituição”.

JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>6</sup>, ao cuidar do assunto, esclarece:

Merece reparo dizer que é a organização político-administrativa que compreende tais entidades, como se houvesse alguma diferença entre o que aqui se estabelece e o que se declarou no art. 1º. Dizer que a República Federativa do Brasil é formada pela *união indissolúvel* dos Estados e Municípios e do Distrito Federal não é diverso de dizer que ela compreende União, Estados, Distrito Federal e Municípios, porque *união indissolúvel* (embora com inicial minúscula) do art. 1º é a mesma União (com inicial maiúscula) do art. 18. Repetição inútil, mas que não houve jeito de evitar, tal o apego à tradição formal de fazer constar do art. 1º essa clausula que vem de constituições anteriores, sem levar em conta que a metodologia da Constituição de 1988 não comporta tal apego destituído de sentido.

---

Minha Casa, Minha Vida - PMCMV, atribui à Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL as atribuições de apurar, constituir, fiscalizar e arrecadar a Contribuição para o Fomento da Radiodifusão Pública; altera as Leis nºs 11.196, de 21 de novembro de 2005, 11.652, de 7 de abril de 2008, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 9.826, de 23 de agosto de 1999, 6.099, de 12 de setembro de 1974, 11.079, de 30 de dezembro de 2004, 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.745, de 9 de dezembro de 1993, 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, e 11.941, de 27 de maio de 2009; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 agosto. 2.009. Artigo 10. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/Lei/L12024.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Lei/L12024.htm)>. Acessado em 01 de outubro de 2009.

<sup>5</sup>BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/constituicao/consti%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/consti%C3%A7ao.htm)>. Acessado em 02 de outubro de 2009.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32º ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 471.

Assim, importa dizer que os entes que se unem para constituir uma federação são autônomos, isto é, possuem um conjunto de competências ou prerrogativas garantidas pela Constituição que não pode ser abolido ou alterado de modo unilateral pelo governo central.

## II. DA AUTONOMIA MUNICIPAL.

Nessa linha, o princípio da autonomia municipal vem contido, fundamentalmente, nos arts. 29 e 30, da Constituição Federal. A importância do princípio estampado nestes dispositivos é tamanha que, como sintetiza CARRAZA<sup>7</sup>, “nenhum poder, nenhuma autoridade (inclusive judiciária) poderá, direta ou indiretamente, às claras ou sub-repticiamente, mediante ação ou omissão, derogá-lo ou, de algum modo, amesquinhá-lo”.

Outrora objeto de maiores embates, atualmente a discussão parece superada, como bem observa LENZA<sup>8</sup>:

Muito se questionou a respeito de serem os Municípios partes integrantes ou não de nossa Federação, bem como sobre sua autonomia. A análise dos artigos 1º a 18, bem como de todo o capítulo reservado aos Municípios (apesar de vozes em contrário), leva ao único entendimento de que eles são entes federativos, dotados de autonomia própria, materializada por sua capacidade de auto-organização, autogoverno, auto-administração e autolegislação. Ainda mais diante do art. 34, VII, “c”, que estabelece a intervenção federal na hipótese de o Estado não respeitar a autonomia municipal.

Têm os Municípios autonomia para se auto-organizarem, por meio de Lei Orgânica, bem como para se autogovernarem, elegendo prefeito, vice-prefeito e vereadores, além de capacidade de auto-administração e autolegislação.

Observe que se trata de autonomia e não de soberania, uma vez que a soberania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, apenas o Estado Federal é considerado soberano, inclusive para fins de direito internacional. Internamente os Municípios são autônomos, de acordo com sua competência, constitucionalmente definida, delimitada e assegurada.

Sem maiores embargos, assinalava HELY LOPES MEIRELLES: “A característica fundamental da atual carta é a ampliação da autonomia municipal no triplice aspecto político, administrativo e financeiro [...] outorgando-lhe, inclusive, o poder de elaborar sua lei orgânica”<sup>9</sup>.

De fato, o princípio acolhido pelo texto constitucional encerra importante regra que proporciona a máxima efetividade das normas constitucionais responsáveis pela manutenção do pacto federativo, vulnerando, no mínimo, a eficácia de qualquer tentativa do legislador infralegal em invadir as competências constitucionalmente fixadas na Carta Maior.

<sup>7</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19º ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p.148.

<sup>8</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12º ed. ver e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 265.

<sup>9</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 44.

Assim, qualquer tentativa de colocar em dúvida a autonomia dos entes municipais, esvazia-se diante do texto constitucional.

### III. LEI DAS PARCERIAS E SEU ARTIGO 28.

Nos termos do art. 22, XXVII, da atual Constituição, cabe à União Federal exercer competência legislativa para editar normas gerais sobre contratação e licitação com incidência sobre todos os entes federativos.

Observe, outrossim, que as normas gerais incidem tanto sobre a União, como sobre os Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme dispõe o art. 1º e parágrafo 1º da Lei.

A lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004, instituiu normas gerais sobre licitação ao estipular a denominada “contratação de parceria público-privada” no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios; estendendo-as às entidades da administração indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista), bem como aos fundos especiais e a outras entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes federativos.

Cuida-se, na verdade, de nova forma de participação do setor privado na implantação, melhoria e gestão da infra-estrutura pública, mormente nas áreas e setores que demandam significativos investimentos, como grandes sistemas viários, fornecimento de energias e saneamento básico, tendo por causa a crescente dificuldade financeira do Estado em implementar suas atividades.

Vale destacar que, conquanto, inicialmente, não houvesse concordância sobre qual a modalidade de contrato se ajustava os contratos de parceria, a lei teve por bem considerá-los como contrato administrativo de concessão, admitindo duas modalidades: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

Ao avançar seus estudos, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, no capítulo das *Concessão e Permissão de Serviços Públicos*, da sua obra<sup>10</sup>, indica que:

[...] às parcerias público-privadas contratadas por Estados, Distrito Federal e Municípios, a lei fixa limites para tais despesas, considerando a receita corrente líquida da pessoa federativa. Somente se forem observados tais limites é que a União poderá conceder-lhes garantia e realizar transferência voluntária de recursos. Em consequência, a lei exige que aqueles entes, antes da contratação, encaminhem [...] as informações indicativas do cumprimento dos aludidos limites.

---

<sup>10</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 22º ed. rev. e amp. São Paulo: Lumen Júris, 2009, p. 404-405.

A bem da verdade, o autor cuida do art. 28 da lei que, em sua nova redação, prescreve:

A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 3% (três por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 3% (três por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos *exercícios*.

Vale lembrar que na redação anterior<sup>11</sup> o patamar máximo para não sofrer as restrições impostas pela norma tanto nas despesas de caráter continuado do ano anterior como nas despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes era de 1% sobre a receita corrente líquida do exercício.

Note que para a fiel compreensão da norma, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>12</sup>, deve-se tomar por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal os destinados ao Sistema Único de Saúde.

Já por despesas de caráter continuado, tem-se a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

Por último, a receita corrente líquida no âmbito do Município é o somatório da receita corrente da administração Municipal direta e da receita corrente própria das autarquias, fundações e empresas municipais dependentes, deduzidas as contribuições previdenciárias dos servidores para custeio do sistema Municipal de Previdência, se houver, e as compensações entre os regimes de previdência, se for o caso.

REGIS DE OLIVEIRA, por sua vez, ainda que anteriormente à recente alteração do art. 28, mas sem prejuízo para o que se pretende afirmar, ao cuidar do referido dispositivo em sua obra<sup>13</sup>, sintetiza o assunto ilustrando que “tendo sido ultrapassado tal limite, há óbice de celebrar novas parcerias no exercício presente. No seguinte, superado o obstáculo, pode haver nova contratação”.

O mesmo autor, ainda, acrescenta:

O limite de endividamento vem estabelecido com rigor no art. 28 da Lei, isto é, não tendo sido excedido 1% da receita corrente líquida no exercício anterior [...] Da mesma forma, há o impedimento de nova assunção de despesas no caso de projeto de dez anos, em que não pode haver o comprometimento da receita corrente líquida projetada.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Art. 28 anterior da Lei 11.079/04: A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

<sup>12</sup> BRASIL, Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/LCP/Lcp101.htm>>. Acessado em 02 de outubro de 2009.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 508.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 508-509.

A busca por uma explicação para previsão trazida pela lei deve remeter o estudioso ao exame da mensagem de veto nº 1.006<sup>15</sup>, de 30 de dezembro de 2004 em relação ao parágrafo 3º do art. 28 da lei 11.079/04, segundo a qual “o limite de 1% da receita corrente líquida permite a contratação de investimentos significativos, em dimensão bastante superior aos dispêndios de capital realizados nos últimos anos pelos entes públicos.”

Assim, parece claro que àquele tempo, o legislador buscou premiar a lei com mecanismos que a sua vista impediriam o gestor público de cometer mau uso dos recursos públicos.

#### IV. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28.

A constitucionalidade deve constituir a cautela máxima do legislador.

Neste sentido, mister a submissão do dispositivo legal ora em exame à verificação de adequação às exigências formais e materiais que norteiam a atividade legiferante, o chamado controle de constitucionalidade

LENZA explica que a inconstitucionalidade formal se verifica quando a lei contiver vício em sua forma, vale dizer, no processo legislativo de sua elaboração. A inconstitucionalidade formal pode ser subjetiva, quando em relação a sua fase de iniciativa ou, objetiva quando analisada nas demais fases do processo legislativo<sup>16</sup>.

Já a compatibilidade material diz respeito ao conteúdo do ato normativo. Assim, aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material.

No direito, segundo a doutrina tradicional, a lei complementar é uma espécie normativa que tem como propósito complementar, explicar, adicionar algo à constituição. A lei complementar diferencia-se da lei ordinária desde o quórum para sua formação, uma vez que a lei ordinária exige apenas maioria simples de votos para ser aceita, já a lei complementar exige maioria absoluta.

Neste sentido, no aspecto formal objetivo, verifica-se que o dispositivo da Lei de Parcerias em exame incorreu em patente inconstitucionalidade formal, uma vez que nos termos do art. 163 da Constituição, cabe à lei complementar dispor sobre concessão de garantias pelas entidades públicas.

A propósito, com a propriedade que lhe é peculiar, pondera DI PIETRO: “Não há dúvida de que a Lei 11.079, embora com a natureza de lei ordinária, conflita com os objetivos, princípios e normas que inspiraram a Lei de Responsabilidade Fiscal, que tem a natureza de lei complementar”.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/Msg/Vep/VEP-1006-04.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Msg/Vep/VEP-1006-04.htm)>. Acessado em 30 de novembro de 2009.

<sup>16</sup> LENZA, op. cit., p. 129.

<sup>17</sup> PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pag. 318.

Já sobre o aspecto formal subjetivo, afirma a estudiosa:

Estando esse dispositivo inserido no capítulo das disposições aplicáveis à União, os demais entes da Federação terão que definir em lei os respectivos limites, cientes, no entanto, de que, se os limites forem superiores ao estabelecido no art. 22, não poderão obter garantias nem receber transferências voluntárias da União, conforme estabelecido no art. 28. Foi uma forma indireta e, portanto, inconstitucional, de a lei federal instituir limite em matéria que seria de competência de cada ente da federação.<sup>18</sup>

Em face das manifestas inconstitucionalidades formais acima verificadas e, diante da impossibilidade de dispositivo legal parcialmente constitucional, o exame dos demais critérios de aferição da compatibilidade da lei com o sistema jurídico normativo restaria prejudicado.

No entanto, *in casu*, parece que o exame da compatibilidade material do art. 28 é o que mais salta aos olhos.

O conceito de administração própria não oferece dificuldade de entendimento e delimitação como bem assinala Hely Lopes Meirelles<sup>19</sup>: “é a gestão dos negócios locais pelos representantes do povo do Município, sem interferência dos poderes da União ou Estado-membro”.

Não se pode falar em hierarquia entre União, Estados e Municípios. Cada qual é autônomo, dentro das atribuições que lhe são afetas. Descabe qualquer ato de superioridade da União sobre Estados e destes sobre os Municípios.

Se a Constituição Federal distribui as competências político-administrativas de cada qual, forçosamente deve atribuir os recursos necessários para que possam cumprir suas finalidades. Estas estão definidas no próprio texto constitucional, sem prejuízo de leis que possam determinar competências outras. Logo, imperioso que possuam recursos suficientes para atender a seus fins.

REGIS DE OLIVEIRA faz importante afirmação a respeito:

Ao celebrar-se o pacto federativo através da elaboração do pacto políticos que é a Constituição, deve haver o sopesar das necessidades de cada ente autônomo e os recursos previstos no texto. Se não houver compatibilidade, o pacto é vesgo. Se não se estabelecer razoabilidade entre fins e meios, parecem as soluções democráticas, criando-se odiosa estrutura de dominação dos entes maiores sobre os menores.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> PIETRO, op. cit., p. 316.

<sup>19</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 111.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 40.

Nossas constituições, conforme explica José Afonso, desde suas origens, “inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciando que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos”<sup>21</sup>. A compreensão da lei, não deve ser assim tão estreita. O intérprete deverá lançar mão de outras normas constitucionais, especialmente com as exigências da justiça social e da ordem social.

A aplicação do princípio igualdade visa proteger aqueles menos favorecidos. A esse respeito esclarece PONTES DE MIRANDA, *in verbis*:

A desigualdade econômica não é, de modo nenhum, desigualdade de fato, e sim a resultante, em parte, de desigualdades artificiais, ou desigualdades de fato mais desigualdades econômicas mantidas por leis. O direito em que parte as fez, pode amparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu.<sup>22</sup>

Dito isso, parece inafastável a afirmação de que o art. 28 da Lei de Parcerias incorreu em manifesta inconstitucionalidade material ao ir de encontro ao princípio da igualdade, uma vez que a previsão de um patamar máximo e único de endividamento faz com que a concessão por meio das parcerias público-privadas seja inviável para quase a totalidade dos municípios brasileiros, haja vista que o art. 2º, §4º, da Lei, veda a celebração de contrato desta natureza, cujo valor seja inferior a 20 milhões de reais.

Em outras palavras, pela disciplina articulada do art. 2º, §4º e art. 28, da Lei, um Município que não tenha nenhuma concessão desta natureza em vigor e pretenda realizar um primeiro contrato de parceria público-privada deve ter auferido receita corrente líquida no ano anterior equivalente a, no mínimo, pouco mais de 650 milhões de reais, uma vez que a quantia correspondente a 3% desta rubrica deve alcançar o valor mínimo para contratação, que é de 20 milhões de reais.

Muito provavelmente, por essa razão, conforme noticia o site<sup>23</sup> da Câmara dos Deputados, encontra-se em tramitação no Congresso o Projeto de Lei 4.246/08, cujo objetivo é aumentar para 10% o montante da receita líquida corrente que os Estados e Municípios podem empenhar em contratos de Parcerias Público-Privadas.

Para tanto, o Senador Deputado Antônio Carlos Magalhães Neto (DEM-BA), assim justifica sua proposta legislativa<sup>24</sup>:

É sabido que essa vedação tem dificultado sobremaneira a concretização de parcerias público-privadas e impedido a realização de projetos de infra-estrutura de suma importância para nosso País, razão pela qual propomos aumentar o limite legal para 10% (dez por cento) da receita corrente líquida.

<sup>21</sup> SILVA, op. cit., p. 215.

<sup>22</sup> MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, 2º ed., São Paulo: RT, 1971, t. IV/689.

<sup>23</sup> Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acessado em 25 de novembro de 2009.

<sup>24</sup> Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/611311.pdf>>. Acessado em 25 de novembro de 2009.

E em consonância, o nobre relator da proposição, deputado Milton Monti (PR-SP), adverte que os valores atuais têm "dificultado e mesmo impedido a expansão das parcerias público-privadas no país", conforme se extrai do seu relatório, do qual se faz vênia pra reproduzi-lo:

O que se verifica hoje é que os limites máximos originalmente fixados de 1% da receita corrente líquida dos entes estaduais e municipais para a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas no ano anterior, bem como para a totalidade das despesas anuais dos contratos vigentes nos dez anos subsequentes, de observância obrigatória para aval e transferências voluntárias da União para esses entes, têm dificultado e mesmo impedido a expansão das parcerias público-privadas no País.

Nesse contexto, saudamos a proposição em epígrafe, pois entendemos que ela representa um passo significativo no sentido de viabilizar, no mundo fático real, os intentos esperados quanto à utilização mais abrangente desse instituto pelos entes estaduais e municipais da nossa Nação, em benefício de todos os cidadãos brasileiros, que demandam, legitimamente, por uma melhoria substancial no setor de infraestrutura".

Em que pese a tentativa do nobre legislador em fortalecer os mecanismos da disciplina fiscal existentes no ordenamento gerando maior segurança jurídica através de limitadores de endividamento dos entes em relação aos contratos de parcerias público-privadas, o certo é que não pode haver sacrifício de princípios ou direitos.

A idéia do igual valor dos bens constitucionais, como ensina CANOTILHO, "impede o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens".<sup>25</sup>

Assim, mostra-se evidente que o artigo 28 da Lei de Parcerias contribuiu em muito para as conclusões de CELSO ANTONIO BANDEIRO DE MELLO, que em sua obra<sup>26</sup> declara "não nos recordamos de alguma outra lei que conseguisse reunir uma tal quantidade e variedade de inconstitucionalidades, maiormente se se considera que tem apenas 30 artigos".

---

<sup>25</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6º ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 228.

<sup>26</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26º. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pag. 779.

## V. CONCLUSÃO.

De acordo com a legislação vigente, os entes federados, em especial as centenas de pequenos Municípios pequenos que representam quase que a totalidade dos Municípios brasileiros, estão impedidos de receber garantias e transferências voluntárias da União caso comprometam mais de 3% de sua receita corrente líquida com contratos de parceria público-privada. Na verdade, diante do quadro de insolvência da maioria dos municípios o contrato de concessão por meio de parcerias é figura de pouca utilidade atualmente.

Não se nega a legítima intenção do legislador em impor ao gestor público limites de gastos com os contratos de parcerias que, inclusive, por expressa previsão legal, revelam-se compromissos de grande monta e longa duração. No entanto, o mesmo legislador não andou bem ao prever um patamar mínimo de endividamento com base na receita corrente líquida auferida pelo ente no ano anterior, quer porque incorreu em inafastáveis vícios formais, quer porque materialmente atentou contra princípios basilares da República Federativa do Brasil.

Ao buscar concretizar a norma constitucional que impede o dispêndio sem controle de recursos públicos, não pode o legislador sacrificar outros princípios constitucionais estabelecidos. Os bens jurídicos constitucionalizados devem coexistir de forma harmônica.

Nem mesmo a possibilidade de aumento do limite legal para 10% da receita corrente líquida, tal qual previsto no projeto de lei n.º 4.246/08 sana as irremediáveis inconstitucionalidades verificadas no exame do art. 28, pois se é verdade que por um lado habilitaria uma grande gama de Municípios a atenderem os patamares máximos de endividamento, por outro não convalidaria a ingerência não autorizada da União nos assuntos pertinentes ao interesse peculiar dos Municípios, restando por abalado o princípio constitucional da autonomia do ente local.

Enfim, não se resta outra alternativa a não ser bater pela total inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.079/04.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm). Acessado em 02 de outubro de 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acessado em 02 de outubro de 2011.

BRASIL, Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2.004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dezembro. 2.004*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm). Acessado em 01 de outubro de 2011.

BRASIL, Lei n. 12.024, de 27 de agosto de 2.009. Dá nova redação aos arts. 4º, 5º e 8º da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, que tratam de patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias; dispõe sobre o tratamento tributário a ser dado às receitas mensais auferidas pelas empresas construtoras nos contratos de construção de moradias firmados dentro do Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV, atribui à Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL as atribuições de apurar, constituir, fiscalizar e arrecadar a Contribuição para o Fomento da Radiodifusão Pública; altera as Leis nºs 11.196, de 21 de novembro de 2005, 11.652, de 7 de abril de 2008, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 9.826, de 23 de agosto de 1999, 6.099, de 12 de setembro de 1974, 11.079, de 30 de dezembro de 2004, 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.745, de 9 de dezembro de 1993, 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, e 11.941, de 27 de maio de 2009; e dá outras providências. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 agosto. 2.009*. Artigo 10. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/12024.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12024.htm). Acessado em 03 de outubro de 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6º ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19º ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO, José dos Santos Filho. **Manual de Direito Administrativo**. 22º ed. rev. e amp. São Paulo: Lumen Júris, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**, 2º ed., São Paulo: RT, 1971.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.