

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO – UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS-CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO-FND

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO DIREITO BRASILEIRO:
ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO INSTITUTO E DA LEI 11.079/04

LUANA BORBA FERREIRA

RIO DE JANEIRO

2008

LUANA BORBA FERREIRA

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO DIREITO BRASILEIRO: ASPECTOS
FUNDAMENTAIS DO INSTITUTO E DA LEI 11.079/04

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade Nacional de Direito da Universidade
Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Enzo Bello

RIO DE JANEIRO
2008

F3831p Ferreira, Luana Borba.
As Parcerias Público-Privadas no Direito Brasileiro: aspectos fundamentais do Instituto e da Lei 11.079/04 / Luana Borba Ferreira. - 2008.
102 f. ; 30 cm.

Orientador: Enzo Bello.
Monografia (Graduação em Direito)-
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.
Faculdade Nacional de Direito.
Bibliografia: f.97-102.

1. Parceria Público-Privada - Legislação - Brasil. 2. Direito Administrativo. I. Bello, Enzo. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade Nacional de Direito. III. Título.

CDD 346.81023
CDU 35.072

LUANA BORBA FERREIRA

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO DIREITO BRASILEIRO: ASPECTOS
FUNDAMENTAIS DO INSTITUTO E DA LEI 11.079/04

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade Nacional de Direito da Universidade
Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca examinadora:

Enzo Bello- Presidente da Banca Examinadora
Prof. Ms. da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro-
Orientador

2º Examinador- Prof. (a):

3º Examinador- Prof. (a):

Dedico este trabalho a meus pais, Reinaldo e Nilce que me ensinaram, entre muitas coisas, a ter coragem e lutar pelos meus sonhos. Graças ao seu apoio incondicional em todos os momentos consegui completar mais essa etapa de minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, em quem tenho confiado e que sempre me foi fiel, amparando-me nas minhas fraquezas e dificuldades.

Aos meus pais, Reinaldo e Nilce, pelo amor que sempre me dedicaram e por tudo que tenho aprendido com seus exemplos.

Ao meu orientador, Prof. Enzo Bello. Fica aqui registrada a minha gratidão pelo apoio e incentivo ao longo de todo este processo.

Ao meu irmão Reinaldo Júnior, você é fundamental em minha vida.

Aos meus amigos e colegas de turma, que ao longo desses cinco anos me proporcionaram um significativo aprendizado dentro e fora de sala de aula. Em especial, minhas amigas: Bruna Moses, Cristiane de Oliveira, Mariana Macedo, Viviana Rodrigues e Viviane Santos, que estiveram ao meu lado desde o primeiro período e juntas compartilhamos muitas alegrias e tristezas. Não posso deixar de agradecer minha amiga Bruna Menezes, cujo apoio ao longo da monografia foi essencial para mim.

RESUMO

FERREIRA, L.B. As Parcerias Público-Privadas no Direito Brasileiro: Aspectos fundamentais do Instituto e da Lei 11.079/04. 2008. 102 f. Monografia (Graduação em Direito)-Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho visa a analisar os principais aspectos inerentes às parcerias público-privadas e sua institucionalização no direito brasileiro, por meio da Lei 11.079/2004, como uma tentativa do poder público superar a notória ausência de recursos orçamentários para realização de empreendimentos de infra-estrutura social ou estrategicamente prioritários, com retorno financeiro desconhecido ou de baixa expectativa, com vistas a viabilizar o desenvolvimento econômico do país. Inicialmente é feita uma abordagem da origem das parcerias público-privadas e da conjuntura de seu surgimento no Brasil. Em seguida, examina-se o instituto à luz da Constituição Federal de 1988 e da Lei 11.079/2004, abordando-se as questões inerentes à noção conceitual e classificação das parcerias público-privadas, assim como as principais controvérsias acerca da constitucionalidade dos modelos contratuais propostos pela Lei 11.079/2004, as peculiaridades do procedimento licitatório e aplicabilidade do instituto no âmbito dos entes federados. Adiante, estuda-se a constitucionalidade do Fundo Garantidor (FGP) e do sistema de garantias criado pela Lei 11.079/2004. A seguir, realiza-se a análise da compatibilidade das parcerias público-privadas com a Lei de Responsabilidade Fiscal. Por fim, após a apresentação das principais questões em torno do instituto, será apurada a possibilidade desse modelo contratual ser, ou não, instrumento apto a solucionar os problemas de investimentos em infra-estrutura do país.

Palavras-Chave: parceria público-privada; Brasil; infra-estrutura; desenvolvimento econômico.

ABSTRACT

FERREIRA, L.B. As Parcerias Público-Privadas no Direito Brasileiro: Aspectos fundamentais do Instituto e da Lei 11.079/90.2008. 102 f. Monografia (Graduação em Direito)-Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This study intends to examine the major issues involved in public-private partnerships and its implementation in the Brazilian's legal system through the Law 11.079/2004, as an attempt of government to overcome the well-known absence of budgetary resources to execute infrastructure projects, with social or strategically priority, in order to provide the economic development of the country. Initially it will be presented an approach about the origin of public-private partnerships and the conjuncture of their emergence in Brazil. Then it will be examined the institute in the context of the Federal Constitution of 1988 and the Law 11.079/2004, addressing the issues inherent in the concept and classification of public-private partnerships, as well as the main controversies about the constitutionality of the models proposed by Law 11.079/2004, the most important aspects of the licitation procedure and applicability of the institute in the scope the federal entities. Ahead, it will be studied the constitutionality of the "FGP" and the system of guarantees established by the Law 11.079/2004. Then, it will be examined the compatibility of public-private partnerships with the Law of Fiscal Responsibility. Finally, after the presentation of the main issues surrounding the institute, it will be established the possibility of this model be able, or not, to solve the problems of investments in infrastructure in Brazil.

Keywords: public-private partnerships; Brazil; infrastructure; economic development.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 ORIGEM DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPs) | 14 |
| 2.1 Conjuntura do Surgimento do Instituto no Brasil | 19 |
| 3 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA LEI 11.079/2004 | 27 |
| 3.1 Noção conceitual e classificação das Parcerias Público-Privadas na Lei 11.079/2004 | 29 |
| 3.1.1 Concessão patrocinada..... | 32 |
| 3.1.2 Concessão administrativa..... | 36 |
| 3.1.3 A constitucionalidade dos modelos contratuais propostos pela Lei 11.079/2004..... | 43 |
| 3.2 Licitação e contratações públicas | 47 |
| 3.2.1 As peculiaridades do procedimento licitatório previsto na Lei 11.079/2004..... | 49 |
| 3.3 Aplicabilidade da Lei 11.079/2004 a Estados, Distrito Federal e Municípios | 56 |
| 3.3.1 As Leis estaduais de PPPs: disciplina e eficácia..... | 60 |
| 3.3.2 Projetos de PPP nos Estados, Distrito Federal e Municípios..... | 62 |
| 4 O FUNDO GARANTIDOR E O SISTEMA DE GARANTIAS ESPECIAIS NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS | 66 |
| 4.1 Análise da constitucionalidade do Fundo Garantidor | 81 |

| | |
|---|-----------|
| 4.2 Execução de garantias do Fundo Garantidor e a Sistemática Constitucional de Precatórios..... | 84 |
| 5 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL..... | 87 |
| 6 CONCLUSÃO..... | 94 |
| REFERÊNCIAS..... | 97 |

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento das modalidades de delegação da prestação de serviços públicos à iniciativa privada guarda pertinência com a nova visão de Estado decorrente das profundas e contínuas modulações tangentes às estruturas política e social, assim como da crise fiscal experimentada pelo Brasil e pelos demais países na década de 1980, que demonstrou a inviabilidade da prestação direta de serviços públicos pelo aparelho estatal demandando, dessa forma, a correlata adaptação do ordenamento jurídico e dos instrumentos legais à nova realidade imposta.

Uma breve digressão acerca do evolutivo processo de transformações das dimensões do Estado ao longo da história se faz necessária a fim de que se possa entender o contexto em que é inserido o movimento de redução do aparelho estatal como proposta para superação da insuficiência do Estado no custeio da prestação direta de serviços públicos.

Em meados do século XIX, começaram as reações contra o Estado Liberal, cujo postulado da não interferência do Estado no domínio econômico foi erigido à categoria de diretriz fundamental da atividade estatal. O clássico Estado mínimo, mero garantidor da ordem, do cumprimento dos contratos e do direito de propriedade sofreu forte abalo perante a profunda recessão econômica mundial sobrevinda na década de 1930, acarretando a consolidação, após a Segunda Guerra Mundial, nos Estados Unidos e na Europa Ocidental, do chamado Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), cuja característica essencial consistia, indubitavelmente, no forte intervencionismo estatal nas atividades econômicas, encarado como a forma mais adequada de proporcionar o desenvolvimento econômico e social nesses países. Destarte, verificou-se um inchaço da máquina estatal, que atuava em quase todos os setores da vida social, “com uma ação interventiva que colocava em risco a própria liberdade individual, afetando o princípio da separação dos poderes e conduzindo à ineficiência na prestação do serviço.”¹

O desprestígio do *Welfare State* decorreu fundamentalmente do sufocante custo de sua manutenção. Passou-se, então, a invocar a necessidade de redução do aparelho estatal. É sob esse contexto que foram eleitos Margareth Thatcher na Inglaterra, em 1979, e Ronald Reagan nos Estados Unidos, em 1980. Ambos defendiam um novo tipo de Estado, caracterizado primordialmente por desestatizações e conseqüentes privatizações. Surge, assim, um novo

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.23.

modelo estatal, fruto da receita neoliberal, que defendia um Estado mais regulador que interventor, seja nos setores sociais, seja na economia.

No caso brasileiro, o modelo econômico de crescimento, apoiado na forte intervenção do Estado na economia, malgrado não se possa falar em *Welfare State*, inicia-se com o processo de expansão industrial, em curso desde 1930 com o governo Vargas, que alterou o eixo da política econômica brasileira, assumindo um caráter nacionalista e industrialista. A intervenção estatal na economia intensifica-se a partir da década de 1950, quando o nacionalismo da era Vargas foi substituído pelo desenvolvimentismo do governo Juscelino Kubstischek, em que o setor industrial passou a ser o carro-chefe da economia do país, sob a inspiração do conjunto de proposições teóricas e de políticas-econômicas formuladas no âmbito da CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina). O chamado desenvolvimentismo cepalino, influenciado, por seu turno, pelas idéias keynesianas, propunha que a industrialização apoiada pela ação do Estado seria a forma básica de superação do subdesenvolvimento latino-americano.

Após cerca de cinquenta anos, o modelo de intervenção estatal na economia começa a demonstrar sinais de esgotamento diante da conjuntura mundial, ou seja, o modelo minimalista de Estado preconizado pelos países centrais. A crise da década de 1980 pode ser apontada como marco inicial desse processo. A chamada “década perdida” para os países latino-americanos foi marcada por crises cambiais, estagnação econômica e aceleração da inflação e aumento da dívida externa, decorrente dos inúmeros empréstimos junto às instituições financeiras supranacionais, como Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial.

Tendo em vista esse cenário de grave recessão, intensifica-se a campanha, conduzida pelos Estados Unidos da América, defendendo a desmoralização e falência do modelo pró-intervencionista e desenvolvimentista preconizado pela CEPAL para o Brasil e para demais países da América Latina, cujo impulso definitivo foi dado em 1989, com o chamado Consenso de Washington. Nessa ocasião, funcionários do governo norte-americano e dos organismos financeiros internacionais ali sediados (FMI, Banco Mundial) reuniram-se com o propósito de proceder a uma avaliação das reformas econômicas empreendidas nos países da América Latina. Sendo assim, foi proposto um pacote de reformas estruturais dirigidas, consagrando, definitivamente, os ideais do neoliberalismo.

Registrou-se um “amplo consenso” acerca da necessidade de implementação de reformas norteadas essencialmente pela lógica da redução da intervenção do Estado na economia, algo que já havia sido acolhido pelo Chile, desde 1973, com o General Pinochet.

Destarte, foram divulgadas propostas de desregulamentação dos mercados; desoneração fiscal do capital, com condição para aumentar a sua competitividade no mercado internacional; implementação de uma política fiscal austera, ou seja, corte nos gastos públicos, buscando a estabilização monetária, através de reformas administrativas, previdenciárias e fiscais, acarretando flexibilização dos mercados de trabalho, diminuição de salários e de benefícios previdenciários; defendia-se, outrossim, as privatizações e a garantia do direito de propriedade.

Ratificou-se, portanto, a proposta neoliberal que o governo norte-americano já vinha insistentemente recomendando, por meio dos seus organismos financeiros internacionais, inclusive como condição para conceder cooperação financeira externa: FMI e o Banco Mundial passaram a condicionar o acesso a seus empréstimos e a renegociação da dívida externa dos países em desenvolvimento à adoção das reformas políticas e econômicas inspiradas no Consenso de Washington. Percebe-se, portanto, que esses países não tiveram outra opção.

O Estado brasileiro não escapou das novas tendências, e adotou como meta a redução de suas próprias dimensões. Nesse contexto que se deram as reformas liberalizantes, sob a égide da chamada “Reforma do Estado”, que acarretaram o desmonte do Estado prestador e interventor. Houve, então, um redimensionamento do aparelho estatal, que passou atuar como agente regulador da atividade econômica, constituindo a privatização e a desregulamentação nos remédios mais importantes da receita neoliberal.

A atuação do governo brasileiro na direção da redefinição do papel do Estado na economia teve início no final de 1979 com as privatizações implementadas a partir da criação do Programa Nacional de Desburocratização (criado pelo Decreto 83.740/1979). Embora esse programa não tenha apresentado resultados expressivos, a iniciativa foi retomada no início da década de 90, com a criação do Programa Nacional de Desestatização (PND) pela Lei 8.031/90, que previa a transferência de empresas, bens e serviços do setor público para a iniciativa privada. A norma, revogada pela Lei 9.491/97, foi implementada com a concessão de serviços públicos e privatização de estatais.²

Incapaz de realizar novos investimentos nos diversos setores básicos da economia, buscou o Estado brasileiro, a partir do PND, novos mecanismos de oferta de serviços públicos. Afastando-se gradualmente da prestação direta desses serviços, o poder público reservou para si as atividades de regulação e fiscalização, que passaram a ser exercidas

² SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.24.

basicamente por agências reguladoras criadas por lei. Surge, assim, o que Carlos Ari Sundfeld³ chama de parcerias público-privadas em sentido amplo: os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares a fim de viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades de algum coeficiente de interesse geral.

A base legal dessas múltiplas parcerias se encontra nas várias leis específicas que foram, pouco a pouco, se organizando, especialmente a partir dos anos 90. Certamente a mais conhecida delas é a Lei 8987/95 (Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos), posteriormente complementada pela Lei 9074/95, que, em consonância com os art. 21, incisos XI e XII e art. 175 da Constituição Federal, encarrega o particular de gerir lucrativamente um empreendimento público, que o executa em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante fiscalização e controle da Administração Pública, e cuja forma básica de remuneração é a tarifa paga pelos usuários.

O amplo espectro de parcerias sob essa ótica, inclui além das concessões e permissões comuns, outros tipos de terceirizações, acordos-de-programa, termos de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), contratos de gestão com as organizações sociais (OS), assim como, convênios e consórcios.⁴

Frise-se que, mesmo após esse movimento de desestatização dos serviços públicos, o Estado permanece em grave crise fiscal e sem recursos suficientes para fazer frente a todos os investimentos que se fazem necessários na sociedade hodierna, de forma que nem os serviços públicos essenciais são prestados devidamente. O setor público, por restrições orçamentárias, não consegue atender às necessidades da população em áreas essenciais como saúde, transporte, energia e saneamento.

Neste contexto foi promulgada a Lei 11.079/2004, institucionalizando no direito brasileiro o regime das parcerias público-privadas, saudado como marco inicial de uma nova fase de investimentos em infra-estrutura para o desenvolvimento nacional. Após a década de 90 ter sido marcada pela privatização das estatais que realizavam atividade econômica e pela concessão a particulares do direito de exploração de serviços públicos, estar-se-ia inaugurando uma nova modalidade de atuação do Estado gerencial.

O instituto caracteriza-se, essencialmente, pelo fato que o Estado arcará com parte (concessão patrocinada) ou com a totalidade do investimento realizado pelo particular

³ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público- Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. *Op.cit.*, p.30.

(concessão administrativa), visto que a amortização e remuneração do capital privado devem ser asseguradas pelo próprio poder público concedente.

A Lei 11.079/2004 introduziu no Brasil esse novo formato de contratação administrativa que almeja ocupar um espaço hoje existente entre os contratos administrativos típicos (financiados com recursos do orçamento) e as concessões de serviços públicos ou concessões tradicionais (financiadas com o pagamento de tarifas pelos usuários). Destarte, foram criadas pela lei duas novas modalidades de contratação pública: as concessões patrocinadas e as concessões administrativas. É neste sentido que se fala nas parcerias público-privadas em sentido estrito⁵, visto que somente essas duas espécies de contrato se sujeitam ao regime criado pela lei em comento.

Esse mecanismo contratual encontrado pelo Estado para tentar contornar o problema do déficit de investimentos em setores fundamentais para a concretização de políticas públicas tem suscitado uma série de questões polêmicas que serão objeto do presente trabalho. Indaga-se, por exemplo, o fato de que se o poder público não dispõe de recursos para investir em infra-estrutura (não possui recursos para execução direta das atividades a serem objeto de PPPs), como pode assumir, na posição de parceiro público, o compromisso de pagar contribuição ao parceiro privado? Outrossim, será que o mecanismo contratual criado pela Lei 11.079/04 suprirá a incapacidade de investimentos estatais, de modo a fomentar a participação do setor privado em projetos de interesse público, propiciando o desenvolvimento do país?

Os objetivos gerais do presente trabalho consistem em realizar uma análise dos principais aspectos do instituto das Parcerias Público-Privadas (em sentido estrito) no direito brasileiro, assim como propor algumas reflexões para a realidade brasileira, essencialmente quanto à possibilidade de eliminação do atual gargalo no setor de infra-estrutura através da inserção das PPPs.

O trabalho tem como objetivos específicos delinear a origem histórica e a conjuntura do surgimento do instituto, com enfoque no direito brasileiro. Objetiva-se, ainda, analisar o conceito e a classificação das PPPs sob a égide da Lei 11.079/04, destacando-se os aspectos controvertidos atinentes à constitucionalidade dos modelos contratuais propostos pela referida Lei, abordando, inclusive as peculiaridades do procedimento licitatório dos contratos de PPP.

Ademais, serão trazidas questões como a aplicabilidade da lei federal disciplinadora do instituto no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Será, outrossim, examinada

⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Op.cit.*, p.2

a efetiva aplicabilidade do instituto no âmbito dos entes federativos que já disciplinaram a matéria.

A polêmica acerca da compatibilidade do Fundo Garantidor criado pela Lei 11.079/2004 com a Constituição Federal de 1988 e com o sistema de precatório judicial nela previsto também será retratada, tendo em vista os aspectos de ordem constitucional.

Outro tema que tem gerado maiores divergências, e que deve ser objeto de estudo diz respeito à compatibilidade dos contratos de PPP com a Lei de Responsabilidade Fiscal, mormente em torno dos requisitos para contratação de projetos de PPP, a natureza do débito e a forma de contabilização pública desses modelos contratuais.

Na conclusão deste trabalho, almeja-se aferir a possibilidade das parcerias público-privadas constituírem ou não uma eficaz alternativa para a realização de empreendimentos de infra-estrutura social ou estrategicamente prioritários, com retorno financeiro desconhecido ou de baixa expectativa, em um contexto de restrição à realização de gastos públicos, viabilizando, portanto, a redução dos gargalos de infra-estrutura econômica do país.

O estudo foi realizado mediante pesquisa preponderantemente bibliográfica, complementado por textos legais e dados recentes acerca do andamento do processo de implantação das parcerias público-privadas no Brasil, disponibilizados pelos governos dos entes federados.

Por se tratar de um tema complexo e relativamente novo, insta salientar os seus aspectos teóricos e legais, tendo em vista, primordialmente a ótica revitalizada do Direito Administrativo que tem sido proposta no Brasil pela doutrina administrativista contemporânea. Daí, insurge-se a importância da realização desse estudo que, sem qualquer pretensão exaustiva, busca trazer esclarecimentos acerca das Parcerias Público-Privadas e incitar seus principais focos à discussão, a partir da sistematização das diversas posições doutrinárias, colaborando, assim, para a compreensão do panorama brasileiro.

2 ORIGEM DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPs)

Do ponto de vista histórico, as parcerias e empreendimentos conjuntos, envolvendo o poder público e capitais privados não constituem novidade na maioria dos países que atualmente empregam a sigla “PPP” para se referir ao conjunto de arranjos entre setor público e iniciativa privada em torno de projetos específicos.⁶

Paul Lignières destaca que:

A limitação de recursos estatais foi a mola-mestra das primeiras delegações nos portos, mercados e termas da Antigüidade, que continuavam a constituir serviços e equipamentos públicos apesar da sua prestação com recursos privados.⁷

No que concerne especificamente às raízes históricas de associações envolvendo recursos públicos e privados no Brasil, José Eduardo Alvarenga⁸ cita como exemplo de parcerias feitas em nosso país, embora sem receber esse nome, as ferrovias públicas financiadas por acionistas privados desde os tempos do Império.

Deveras, há uma longa experiência de associação entre Estado e iniciativa privada para implementação de empreendimentos necessários à satisfação de interesses públicos. Não obstante, o dito “modelo de PPP”- o novo padrão de relacionamento entre Estado e particular- teve sua origem no Reino Unido. Deriva do programa de governo denominado *Private Finance Initiative* (PFI)⁹, lançado em 1992, por iniciativa do gabinete conservador de John Major, visando a encorajar a realização de obras e gestão de serviços públicos mediante o apoio de financiamento privado.

Esse programa de governo era visto como uma alternativa viável para o Reino Unido desenvolver projetos de infra-estrutura em parceria com a iniciativa privada, onde a

⁶ COUTINHO, Rosenthal Diogo. Parcerias Público-Privadas: Relatos de Algumas Experiências Internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Op. cit.*, p.47.

⁷ LIGNIÈRES, Paul. *Partenariats publics privés*. Paris: Litec, 2000, p.5 *apud* OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria Público-Privada: aspectos de Direito Público Econômico** (Lei 11.079/2004). Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.81.

⁸ ALVARENGA, José Eduardo. Parcerias Público-Privadas: breves comentários. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº.2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 05 jan. 2008.

⁹ A PFI veio a substituir o alcance das “*Ryrie Rules*”, regras que prevaleciam antes de 1989 e incorporavam uma visão governamental desfavorável à participação do capital privado no financiamento de projetos do setor público. Cossalter Philippe. *A Private Finance Initiative*. Trad. Marçal Justen Filho. In TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005, p.437.

capacidade de endividamento deste setor, mediante certos mecanismos garantidores por parte do Estado, pudesse ser utilizada na implementação de empreendimentos fundamentais à satisfação de interesses públicos e que se caracterizavam por não serem autofinanciáveis. A participação do Estado - acrescida de eventuais cobranças dos usuários, quando fosse o caso - seria essencial em tais situações.

Assim, diante da necessidade de se eleger projetos merecedores dessa composição público-privada, foi criada no Reino Unido uma unidade de trabalho no âmbito do Ministério da Fazenda, que passou a coordenar e estruturar os diversos negócios. Cada projeto passou a ser submetido a uma análise detalhada de custo, procedendo-se a uma comparação (*Public Sector Comparator - PSC*), ainda que hipoteticamente, entre seu financiamento e operacionalização de forma exclusiva pelo setor público e com a participação do setor privado. Naqueles casos em que o setor privado mostrou-se mais eficiente (inclusive sob o ponto de vista da restrição orçamentária), os projetos, principalmente de investimento, foram levados adiante por meio dos contratos de PFI.¹⁰

O financiamento, a concepção, a realização e a gestão de uma infra-estrutura e do serviço da qual ela é suporte constituem o objeto dos contratos de PFI. O termo geralmente usado é DBFO (*design, build, finance and operate*).

O contrato de PFI possuía um triplo objetivo¹¹: a) emprego efetivo das técnicas de gestão privada no empreendimento público, fazendo com que o parceiro assumisse, de fato, o controle do objeto a ser implementado; b) transferência dos riscos econômicos do projeto para o setor privado; c) obtenção de maior eficiência na aplicação dos recursos econômicos e financeiros necessários à implementação do empreendimento público (o que, na denominação inglesa, resume-se na expressão *Value for Money*).¹²

No final da década de 90, o governo britânico, sob a administração do trabalhista Tony Blair, promoveu uma reavaliação do modelo PFI, conhecida como *Bates Review*. Constatou-se a necessidade de equilibrar a participação privada com a pública, de modo que o particular não continuasse sendo o único responsável pelo projeto. Dessa forma, passou-se a formular contratos em que o poder público também assumisse uma parcela de responsabilidade, sem desconsiderar a participação do particular na elaboração dos projetos, tampouco o eximindo

¹⁰ MONTEIRO, Vera. Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil. Aspectos Fiscais desse novo modelo de contratação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Op.cit.*, p.82.

¹¹ Conforme notícia de CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Op.cit.*, p.165.

¹² A expressão *Value for Money* consiste em uma pesquisa a partir de cujo resultado a Administração profere a decisão de submeter ou não o projeto pesquisado a um contrato de PPP, de modo que a decisão aponte para a melhor utilização dos recursos públicos. Cossalter Philippe. *A Private Finance Initiative*. Trad. Marçal Justen Filho. In TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). *Op.cit.*, p.447.

de arcar com os riscos oriundos dos mesmos. Tendo em vista tal ajuste, o modelo de contratação recebeu uma nova terminologia: *Public Private Partnership* (PPP).¹³

As PPPs foram utilizadas no Reino Unido com o fito de reduzir os custos de infraestrutura e acabaram se propagando por diversos países, tendo em vista o cenário de austeridade fiscal que preside a política econômica dos mesmos, sendo consideradas como meio de se realizar investimentos sem infringir as normas referentes a déficit público.¹⁴

A doutrina brasileira geralmente tem se referido à experiência britânica como positiva¹⁵, com a ressalva acerca da inexistência de informações conclusivas que atestem o pleno sucesso das PFI/PPP no sistema britânico. Como bem salienta Diogo Rosenthal Coutinho¹⁶, por um lado há estimativas de que estes projetos, mormente na área de transporte, permitiram economia relevante quando comparados aos projetos inteiramente financiados e operacionalizados pelo setor público. De outro lado, pesquisas demonstram que projetos nos setores de educação e saúde alcançaram margens ínfimas de redução de custos.

Exemplo emblemático de implantação do instituto de forma açodada, gerando resultados insatisfatórios, é o das concessões rodoviárias tipo “SCUT” encontradas em Portugal.¹⁷

Implementado a partir de 1997, o programa de PPP português possibilitou o rápido desenvolvimento de uma rede de rodovias de alta qualidade, abarcando um terço das estradas do país. A peculiaridade do programa SCUT português se refere à forma de financiamento e remuneração do capital privado: adotou-se o chamado “pedágio-sombra” (*shadow toll*), em que o setor privado fica encarregado do financiamento inicial da obra e, em seguida, passa a

¹³ No Reino Unido o conceito de PPPs é bastante amplo, abrangendo não somente as chamadas PFIs, como também outras formas de articulação entre setor público e setor privado. Abarcam, assim, as privatizações, as terceirizações (*outsourcing*), as *joint venture*, as chamadas *concessionis* e uma gama variada de modalidades contratuais. COUTINHO, Rosenthal Diogo. *Parcerias Público-Privadas: Relatos de Algumas Experiências Internacionais*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Op.cit.*,p.50.

¹⁴ Arnold Wald destaca que a austeridade fiscal em países europeus decorre essencialmente dos Tratados da União Européia que limitam as despesas públicas dos países que a integram. WALD, Arnold. *A PPP e a Infra-Estrutura*. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. vol. XVII, Editora Lumen Juris, 2006, p.170.

¹⁵ Dados de outubro de 2007 indicam que houve 622 projetos no contexto das PFIs no Reino Unido, somando todos eles, em termos de capital envolvido, mais de £ 56 bilhões. Pesquisa da *National Audit Office* (NAO)- Sessão 2002-2003, divulgada em 05 de fevereiro de 2003 constatou que cerca de 80% dos projetos concluídos até aquela data foram entregues dentro do prazo e apenas 20% extrapolaram os valores previamente orçados.

HmTreasury:<http://www.hm-treasury.gov.uk/documents/public_private_partnerships/ppp_pfi_stats.cfm> e NAO: *PFI Construction Performance 2002 HC 371-Session February 2002-2003*, disponível em:<http://www.nao.org.uk/publications/nao_reports/02-03/0203371.pdf. Acesso em 02 abr. 2008

¹⁶ COUTINHO, Rosenthal Diogo. *Parcerias Público-Privadas: Relatos de Algumas Experiências Internacionais*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Op.Cit.*,p.57

¹⁷ As considerações sobre PPP em Portugal, expandidas neste tópico advém, sobretudo, do artigo de Diogo Rosenthal Coutinho. *Ibid*.pp.73-77.

receber do governo uma remuneração que varia conforme o número de veículos que trafegam nas rodovias.

Embora o esquema de Parceria Público-Privada no formato “SCUT” tenha um considerável apelo político em razão da ausência da cobrança direta de pedágios aos motoristas, o programa português acabou se transformando em um verdadeiro instrumento de desequilíbrio fiscal, permitindo em um primeiro momento a construção rápida de autoestradas, mas com encargos financeiros insustentáveis para os próximos vinte e cinco anos.

Com vistas a solucionar o problema, o governo português tem defendido a necessidade de conversão de todas as *shadow tolls* em rodovias “com portagem” (com pedágio), a fim de permitir a captação de verbas orçamentárias para outras ações fundamentais, como a conservação e a segurança das estradas, a construção e melhoramento de vias alternativas e a continuidade do Plano Rodoviário.

Essas breves constatações acerca dos principais aspectos das experiências díspares em termos de PPP no Reino Unido e em Portugal, evidenciam que a complexidade do instituto em comento é notória e requer tempo para que a sociedade aprenda a utilizá-lo em sua plenitude de forma satisfatória.

Vislumbra-se, outrossim, que as PPPs representam o produto de construções político-institucionais diversas, sendo cada experiência nacional concebida para alcançar objetivos de políticas públicas próprios, consoante os recursos públicos e privados disponíveis e com capacidade de organização, planejamento e regulação de cada Estado.

As soluções adotadas por outras ordens nacionais precisam ser compatibilizadas com o sistema jurídico nacional, portanto a estruturação estrangeira da PPP não é automaticamente aplicável. Nesse sentido, adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A grande dificuldade com que se depara o jurista está precisamente no fato de que a globalização está levando os governantes, principalmente na esfera federal, a buscar modelos no direito estrangeiro, sem levar em conta a diversidade de regimes jurídicos, especialmente no âmbito constitucional.¹⁸

Frise-se que esse fenômeno de importação de modelos do direito estrangeiro, tem sido recorrente em nosso país, implicando, em certos casos, perplexidades que colocam em risco os princípios da legalidade e da segurança jurídica, podendo, inclusive, esbarrar em óbices constitucionais.¹⁹

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas. *Op.cit.*,p.40.

¹⁹ Exemplo eloquente da referida afirmação diz respeito às agências reguladoras. A figura da “agência” é uma

É neste contexto que os menos entusiasmados com o instituto²⁰ afirmam que as parcerias público-privadas inserem-se nas fórmulas preconizadas pelas instituições financeiras internacionais, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Interamericano de Desenvolvimento. Alega-se que diversos dispositivos da Lei 11.079/2004 violam frontalmente o Texto Constitucional brasileiro, assim como, normas da Lei nº. 4.320/64 e da LC nº. 101/2000²¹, que disciplinam a conduta da Administração Pública em matéria de finanças públicas. Dessa forma, entendem que as parcerias público-privadas representam mais um instrumento poderoso que busca desmontar a Administração Pública através da privatização e terceirização de serviços públicos não privatizáveis e nem terceirizáveis, ao fito de obedecer aos ditames dos organismos internacionais, ao mesmo tempo em que permite que o Estado se desonere de sua atribuição constitucional de prestar serviços públicos.

É inegável que estes organismos têm induzido países em desenvolvimento a beneficiarem, cada vez mais empresas privadas, inclusive as de capital estrangeiro, mormente na exploração de serviços públicos que tenham algum potencial lucrativo.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o apoio às PPPs em relação ao Brasil é expressamente mencionado em um dos documentos do Banco Mundial²², no chamado *Documento de Assistência ao Brasil 2004-2007*, que orienta as reformas preconizadas pelo Banco no Primeiro Empréstimo Programático para Crescimento Equitativo e Sustentável, oferecido ao Brasil e anunciado em 19 de fevereiro de 2004.

À vista do exposto, conclui-se que o processo de implantação dos projetos de PPP requer cautela redobrada. É sob esse prisma que a experiência brasileira deve ser concebida e

importação direta do direito administrativo norte-americano, onde foram inicialmente concebidas com acentuado grau de autonomia em relação aos três poderes. Ocorre que, desde 1960, o regime inicial das agências, sobretudo a sua independência, acabou sendo largamente contestado nos Estados Unidos, reduzindo-se consideravelmente a sua função “reguladora”. O modelo que o Brasil buscou copiar é o que se adotava nos Estados Unidos antes dessas reformas de 1960. Com isso, diversas características institucionais das agências reguladoras, mormente as relativas à amplitude, limites e controles do poder normativo dessas agências, vêm causando grandes controvérsias tanto no meio jurídico como no político. Questiona-se a constitucionalidade dos poderes normativos das agências face aos preceitos constitucionais (art. 37, da CF/88, art. 84, IV, art. 25 ADCT). Há propostas legislativas de mudança do perfil dessas entidades, especialmente para aumentar os mecanismos de controle pelo Poder Executivo sobre essas agências. Neste sentido, PL 3347/2004 e PEC 81/2003.

²⁰ Por todos: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. As parcerias público-privadas e a observância dos princípios constitucionais. In: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 56, n. 3, p. 205-225, jul./set. 2005.

²¹ As questões atinentes à compatibilidade das normas previstas na Lei 11.079/2004 com a Constituição Federal de 1988 e com a Lei nº 4.320/64 e LC nº 101/2000 serão abordadas no Capítulo 5.

²² WORLD Bank. International Bank for Reconstruction and Development and International Finance Corporation Country Assistance Strategy Progress Report for Federative Republic of Brazil for the period 2004-2007. Disponível em: < siteresources.worldbank.org/INTBRAZIL/Resources/CASProgressReport.pdf > Acesso em 11 abr.2008

confrontada a fim de que não se esteja diante de um modelo cuja origem se encontra no direito estrangeiro, meramente importado sem a preocupação de se coadunar com a realidade brasileira. Peculiaridades jurídico-institucionais necessitam ser ponderadas, assim como os equívocos de outras experiências internacionais²³ devem servir de lição para o nosso país no processo de implantação do instituto.

Passa-se agora analisar a conjuntura do surgimento das parcerias público-privadas na ordem jurídica brasileira.

2.1 Conjuntura do Surgimento do Instituto no Brasil

A escassez de recursos públicos - em que pese a elevada carga tributária brasileira - para projetos de alto custo e de grande interesse público e social traduz um fenômeno que nas últimas duas décadas vem sendo tomado com razão de ser para o desenvolvimento de novas formas de relacionamento entre setor público e privado, através de mecanismos jurídicos diversos que permitam uma participação mais ativa da iniciativa privada nesses setores.

A noção de parceria²⁴ entre poder público e setor privado, há muito, mormente desde a grave crise fiscal e a globalização da década de 1980, vem sendo reiteradamente invocada como alternativa para a consecução de objetivos públicos e atendimento das necessidades coletivas.²⁵

Essa tendência caracteriza-se pela preocupação em se aliviar a estrutura estatal da gestão, cada vez mais exigente, de serviços de variada natureza, através da transferência de certas atividades tipicamente públicas que poderiam ser desempenhadas a contento pela iniciativa privada. Como bem salienta Diogo de Figueiredo Moreira Neto :

²³ Cumpre ressaltar, por oportuno, que uma análise aprofundada das diversas experiências internacionais em sede de PPP foge ao escopo do presente trabalho acadêmico, que se restringe ao exame dos principais aspectos do instituto sob a ótica da dogmática administrativa brasileira.

²⁴ Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende que: “a palavra *parceria* parece sufragada pelo uso e, por isso, já está a merecer ter seu *novo sentido técnico* incluído e definido no Direito Administrativo, enquanto modalidade de *administração associada*, para distingui-la da modalidade de simples *colaboração*” (grifo do autor). MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.269.

²⁵ Marcos Juruena Villela Souto ressalta a desconfiança e preconceito de certa parcela da sociedade em relação aos “bons propósitos” da iniciativa privada, na formação de vínculos jurídicos com o setor público com vistas à melhoria da gestão pública, uma vez que “a cooperação técnica e financeira do mercado ao Estado seria inconstitucional por ser subsidiada com recursos privados, violando a independência e imparcialidade dos Poderes Públicos”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Parceria do mercado com o Estado*. In: OSÓRIO, Fábio Medina; Idem (Coord.). **Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.697.

[...]a iniciativa privada apresenta maior capacidade de imprimir um alto grau de eficiência e economia às suas atividades, dispensando- e isto é que é mais importante- o Poder Público, de preocupações secundárias, de modo a liberá-lo para *concentrar-se em suas atividades primárias, na solução de problemas de maior premência e envergadura, como são hoje os da segurança, da educação e da saúde e, em escala crescente, no desenvolvimento do fomento público.* ²⁶ (grifo do autor).

No Brasil, a referida orientação foi acolhida no arcabouço institucional criado pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), com a explicitação das seguintes premissas: a) livre iniciativa (arts 1º, IV e 170, *caput*) e livre concorrência (art. 170, IV); b) da restrição à atividade de exploração econômica pelo Estado (art. 173, *caput*), ou seja, a participação do Estado na vida econômica deve ser entendida como subsidiária ao papel desempenhado pela iniciativa privada; c) da limitação interventiva geral às funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art.174, *caput*); d) o artigo 175 consagra que mesmo na oferta de serviços públicos, o setor privado, sob os regimes de concessão e permissão, passa a ser chamado a atuar paralelamente à assunção, pelo Estado, das atribuições de natureza gerencial e reguladora determinadas pelo art. 174.

Dentro dessa ordem de idéias, com o fito de dar cumprimento ao ditame constitucional de 1988, consolidou-se no Brasil um programa de liberalização de vários setores econômicos, através da redução de restrições à participação do capital estrangeiro na vida econômica nacional e da flexibilização de alguns tradicionais monopólios estatais ²⁷. Ademais, diversificaram-se as formas de prestação de serviços públicos, com a abolição das barreiras jurídicas à introdução da concorrência neste segmento²⁸, fortalecendo-se, assim, um programa brasileiro de concessões de serviços públicos.

No Brasil, os modelos tradicionalmente usados para atrair o setor privado na realização de negócios públicos estão previstos na Lei 8666/1993, que disciplina o regime para contratação de obras e serviços nela delineado, e nos mecanismos de concessão de

²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. *Op. cit.*,p.437

²⁷ Neste sentido é que foram implementadas as reformas constitucionais de índole neoliberal que eliminaram determinadas restrições ao capital estrangeiro (Emendas Constitucionais n.º 6/95 e 7/95), flexibilizaram monopólios estatais (Emendas Constitucionais n.º 5/95 e 9/95) e promoveram a desestatização de vários setores (Lei 8.031/90, Lei 8987/95).

²⁸ A eliminação da exclusividade na prestação do serviço público por meio de concessões e permissões vem prevista no art. 16 da Lei 8987/1995. Vários diplomas legais posteriores ratificaram essa orientação a propósito de setores específicos. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Experiência Brasileira nas concessões de serviços públicos. In: SUNDFELD. Carlos Ari. *Op.cit.*,p.190.

serviços públicos, cujo regime jurídico está disciplinado na Lei 8987/1995, assim como em diversas leis setoriais que versam sobre serviços públicos específicos.²⁹

A Lei 8666/1993 prevê o regime de contratação administrativa para obras, serviços e compras com financiamento oriundo de recursos do orçamento. O pagamento é realizado de acordo com a execução da obra ou serviço, ou seja, à medida e proporcionalmente à execução do objeto, tem-se o imediato desembolso do Estado. A consequência desse modelo é a necessidade de alocação de recursos a curto prazo cuja viabilidade nem sempre se faz possível na gestão administrativa.

Outrossim, os prazos da Lei 8666/1993 são limitados. O prazo máximo de um contrato administrativo regido pela lei em comento é de cinco anos, na hipótese de serviços contínuos (art. 57, II da Lei 8666/1993), podendo, excepcionalmente, ser prorrogado por mais um ano (art. 57, § 4º da Lei 8666/1993). Ocorre que para determinados setores em que a magnitude dos investimentos é extremamente elevada, esse prazo se revela insuficiente para a amortização do capital investido pelo agente privado.

Cumprindo ainda destacar questão atinente à inadimplência, não rara, do Estado e a conseqüente insegurança jurídica em torno desses contratos, acarretando, por vezes, um superfaturamento nessas obras e serviços, “criando uma lógica perversa entre Poder Público e setor privado, ou seja, o governo não paga ou paga atrasado e o setor privado eleva e superfatura os preços, o que encarece o Erário”³⁰, e conseqüentemente prejudica a coletividade.

As Leis 8987/1995 e 9074/1995, ambas alteradas parcialmente pela Lei 9648/1998, disciplinam as concessões de serviços públicos e de obras públicas, que embora não sejam remuneradas por recursos do tesouro nacional, como na Lei 8666/1993, o Estado mantém a titularidade e os controles públicos sobre o objeto do contrato. Dessa forma, o concessionário realiza os investimentos e é remunerado, via de regra³¹, pelas tarifas pagas pelos usuários em razão da fruição do serviço, o que do ponto de vista do poder público, é extremamente vantajoso, pois este se desonera da prestação de serviços públicos de sua titularidade em

²⁹ Com relação aos serviços públicos de titularidade da União se nota a existência de regimes jurídicos peculiares de delegação de serviços públicos a particulares (Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9472/1997 e Lei 9427/1996 sobre energia elétrica). Inclusive antes da Lei Geral de Concessões, a Lei dos Portos (Lei 8630/1993), já previa uma ampla abertura para participação do setor privado na construção de infra-estrutura necessária à ampliação dos portos no país. CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) *Op.cit.*, p.172.

³⁰ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007, p.264.

³¹ Consoante art. 11 da Lei 8987/1995, pode o poder concedente adotar fórmula diversa da tarifa para remunerar o concessionário, a fim de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, “lógico que sempre tendo em vista o interesse público e o princípio da moralidade”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pg. 33.

relação aos quais não possui condições financeiras ou entende não ser conveniente prestar diretamente.

Quanto à repartição de riscos, as concessões de serviços públicos, assim como os contratos administrativos regidos Lei 8666/1993, estão sujeitos à teoria das áleas ordinárias e extraordinárias, cuja origem histórica decorre do direito francês. Dessa forma, os riscos inerentes ao negócio ou à prestação do serviço (álea ordinária ou empresarial) são integralmente suportados pelo particular, por serem considerados previsíveis (art. 2º, inc. II e art. 10 da Lei 8987/1995).³² Somente são transferidos à Administração Pública os riscos da álea extraordinária, ou seja, aqueles oriundos de fato imprevisível (álea extraordinária econômica), ou ainda, de riscos decorrentes da atuação do poder público (álea extraordinária administrativa) que abrange três modalidades: alteração unilateral, fato do príncipe e fato da Administração. Cumpre frisar que a álea extraordinária não é suportada pelo agente privado em razão do seu direito ao re-equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 37, XXI da CF/88; arts. 9º §2º, 18, VIII e 23, IV da Lei 8987/1995)

Conforme antes mencionado, os contratos de concessão de serviços públicos não oneram, em princípio, os cofres públicos, já que, em regra, a remuneração do concessionário é feita mediante tarifa paga pelos usuários do serviço. Ocorre que, como bem observa Flávio Amaral Garcia ³³, as tarifas cobradas em determinados setores, por questões muito mais econômicas e sociais, acabaram se tornando extremamente elevadas para os usuários, inibindo o acesso de determinados cidadãos ao serviço público, reduzindo substancialmente a possibilidade de sua fruição, assim como representam um risco à observância do princípio da modicidade tarifária, consagrado no art. 6º, § 1º da Lei 8987/1995.

Demais disso, aponta o autor outro fator que tem encarecido o valor das tarifas: a previsão do critério maior outorga ou maior oferta nas licitações das concessões de serviços públicos (art.15 inc. II da Lei 8987/1995), ou seja, o concessionário, além de investir no serviço, deve pagar ao poder concedente um valor pelo direito de explorá-lo. Ao cobrar por essa outorga, o poder público aumenta os custos do concessionário para prestar o serviço, o que reflete diretamente no valor da tarifa. ³⁴

³² Maria Sylvia Di Pietro ressalva que há entendimento no sentido de que mesmo na hipótese de álea ordinária em contrato administrativo a Administração responde, tendo em vista que neste caso “os riscos assumem maior relevância em função do porte dos empreendimentos, o que torna mais adequada a previsão dos gastos.” A autora discorda da tese, afirmando que “se os riscos não eram previsíveis, a álea deixa de ser ordinária”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.264.

³³ GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos*. *Op. cit.*, p.264

³⁴ A instituição de cobrança pela outorga tem sido justificada como meio de exigir uma contraprestação imediata do empresário pela infra-estrutura já existente ou pela oportunidade de explorar um serviço de alta rentabilidade. Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que esse critério padece do vício da inconstitucionalidade, pois se trata de verdadeiro tributo embutido no valor da tarifa (não se destina a

Por derradeiro, cumpre destacar que a concessão de serviços públicos, regida pela Lei 8987/1995, somente traduz resultados positivos quando a taxa de retorno do investimento privado é motivadora, ou seja, quando se tratar de serviço público auto-sustentável (viabiliza-se mediante remuneração provinda exclusivamente de tarifas pagas pelos usuários).

Ocorre que nem sempre a iniciativa privada julga um determinado negócio de interesse público atrativo o suficiente para motivar a alocação de capitais. Nestes casos, quando a taxa de retorno privado é baixa, ao mesmo tempo em que a vantagem social com o ingresso de investimentos privados é relevante (serviço público essencial e não auto-sustentável), o modelo tradicional de concessão de serviços públicos não se revela uma alternativa viável, pois as receitas obtidas com o pagamento das tarifas e com a obtenção de receitas alternativas não são capazes de amortizar o total de investimentos efetuados pelo concessionário. Somam-se a isso as hipóteses em que por razões técnicas, políticas ou econômicas, não se afigura possível a cobrança de qualquer tarifa dos usuários, como ocorre, por exemplo, nos setores da saúde (art. 196, CF/1988) e educação pública (art. 206, IV).

O cenário acima apresentado revela que as reformas desestatizantes na década de 1990 alteraram estruturalmente a relação público-privada no país, mas não solucionaram os problemas de cunho fiscal e orçamentário que as legitimaram. O arcabouço composto pela Lei de Concessões (Lei 8987/1995), pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8666/1993), e outras leis de cunho setorial e regulatório que igualmente serviram de base às reformas, não se mostrou suficiente para atração de investimentos privados em áreas onde o potencial de lucratividade ficou abaixo dos níveis almejados pelo setor privado.

Sob esse contexto de incapacidade dos modelos tradicionais para suprir a demanda pelo incremento das necessidades em infra-estrutura e pela ampliação da qualidade e quantidade de serviços públicos, surge no direito brasileiro, a partir da promulgação da Lei Federal 11.079/2004, o instituto das Parcerias Público-Privadas (PPPs) instituindo normas gerais para licitação e contratação de PPPs, como uma tentativa de poder público e iniciativa privada dividirem os custos com a implantação de infra-estruturas, somando esforços e capacidade, por meio de uma atuação conjunta, diante da absoluta necessidade de realização de obras e serviços para os quais o poder público, isoladamente, não dispõe de recursos suficientes, ao mesmo tempo em que tais empreendimentos, por sua natureza e características,

remunerar o serviço objeto da concessão, mas entra nos cofres públicos da mesma maneira que as receitas provenientes de impostos) com a agravante de que, para sua instituição não são observados os princípios constitucionais que regem a instituição de tributos, em especial o da legalidade tributária. Maria Sylvania Zanella Di Pietro. **Parcerias na Administração**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas. *Op.cit.*, p.123.

não são capazes de proporcionar ao particular um retorno que permita a completa amortização do capital investido.

Depreende-se, portanto, que os programas estatais de parcerias público-privadas podem ser considerados “como sucessores ou complementos dos programas de desestatização instituídos e executados no Brasil na década de 90 (Lei 8.031/1990, posteriormente substituída pela Lei 9.491/1997)”.³⁵

Atualmente, as parcerias público-privadas inserem-se especificamente no contexto do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) - principal plano do segundo mandato do governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, lançado em janeiro de 2007 - que engloba um conjunto de políticas econômicas, planejadas para os quatro anos seguintes, prevendo investimentos públicos e privados. Objetiva-se superar os gargalos da economia e acelerar o crescimento econômico do Brasil, com a conseqüente diminuição das desigualdades regionais e sociais. Sendo assim, o PAC tem como prioridade aumentar o volume de investimentos na área de infra-estrutura pública; estimular o crédito e o financiamento com juros baixos; rever a legislação ambiental; reduzir impostos e remover os obstáculos administrativos, burocráticos, normativos, jurídicos e legislativos.

O PAC pretende aplicar em quatro anos um total de investimentos em infra-estrutura da ordem de R\$ 503,9 bilhões, nas áreas de transporte, energia, saneamento, habitação e recursos hídricos. O conjunto de investimentos está organizado em três eixos decisivos: Infra-estrutura Logística, envolvendo a construção e ampliação de rodovias, ferrovias, portos, aeroportos e hidrovias; Infra-estrutura Energética, correspondendo a geração e transmissão de energia elétrica, produção, exploração e transporte de petróleo, gás natural e combustíveis renováveis; e Infra-estrutura Social e Urbana, englobando saneamento, habitação, metrô, trens urbanos, universalização do programa Luz para Todos e recursos hídricos.³⁶

As parcerias público-privadas foram apresentadas como a principal ferramenta de alcance das metas do governo federal. Argumentava-se que um programa dessa magnitude só seria possível por meio de parcerias entre o setor público e o investidor privado, somadas a uma articulação constante entre os entes federativos (Estados e Municípios). O PAC abriga quase todos os projetos de PPP's anunciados pelo governo federal no final de 2003 como passíveis de serem licitados sob essa modalidade de contratação pública.³⁷

³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Op.cit.*, p. 24.

³⁶ Disponível em :< <http://www.brasil.gov.br/pac/conheca/economicas/>> Acesso em: 17 jun. 2008.

³⁷ Cf. seção 3.3.2 sobre as obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) no contexto das parcerias público-privadas.

As Parcerias Público-Privadas incluem-se na agenda política brasileira como proposta de solução para problemas com os quais a Administração Pública convive há muito, e cuja barreira a Lei de Concessões (Lei 8987/1995) não foi apta a romper. Nessa senda, foram implementadas algumas mudanças, tais como: institucionalizou-se um sistema de garantias (art. 8º c/c art. 16 da Lei 11.079/2004) que assegura a solvência do Estado, ou seja, permite ao investidor blindar-se contra a inadimplência estatal. Outrossim, adotou-se como diretriz fundamental do contrato de PPP (art. 4º, inc.VI), uma sistemática de repartição objetiva de riscos entre as partes, sendo cláusula obrigatória do contrato a previsão do compartilhamento dos riscos, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art.5º, inc.III). Essa partilha de riscos, que não existe nas concessões comuns e nos contratos administrativos em geral, representa um elemento fundamental dessas parcerias, pois é a partir dela que se tentará reduzir o valor dos contratos. Previu-se a possibilidade da remuneração do executor privado estar atrelada a parâmetros de eficiência previamente definidos no contrato (art. 6º, parágrafo único). Permitiu-se, ainda, que a remuneração do parceiro privado seja efetuada por outras vias que não apenas recursos do tesouro (art. 6º). Ademais, conferiu-se ao poder público a possibilidade de firmar contratos mesmo sem o desembolso imediato de recursos públicos, já que nos contratos de PPPs o investimento inicial é assumido pelo particular e, apenas por ocasião da disponibilidade da obra ou serviço, é que nasce para o parceiro público o dever de iniciar o pagamento (art. 7º). Merece destaque a previsão da possibilidade de se adotar a arbitragem como forma de solucionar conflitos entre os parceiros (art. 11, III). Há ainda a obrigatoriedade de constituição de uma sociedade de propósito específico (art. 9º); necessidade das parcerias se compatibilizarem com a Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 10 e art. 22); criação de um órgão gestor para centralizar a aplicação dos recursos e definir setores prioritários (art. 14); previsão de consulta pública obrigatória da minuta de edital e contrato como forma de garantir a participação direta da sociedade na implantação dos projetos de PPPs (art. 10, VI).³⁸

A conjuntura que ensejou o surgimento da idéia de parcerias público-privadas no direito brasileiro pode, destarte, ser assim sintetizada: a) esgotamento da capacidade de investimento do poder público em infra-estrutura e serviços públicos, gerando gargalos estruturais, impeditivos do crescimento econômico; b) exaurimento progressivo dos serviços públicos auto-sustentáveis, o que inviabiliza a opção pelo formato da concessão comum (regida pela Lei 8987/1995); c) existência de uma série de atividades de relevância coletiva

³⁸ Esses e outros aspectos do instituto serão devidamente abordados no presente trabalho acadêmico em momento oportuno.

não auto-sustentáveis financeiramente e sem que o Estado possua condições de financiá-las sozinho; e d) desinteresse do setor privado nessas atividades que não são autofinanciáveis em que a cobrança de tarifas é inviável econômica ou socialmente.

3 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA LEI 11.079/2004

O tema parcerias público-privadas, como já salientado neste trabalho, insere-se no contexto da reformas liberalizantes, implementadas pelo Brasil desde o início da década de 1990 e que teve seu apogeu durante os dois governos do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), com a maciça privatização de empresas estatais, facilitação da entrada de empresas e capitais estrangeiros no país, terceirização de serviços e de empregos públicos em áreas consideradas não-essenciais e estímulo ao chamado Terceiro Setor.

A partir de meados de 2002, ainda durante o segundo governo de Fernando Henrique Cardoso, e posteriormente no primeiro governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a expressão “parceria público-privada”, em sentido estrito, começa a se destacar no cenário nacional. O governo brasileiro, organizações financeiras internacionais, empresários nacionais e estrangeiros defendiam a necessidade e, mesmo urgência, do país desenvolver um programa de PPP, aproveitando as soluções internacionais em matéria de contratação pública e inovações criadas pelas PPPs mundo afora.

A introdução do instituto das Parcerias Público-Privadas no Brasil foi formalmente cogitada, pela primeira vez, em um boletim divulgado em 2002 pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão denominado *O desafio do planejamento governamental*. Buscou-se esboçar um projeto que permitisse a prestação de serviços públicos por meio de um sistema de colaboração entre poder público e iniciativa privada em moldes mais estreitos do que o proporcionado pelo mecanismo da tradicional concessão de serviços públicos.

Tendo em vista esse cenário, a matéria começou a ser debatida tanto nos Estados-membros como na União, através de projetos de lei sobre PPP, postos em circulação ainda em 2003. Em 19.11.2003, o Poder Executivo enviou à Câmara de Deputados o projeto de lei das parcerias público-privadas (PL n.º. 2546/2003), posteriormente encaminhado ao Senado Federal, em 24.03.2004, onde tramitou sob o n.º. 10/2004. Inobstante, o pioneirismo na edição de lei especial sobre o instituto se deu no âmbito estadual: a primeira lei a ser editada foi a do Estado de Minas Gerais (Lei 14.868 de 16.12.2003), seguida pelas Leis de Santa Catarina (Lei 12.930 de 04.02.2004), São Paulo (Lei 11.688 de 19.05.2004), Goiás (Lei 14.910 de 11.08.2004), Bahia (Lei 9.290 de 27.12.2004) e Ceará (Lei 13.557 de 30.12.2004). Esses Estados decidiram exercer sua competência legislativa e aprovar leis estaduais de PPP, mesmo sem a aprovação de lei federal sobre o tema,³⁹ cujo projeto de lei tramitou durante um ano no Congresso e só foi sancionado pelo presidente da República em 30/12/2004.

³⁹ Será objeto do presente trabalho a análise acerca da possibilidade desses Estados terem extrapolado suas esferas constitucionais de competência legislativa ao aprovarem suas leis antes da Lei Federal 11.079/2004. Cf. seção 3.3.

O projeto de lei federal encontrou forte resistência e suscitou uma série de debates no Congresso Nacional resultando em amplas alterações tanto na Câmara quanto no Senado Federal. De acordo com a oposição (PFL e PMDB), a edição de uma lei nos moldes da redação original do projeto “desestabilizaria o sistema legal existente, especialmente em matéria de contratos administrativos, concessão e licitação”⁴⁰. Afirmavam os críticos⁴¹, que havia o risco de se vulgarizar a aplicação indiscriminada da Lei de PPPs a projetos mais adaptados à concessão comum, tendo em vista as garantias especiais previstas contra a inadimplência do poder público, gerando tratamento privilegiado do contratado, podendo, assim, condenar ao desinteresse da participação privada toda licitação para serviço público que não fosse promovida sob a égide da Lei de PPP.

Sendo assim, o Poder Legislativo não manteve a concepção original do projeto do Executivo. A reconstrução do texto do projeto, buscou definir as relações entre os variados diplomas legais já existentes, incorporando as preocupações tanto do governo como da oposição, mormente em matéria de financiamento dos projetos de PPPs e responsabilidade fiscal. Ademais, foram implementadas alterações significativas em relação à identificação adequada das espécies de concessões configuradoras de parcerias público-privadas, assim como foram estabelecidos limites quantitativos para que os contratos fossem celebrados com base na Lei de PPP. Assim, somente após significativas mudanças no projeto de lei original foi sancionada a Lei 11.079 de 30.12.2004.

Cumprе ressaltar que a despeito das alterações implementadas no projeto de lei federal, inclusive com o veto de dois artigos (art. 11, II e 28, §3º), a Lei 11.079/2004 ainda suscita candentes polêmicas e debates acadêmicos, mormente no que pertine à constitucionalidade dos modelos contratuais propostos pela Lei de PPPs; as novas regras que disciplinam o procedimento licitatório do instituto; o amplo espectro de garantias oferecidas tanto ao parceiro privado como aos seus financiadores e a compatibilidade do instituto com a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Os principais aspectos desses temas serão abordados nos próximos capítulos, com vistas a se propor reflexões acerca da possível eficácia das parcerias público-privadas como instrumento de desenvolvimento econômico e social apto a enfrentar o déficit de infraestrutura que assola o país.

⁴⁰ ALMEIDA JÚNIOR, Mansueto.F; PESSOA, Samuel de Abreu. **Parceria Público-Privada - Princípios básicos que devem nortear a nova legislação**. Assessoria Econômica do Gabinete do Senador Tasso Jereissati. Junho de 2004. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/senador/tassojereissati/NoticiasCapa/ppp7.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2008.

⁴¹ Entre os críticos deve se registrar o papel de destaque que teve o Senador Tasso Jereissati no debate nacional que se travou na discussão do projeto de lei no Congresso Nacional.

3.1 Noção conceitual e classificação das Parcerias Público-Privadas na Lei 11.079/2004

Até a edição da Lei nº. 11.079/2004, a expressão parceria público-privada vinha sendo empregada em sentido amplo, para designar um amplo universo de modalidades de interação entre Estado e iniciativa privada.

Em uma perspectiva mais abrangente, as parcerias público-privadas abarcam as diversas modalidades de arranjos institucionais entre Administração Pública e setor privado, tais como as concessões de uso de bem público e as prestações de serviços, fornecimento de produtos e a construção de infra-estrutura por particulares para o poder público, regidas pela Lei 8666/1993; os contratos de gestão com organizações sociais (OS) da Lei 9337/1998 e os termos de parcerias com as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) da Lei 9790/1999 aplicáveis aos serviços de natureza social; as concessões e permissões de serviço público regidas pela Lei 8987/1995 e por leis específicas e setoriais.

Não é este sentido amplo⁴² de parceria que cumpre aqui desenvolver. Interessa analisar o alcance específico da expressão “parceria público-privada” conforme vem empregada na Lei 11.079/2004, cujo advento denota que apenas uma parcela dessas iniciativas conjugadas pode ser identificada como parceria pública privada em sentido estrito. Neste contexto, as PPPs constituem “os vínculos negociais que adotem a forma de concessão patrocinada e de concessão administrativa, tal qual definidas pela Lei federal 11.079. Apenas esses contratos sujeitam-se ao regime criado por essa lei.”⁴³

Frise-se, por oportuno, que a Lei de PPP abandonou a pretensão de um conceito amplo de parcerias público-privadas, como previsto na primeira versão do projeto de lei enviado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo.⁴⁴ A Lei 11.079/2004 adotou um conceito restrito

⁴² No Direito Comparado, inclusive no modelo inglês e português, a noção de parceria público-privada é dotada de maior amplitude. O conceito de PPP no Decreto nº. 86/03 de Portugal é o seguinte: “Entende-se por parceria público-privada o contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante o parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.” ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Parcerias Público-Privadas- Breve Panorama da Lei Federal nº. 11.079/2004 de 30/12/2004. In: OSÓRIO, Fábio Medina; Marcos Juruena Villela Souto (Coord.). **Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. *Op. cit.*, p.736.

⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Op.cit.* p 22.

⁴⁴ O conceito de parcerias público privadas na primeira versão do PL 2546/2003 era bem mais amplo: “Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se contrato de parceria público-privada o acordo firmado entre a administração pública e entes privados, que estabeleça vínculo jurídico para implantação ou gestão, no todo

“e ao reduzir a sua complexidade e ineditismo, reduziu também muitas dúvidas e desconfiças hermenêuticas que pairavam sobre o Projeto, o que, sem dúvida, contribuiu para facilitar sua aprovação”⁴⁵

O art. 2º da Lei 11.079/2004 preceitua que: “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.” Percebe-se, portanto, que a lei se restringiu a definir parceria público-privada como contrato de concessão. Supõe-se, destarte, que a definição mais completa emerge do conjunto normativo produzido. Sendo assim, pode-se afirmar que as parcerias público-privadas em sentido estrito constituem uma modalidade de vínculo entre entidades públicas e privadas, que assumem conjuntamente a realização de certos empreendimentos, serviços ou atividades de interesse público a longo prazo, por meio da celebração de contrato administrativo em regime de compartilhamento de riscos, remunerado após a efetiva oferta de obra ou serviço pelo parceiro privado, responsável pelo investimento, construção, operação ou manutenção da obra ou serviço, em contrapartida às garantias estatais que visam evitar o inadimplemento por parte do poder público.

Dois aspectos precisam ser destacados no que concerne à questão conceitual. Em primeiro lugar, a doutrina tem destacado a preocupação do legislador em esclarecer que não se “está a criar um contrato novo, mas um mero tipo de concessão.”⁴⁶ Essa preocupação se manifesta nos diversos dispositivos legais que remetem o intérprete à Lei 8987/1995, v.g., art. 2º, § 1º e 3º da Lei 11.079/2004.

Nesse sentido, José Eduardo Alvarenga acentua que:

Não se cria com essa nova lei um novo tipo de contrato [...] como parte da doutrina equivocadamente afirmou. Há, sim, um contrato de concessão sob o regime jurídico de parceria público-privada, ou seja, há um regime jurídico excepcional que traz novas regras e novas situações de disposição sobre

ou em parte, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público, em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, ao parceiro privado, observadas as seguintes diretrizes.”

⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas-PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op. cit.* p.56.

⁴⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. *Op. cit.*, p.34. No mesmo sentido, Juarez Freitas assinala que “as PPPs, no contexto brasileiro, são espécies de concessões e, nessa medida, não passam de versões ‘blindadas’ de contratos administrativos bem conhecidos.” FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPP’s) e desafios regulatórios. In: **Ajuris**, Porto Alegre, v. 32, n. 100, dez. 2005, p. 202. Fernão Justen de Oliveira salienta que “a parceria público-privada pode ser enfocada como uma derivação da concessão de serviços públicos, que ao longo do tempo foi assumindo paulatinamente contornos cada vez mais complexos, à medida que mais intrincado tornava-se o envolvimento entre o público e o privado e os negócios dele emergentes.” OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Op. cit.*, p.90.

contratos de concessão cuja tipologia já se encontra definida no Direito Administrativo brasileiro.⁴⁷

Em segundo lugar, insta destacar que o fato da lei ter expressamente designado a parceria público-privada como “contrato administrativo de concessão” (art. 2º da Lei 11.079/2004) demonstra que a opção legislativa não foi apenas terminológica. O escopo do legislador foi “empregar em novos objetos a estrutura contratual e a lógica econômica dos contratos regidos pela Lei de Concessões”⁴⁸, inclusive prevendo a aplicação subsidiária da Lei 8987/1995 aos contratos de PPPs (art. 3º da Lei 11.079/2004). Portanto, não se está diante de um novo instituto jurídico, mas de contratos de concessão por excelência que, dadas as peculiaridades que os revestem, exigem um tratamento distinto.

Rememore-se que a edição de lei sobre parcerias público-privadas se destinou a solucionar parcial vazio normativo da legislação concernente às concessões tradicionais, ou seja, a Lei 11.079/2004 veio complementar a legislação existente “para viabilizar contratos específicos que embora interessantes para Administração, ainda não podiam ser feitos, e isso ou por insuficiência normativa, ou por proibição legal.”⁴⁹

Feitas essas considerações, impõe-se analisar os principais aspectos inerentes às duas modalidades de concessão previstas na Lei 11.079/2004: concessão patrocinada e concessão administrativa.

3.1.1 Concessão patrocinada

Estatui o diploma regulador das parcerias público-privadas em seu art. 2º, § 1º que:

⁴⁷ ALVARENGA, José Eduardo. Parcerias Público-Privadas: breves comentários. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº.2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 05 jan. 2008. Em sentido oposto, Egon Bockmann Moreira assevera que: “Apesar da identidade semântica, a Lei 11.079/2004 não representa o singelo acréscimo de mais duas novas espécies (a concessão patrocinada e a concessão administrativa) a um gênero (a concessão de serviços públicos), mas sim a positivação de um novel instituto jurídico, submetido a um peculiar regime de licitação e contratação. Caso não se quebrem essas amarras, a Lei 11.079/2004 restará emasculada, senão supérflua e pouco útil aos fins a que se propõe.” MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infra-estrutura e a nova lei de Parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Op.cit.*, p. 11.

⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.*, p.33.

⁴⁹ *Ibid.* p.21.

Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº. 8987 de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente á tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

As concessões patrocinadas, que também poderiam ser chamadas de subsidiadas, subvencionadas ou, em alguns casos, de receita ou lucratividade mínima assegurada⁵⁰, são concessões que garantem ao parceiro privado o pagamento de contraprestação pecuniária pelo poder público, agregada à tarifa cobrada dos usuários.

Destarte, a fulcral distinção entre concessão patrocinada e concessão comum está na forma de amortização dos investimentos feitos pela iniciativa privada: na primeira, o poder público complementa as tarifas com o pagamento de natureza pecuniária. Já na concessão comum, o concessionário, em regra, é remunerado pelas tarifas cobradas dos usuários, mas eventualmente pode vir a receber receitas complementares (arts. 11 e 17 da Lei das Concessões de Serviços Públicos - Lei 8987/1995) desde que não envolvam pagamentos de natureza pecuniária feitos pela Administração Pública.⁵¹

Quanto ao regime jurídico a que estão submetidas as concessões patrocinadas, o art. 3º, § 1º da Lei 11.079/2004 determina aplicação subsidiária genérica da Lei 8987/1995. Essa remissão genérica decorre, sobretudo, do fato de nas concessões patrocinadas estar presente, ainda que parcialmente, o elemento tarifário, assim como ocorre nas concessões comuns.

Tendo em vista essa proximidade com as concessões comuns da Lei 8987/1995, alguns doutrinadores⁵², têm sustentado que mesmo sob a égide apenas da Lei 8987/1995, esse formato jurídico das concessões patrocinadas já poderia ser cogitado, posto que, com base nos arts. 11 e 17 da referida lei, era possível que a Administração Pública, complementasse direta ou indiretamente as tarifas pagas pelos usuários ao fito de viabilizar a prestação de um dado serviço público econômico garantindo a modicidade das tarifas. Destarte, afirmam esses autores que a concessão patrocinada não representa propriamente uma grande novidade, uma

⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Delegações de serviço público. In: **Interesse Público**, São Paulo, v. 8, n. 40, p. 109-161, nov./dez. 2006. Juarez Freitas acentua que “mais técnico seria, em vez de “patrocinada”, denominá-la “concessão subvencionada”, porque pressupõe uma subvenção, vale dizer, a remuneração parcial à conta do parceiro público, destinada a assegurar a modicidade das tarifas e sem afastar receitas alternativas.” FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPP's) e desafios regulatórios. *Op.cit.*, pp.206/207.

⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord). *Op.cit.*, p. 27.

⁵² Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003, p.93 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas- PPP no Direito Positivo Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.* p.57; SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Op.cit.*.p.23; SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. *Op.cit.*, p.32.

vez que já havia a possibilidade de serem oferecidas subsídios públicos para compor a receita dos concessionários.⁵³

Registre-se que a idéia de concessão patrocinada poderia ter sido consagrada legalmente há mais de dez anos por ocasião da promulgação da Lei 8987/1995⁵⁴. O art. 24 do projeto de lei⁵⁵, que viria a se converter na Lei de Concessões, previa uma modalidade de concessão patrocinada e foi vetado pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso pelas seguintes razões:

Garantias como essa do estabelecimento de receita bruta mínima, além de incentivarem ineficiência operacional do concessionário, representam, na realidade, um risco potencial de dispêndio com subsídio pelo Poder Público. O caso mais recente foi o mecanismo instituído pela Lei nº 5.655/71, que criou a Conta de Resultados a Compensar (CRC), extinta, em 18.3.93, com a regulamentação da Lei nº 8.631/93, gerando dispêndios líquidos para a União da ordem de US\$ 19,8 bilhões.⁵⁶

Marcos Juruena Villela Souto, assevera que esse art. 24 do projeto de lei não era suficiente para que se pudesse cogitar da concessão patrocinada, visto que a garantia de receita mínima para a iniciativa privada não constitui objetivo da PPP. Pelo contrário, nesse modelo, a remuneração do parceiro privado pode, inclusive, ser variável de acordo com seu desempenho (art.6º, parágrafo único da Lei 11.079/2004). Outrossim, não há na Lei 8987/1995 a previsão de um adequado sistema de garantias que proteja o parceiro privado contra a inadimplência da Administração Pública, o que constitui um dos grandes diferenciadores das parcerias público-privadas em relação às concessões comuns.⁵⁷

A despeito de todas as discussões acerca do mecanismo de concessão patrocinada já ser viável anteriormente, importa destacar que a sua institucionalização por meio da Lei 11.079/2004 busca proporcionar um ambiente de maior segurança jurídica aos que pretendem

⁵³ No Estado do Rio de Janeiro tem-se exemplo disso: trata-se dos casos de algumas linhas de serviços ferroviários e metroviários, em que a concessionária opera tão somente o sistema, mas a expansão de linhas e aquisição de novos vagões continua sendo de responsabilidade do Estado. Isso nada mais é do que pagamento do poder público ou, de certa forma, um subsídio que é dado, pois se todo o investimento fosse arcado, única e exclusivamente, pelo concessionário, possivelmente, a tarifa seria inviável para os usuários. Assim, não restou para o Estado outra alternativa a não ser assumir uma parcela dos encargos. Isso foi feito sob o regime da Lei 8987/1995, sem que nenhum questionamento de ordem legal tivesse sido levantado. GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. *Op.cit.*, p. 266.

⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas e a Constituição. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.* p.92.

⁵⁵ Art. 24: O Poder concedente poderá garantir, no contrato de concessão uma receita bruta mínima ou, no caso de obras viárias, o correspondente a um tráfego mínimo, durante o primeiro terço do prazo da concessão.

⁵⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep-181-95.htm> Acesso em 02 mar. 2008.

⁵⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. *Op.cit.*, p.31.

firmar contratos com o poder público, oferecendo uma gama significativa de garantias ao parceiro privado. Como bem salienta Alexandre Santos de Aragão:

[...] todos esses debates que demonstram que a expressa admissão das concessões patrocinadas pela Lei 11.079/2004 não foi despicienda, já que sob a égide apenas da Lei 8987/1995, as discussões eram tantas que muitos agentes públicos e privados não tinham segurança suficiente para celebrar delegações de serviços públicos com essa modelagem mais “criativa”, com alguma espécie de apoio financeiro direto do Poder Público.⁵⁸

Quanto ao objeto das concessões patrocinadas, pode-se afirmar que são por excelência os ditos serviços públicos econômicos, sendo indispensável, sob pena de desnaturar a concessão patrocinada, que efetivamente seja cobrada tarifa dos usuários do serviço e que haja contraprestação pecuniária da Administração adicional a essa tarifa.⁵⁹

Carlos Ari Sundfeld destaca a exigência legal de que a complementação pública da tarifa seja “pecuniária”. O art. 6º da Lei 11.079/2004 ao tratar das formas de contraprestação da Administração Pública alude a formas pecuniárias (I-ordem bancária e II-cessão de créditos não tributários) e não pecuniárias (III-outorga de direitos em face da Administração; IV-outorga de direitos sobre bens públicos dominicais). Para se subsumir ao conceito legal de concessão patrocinada, assevera o autor que a contraprestação do Estado deve se refletir em uma das hipóteses dos incisos I e II do art.6º. As demais fontes de receita previstas no art. 6º (incisos III e IV) enquadram-se, a princípio, no conceito de receitas alternativas do art. 11 da Lei 8987/1995. Portanto, se a contraprestação do Estado incluir ou limitar-se às modalidades previstas no art.6º, III e IV da Lei das PPPs, estará descaracterizada a concessão patrocinada e configurada a concessão comum.

Frise-se que o contrato de parceria público-privada não pode dispor livremente a dimensão da parcela de remuneração a ser paga pelo poder público. Consoante o art. 10, § 3º da Lei 11.079/2004, se o aporte financeiro a ser pago pelo parceiro público for superior a 70% (setenta por cento) dependerá de autorização legislativa específica.

Tendo em vista essa permissão legal de ampla participação da Administração Pública no financiamento das concessões patrocinadas, a doutrina tem destacado entre os possíveis riscos de um programa de PPP, a possibilidade de abuso populista no patrocínio estatal ao fito de garantir tarifas excessivamente baixas, com o conseqüente comprometimento da

⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas-PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.*, p.58.

⁵⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Op.cit.*, pp.29/30.

responsabilidade fiscal no médio e longo prazos. Neste sentido, alerta Carlos Ari Sunfeld que:

Os serviços públicos econômicos geram valor econômico individualizado para seus usuários. Por isso tem sentido que eles arquem com o custo respectivo, por meio da tarifa [...] Mas é claro que grupos organizados sempre lutam para aumentar suas vantagens econômicas; daí a permanente crítica contra as tarifas de serviços públicos. Os governantes populistas são muito sensíveis a essas pressões e, podendo, tenderão sempre a conter reajustes tarifários e criar isenções para segmentos de usuários, transferindo os ônus respectivos para quem não vota em eleição: os cofres públicos.⁶⁰

Intui-se, assim, que distorções na modelagem dos contratos de PPPs podem configurar o mesmo quadro que se tentou evitar com o veto ao art. 24 da Lei 8987/1995, qual seja, o uso abusivo de subsídios.

Derradeiro aspecto merece ser destacado no que concerne à possibilidade de conversão das concessões comuns em concessões patrocinadas. Cogita-se a possibilidade de existência de contratos de concessões comum que estejam em vigor atualmente e cuja estrutura estaria mais bem adaptada a uma PPP, mesmo que mantendo inalterados os sujeitos. Seria a hipótese de concessão tradicional em que uma possível alternativa para adquirir eficiência jurídica seja conformar-se ao regime da concessão patrocinada.

Caso se esteja diante de um serviço prestado por meio de concessão comum, portanto, remunerado por tarifas pagas pelos usuários, pode ser que em função de determinadas circunstâncias e desde que presentes razões justificadas, o poder público tenha que criar isenções para certa categoria de usuários ou diminuir genericamente as tarifas, surgindo, assim, a necessidade de se promover o re-equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 37, XXI da CF/88; arts. 9º §2º, 18, VIII e 23, IV da Lei 8987/1995). Dentre as soluções para manutenção desse equilíbrio (reajuste, revisão, repactuação ou atualização monetária) encontra-se a possibilidade da Administração Pública assumir o pagamento de parte da tarifa.

⁶⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Op.cit.*, p.25.

A doutrina tem admitido essa conversibilidade de concessão comum em concessão patrocinada⁶¹, desde que tomadas as devidas cautelas, mormente no que pertine à questão da responsabilidade fiscal (arts. 4º, IV, 10, 22 e 28 da Lei 11.079/2004).

Nesse ponto, merece destaque a ressalva de Floriano de Azevedo Marques Neto no sentido que caso o poder público, em uma concessão comum, precise subsidiar com recursos orçamentários mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do concessionário, não haverá a possibilidade de conversão dessa concessão comum em concessão patrocinada, uma vez que o art. 10 §3º da Lei 11.079/2004, que, como já visto, condiciona esse subsídio à autorização legal específica, não se aplica às concessões comuns.⁶²

Feitas essas considerações acerca da concessão patrocinada, cabe agora examinar os principais aspectos da segunda espécie de parceria público-privada, a concessão administrativa.

3.1.2 Concessão administrativa

Nos termos do § 2º do art. 2º da Lei 11.079/2004, a concessão administrativa é “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.”

Primeiramente, insta destacar a perplexidade causada pela redação do §2º do art. 2º da Lei 11.079/2004 ao qualificar a concessão administrativa como espécie do gênero concessão de serviços públicos.

O fato de a modalidade envolver a prestação de serviços em que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta induz considerações no sentido de que se trata de mera prestação de serviços em favor da Administração Pública ou uma empreitada de obra pública. Nessa senda, merece destaque a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que, a concessão administrativa deve ser entendida como uma “falsa concessão”⁶³. Seria, na

⁶¹ Fernão Justen de Oliveira assinala que: “A vigência posterior da Lei de PPP em relação às concessões comuns não interfere na viabilidade da alteração do regime jurídico geral para o especial. A concessão comum será convertida em PPP desde que investigação técnico-econômica fidedigna, retratada pela identificação do *Value for Money*, conclua pela inviabilidade das prestações contratuais e sejam promovidas as conversões caracterizadoras da PPP”. OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Op. cit.*, p.205; No mesmo sentido: SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Op.cit.*, p.36.

⁶² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Op.cit.*,p.301.

⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. As Parcerias Público-Privadas(PPPs). Disponível

verdade, um mero contrato de prestação de serviços, visto que o parceiro privado é remunerado exclusivamente pela Administração e não pela exploração do serviço ⁶⁴, o que descaracteriza essa parceria como modalidade de concessão. Afirma-se, assim, que sob a égide da Lei 11.079/2004, nessas hipóteses em que o poder público figura como usuário direto ou indireto dos serviços prestados, permite-se a celebração de simples contratos de prestação de serviços, com duração de até 35 anos (art. 5º, I da Lei 11.079/2004), sendo que deveriam ser contratos de até cinco anos, prorrogáveis por mais um ano conforme o caso (art. 57, II e § 4º da Lei 8666/1993). Dessa forma, oferece-se ao parceiro privado e seus financiadores um amplo espectro de garantias absolutamente inimagináveis no regime geral dos contratos administrativos (Lei 8666/1993).

Contudo, a doutrina majoritária ⁶⁵ tem destacado que esse entendimento não deve prosperar, posto que a concessão administrativa, na verdade, envolve elementos tanto de uma prestação de serviços como da empreitada de obra pública, tendo em vista que o parceiro privado terá que disponibilizar a infra-estrutura e prestar um serviço por meio desta. Flávio Amaral Garcia cita como exemplo, a construção de um presídio sob o formato de concessão administrativa, ou seja, o parceiro privado construiria a infra-estrutura do presídio, mas com a obrigação também de fornecer o alimento, a hotelaria, a lavanderia, ou seja, sendo o responsável pela gestão da infra-estrutura, ressalvadas as atividades indelegáveis de exercício de poder de polícia. ⁶⁶

Nesse passo, afirma-se que as concessões administrativas não podem ser entendidas como meras terceirizações. O que diferencia essas concessões da simples prestação terceirizada de serviços é a expressa vedação legal (art. 2º, § 4º inc.III da Lei 11.079/2004) de que o contrato de parceria público-privada tenha por objeto único o fornecimento de mão-de-

em:<http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=20266>. Acesso em 25 set. 2007.No mesmo sentido, Antônio Carlos Cintra do Amaral, assevera que a concessão administrativa não é uma concessão propriamente dita. Trata-se de prestação de serviços à Administração Pública que extrapola o prazo-limite de sessenta meses, prorrogáveis excepcionalmente por mais doze meses, conforme art. 57 da Lei 8666/1993. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. As Parcerias Público-Privadas no Brasil. Disponível em: <<http://www.conlicitacao.com.br/futuro/ppp/comentarios/cintra115.php>> Acesso em 20 fev. 2008.

⁶⁴ Salienta Celso Antônio Bandeira de Mello que a referência à “exploração do serviço” e não à “cobrança de tarifas diretamente dos usuários” como forma de remuneração das concessões decorre do fato de em algumas hipóteses raras, como nas concessões de rádios e televisão, o concessionário se remunera explorando serviços (mormente, verbas publicitárias que lhe são pagas) e não pela captação de tarifas diretamente dos usuários. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. As parcerias público-privadas e a observância dos princípios constitucionais. In: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 56, n. 3, jul./set. 2005, p.210.

⁶⁵ Por todos: ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas-PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.* p.64; BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPP) e a Constituição. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.* p.99; GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. *Op.cit.*, p.267.

⁶⁶ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. *Op.cit.*, p.267.

obra, o fornecimento e instalação equipamentos ou a execução de obra pública, ou seja, tem que haver a gestão do bem - prestação de serviços através da infra-estrutura criada - diferenciando-se, portanto, da terceirização⁶⁷ (na qual não há disponibilização da infra-estrutura) e da empreitada de obra pública (em que há disponibilização da infra-estrutura pelo parceiro privado, mas não há prestação de serviços por meio dela). Nas concessões administrativas, contrata-se, portanto, um “pacote de serviços”⁶⁸, o que denota a sua complexidade (conjugação de obras, fornecimento de bens ou equipamentos e prestação de serviços), enquadrando-se, assim, em uma espécie de contrato administrativo misto, híbrido⁶⁹.

Carlos Ari Sundfeld⁷⁰ sustenta que há dois tipos de concessões administrativas:

A concessão administrativa de serviços públicos seria espécie da concessão de serviços públicos a que se refere o art. 175 da CF, juntamente com a concessão comum e a concessão patrocinada. A distinção entre as três decorre fundamentalmente da forma de remuneração do concessionário. Enquanto na concessão comum o particular recebe tarifas dos usuários e, eventualmente, receitas alternativas, desde que estas não envolvam pagamentos de natureza pecuniária do poder concedente (art. 11 da Lei 8987/95), na concessão patrocinada a remuneração inclui um adicional de tarifa pago pela Administração Pública. Já na concessão administrativa de serviços públicos, não há cobrança de tarifas dos usuários, remunerando-se o concessionário por contraprestação versada em pecúnia pelo concedente (em conjunto ou não, com outras receitas alternativas). Nesse caso, os administrados são os beneficiários diretos das prestações, enquanto que a Administração pode ser considerada a usuária indireta.

Já a *concessão administrativa de serviços ao Estado* seria espécie do gênero contrato administrativo de serviços ao Estado. O contrato administrativo de serviços da Lei de Licitações (Lei 8666/93), cujo objeto se restringe ao fornecimento de serviços seria a outra espécie desse gênero, diferenciando-se da concessão administrativa de serviços ao Estado, pois nesta além do oferecimento de utilidades à própria Administração, que será havida como usuária direta dos serviços, o seu objeto inclui a realização, pelo concessionário, de

⁶⁷ Alexandre Santos de Aragão salienta que a concessão administrativa se assemelha a uma terceirização complexa, pois combina um contrato de empreitada de obra pública com um contrato de prestação de serviços se realiza através da obra, depois desta estar pronta, sendo remunerada direta e integralmente pelos cofres públicos. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Parcerias Público-Privadas- PPPs no Direito Positivo Brasileiro*. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.*, p.64. Essa também é a compreensão de GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. *Op.cit.*, p. 267.

⁶⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. *Op.cit.*, p.33.

⁶⁹ 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: SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 483.

⁷⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord). Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Op.cit.*, pp.29/30.

investimento mínimo de vinte milhões para criar, ampliar ou recuperar infra-estrutura pública necessária aos serviços que serão prestados com base nela por ao menos cinco anos (art. 2º, §§ 2º e 4º, incisos I e II da Lei 11.079/2004).

A concessão administrativa não existia antes do advento da Lei 11.079/2004. Até então, a obtenção de serviços pela Administração somente era possível pela via do contrato administrativo de serviços da Lei de Licitações, nos seguintes moldes: (i) a Administração estabelece prévia e exaustivamente o modo como o serviço será prestado (art. 7º, § 2º, I e II da Lei 8666/1993); (ii) a remuneração do contrato é feita por pagamentos mensais, correspondentes ao custo das prestações executadas no período (art. 7º, § 2º, III e art. 40, XIV, “a”); (iii) as parcelas do preço são calculadas de acordo com a tarefa executada e não com o resultado final alcançado (art. 7º, § 2º, II e art. 40, XIII); (iv) o contratado não pode financiar a operação (art. 7º, § 3º), nos serviços contínuos o prazo máximo da contratação é de cinco anos, prorrogável em até um ano (art. 57, *caput* e inciso II da Lei 8666/1993).

As concessões administrativas caracterizam-se pela autonomia de gestão do parceiro privado. Embora a Administração defina o objeto e modo de prestação do serviço, não precisa fazê-lo exaustivamente, podendo ficar a cargo da iniciativa privada o detalhamento dos meios a serem empregados, ou seja, assegura-se ao contratado autonomia empresarial no desenvolvimento da atividade, assumindo assim obrigações de resultado.⁷¹ Neste sentido, pode-se dizer que a parceria público-privada busca se alinhar com a idéia de administração pública finalística que está mais preocupada com os fins do que com os meios.

O particular poderá ser remunerado em razão dos resultados da sua gestão conforme preceitua o art. 6º, parágrafo único da Lei 11.079/2004, ou seja, a forma de cálculo do valor a ser pago ao concessionário poderá (muitos têm entendido que deveria ser obrigatório)⁷² ter relação direta com a quantidade e qualidade das utilidades concretamente prestadas à Administração Pública e à coletividade, o que decorre do princípio da eficiência que permeia a noção de parceria público-privada (art. 4º, I da Lei 11.079/2004). Daí surge a idéia de

⁷¹ Essa é uma característica marcante das parcerias. Algumas leis estaduais expressamente mencionam essa condição, como é o caso da Lei de São Paulo (Lei 11.688/2004), que prescreve, no art. 7º, que “as parcerias público-privada determinam para os agentes privados: I- a assunção de obrigações de resultado definidas pelo Poder Público, com liberdade para a escolha dos meios para sua implementação, nos limites previstos no instrumento.”

⁷² Neste sentido: FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios In: **Ajuris**, Porto Alegre, v. 32, n. 100, dez. 2005, p.216; GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. *Op.cit.*, p. 297; MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Op.cit.*, p.482; SOUTO, Marcos Jurueña Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. *Op.cit.*, p.31. Insta ressaltar que a Lei de PPP de Minas Gerais (Lei 14.868/2003) prevê como uma de suas diretrizes (art.2º, X), a remuneração do contratado vinculado ao seu desempenho. Ademais, seu art. 15, §1º expressamente determina que “a remuneração do contratado será variável, vinculada ao seu desempenho na execução do contrato [...]”.

contrato de performance⁷³, buscando fomentar a eficiência na gestão do parceiro privado. E a principal forma de viabilizá-la é atrelar a remuneração do contrato ao desempenho do particular.

No que concerne ao objeto das concessões administrativas, de acordo com a definição prevista no art. 2º § 2º da Lei 11.079/2004, o escopo dessa parceria é a prestação de serviços em que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta.

Há três arranjos possíveis no tocante à fruição das utilidades objeto de concessões administrativas. No primeiro, o administrado é individualmente usuário direto da utilidade, no entanto, para fins de pagamento, o poder público é que comparece como usuário. Seria a hipótese de universalização dos serviços de acesso à internet (inclusão digital) em escolas ou centros comunitários. No segundo, a Administração é usuária direta (para fins de utilidade e pagamento), como por exemplo, no caso de uma parceria para implantação e operação de um centro administrativo ou de uma repartição pública. No terceiro, a Administração é considerada usuária direta para fins de pagamento e usuária indireta para fins de uso propriamente da utilidade objeto da parceria. Exemplo dessa última hipótese seria uma PPP para implantação, manutenção e operação de funções delegáveis do poder público - atividades de suporte às funções próprias e exclusivas do Estado (função pública), ou seja, atividades que não envolvam funções de regulação, jurisdicional, exercício do poder de polícia e outras atividades exclusivas do Estado (art. 4º, III da Lei 11.079/2004) - por exemplo, hotelaria em presídios.⁷⁴

Alexandre Santos de Aragão⁷⁵ elenca alguns exemplos de atividades que podem ser objeto de concessão administrativa: (i) os serviços públicos econômicos em relação aos quais não se afigura possível a cobrança de tarifas dos usuários (rodovia em região muito pobre); (ii) serviços públicos sociais, ou seja, serviços que não são exclusivos do Estado e que podem ser prestados livremente pela iniciativa privada, mas não são passíveis de delegação via concessão comum, em função da gratuidade imposta pela Constituição, v.g, saúde (art. 196) e educação pública (art. 206, IV); (iii) atividades preparatórias ou de apoio ao exercício do poder de polícia ⁷⁶, como hotelaria em presídios, implantação de infra-estrutura à inspeção

⁷³ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. *Op.cit.*, p. 297

⁷⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Op.cit.*,p.302.

⁷⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Delegações de Serviço Público. In: **Interesse Público**, São Paulo, v. 8, n. 40, nov./dez. 2006.pp.122/123.

⁷⁶ No que concerne à delegação de atividades de suporte ao desempenho de competências tipicamente estatais (funções públicas), em específico de suporte ao desempenho de competências de polícia, Fernando Vernalha Guimarães bem acentua a necessidade de relativização do regime, inerente às parcerias público-privadas, de maior liberdade quanto à escolha dos meios pelo parceiro privado. Nesses contratos que envolvem suporte material para o desempenho de competências imperativas do Estado não deve ser eliminado o controle dos

veicular, etc.; (iv) atividades internas da Administração, em que o próprio Estado, aí incluindo os seus servidores, é o único beneficiário do serviço, como por exemplo, a construção e operação de uma rede de creches ou restaurantes para servidores públicos.

Depreende-se, portanto, que enquanto o objeto das concessões patrocinadas restringe-se aos serviços públicos econômicos, o das concessões administrativas, possui um leque bem mais amplo de atividades administrativas, que podem ou não caracterizar serviços públicos de natureza econômica, e até mesmo, nem serem enquadráveis no conceito mais restrito de serviço público.⁷⁷

No que pertine ao regime jurídico aplicável às concessões administrativas, a Lei 11.079/2004 não determina aplicação subsidiária da Lei 8987/1995, a exemplo do que faz com as concessões patrocinadas. O art. 3º da Lei 11.079/2004 prescreve que a aplicação de somente alguns artigos da Lei 8987/1995 e de um único artigo da Lei 9074/1995: os relativos ao ressarcimento da Administração, por parte do vencedor da licitação, pelos gastos que hajam sido feitos com estudos, levantamentos ou projetos vinculados à concessão e postos à disposição dos licitantes (art. 21); às cláusulas essenciais do contrato, entre elas a de reversão de bens (art. 23); regras relacionadas à responsabilidade da concessionária pelos prejuízos que cause ao concedente, usuários ou terceiros (art.25, *caput*); autorização para contratação de projetos associados, acessórios, complementares (art.25, §§ 1º, 2º e 3º); as regras para transferência da concessão ou controle societário da concessionária (art.27); autorização para a concessionária dar em garantia nos contratos de financiamento os direitos emergentes da concessão (art.28); os encargos do poder concedente (art. 29 e 30); os encargos da concessionária (art. 31); as regras para intervenção (arts. 32 a 34); as regras de extinção da concessão e pagamento da indenização (arts. 35 a 39); autorização para que autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo possam participar da execução do contrato (art.31 da Lei 9074/1995).

A aplicação da Lei 8987/1995 às PPPs, em qualquer de suas modalidades, ainda que haja previsão expressa de sua aplicação, deve se dar apenas no que couber, ou seja, no que não contrariar a própria natureza das PPPs.

meios. Portanto, a lógica da obrigação de resultado deverá ser relativizada, e o poder público não pode deixar de assegurar um efetivo controle acerca dos meios a serem empregados pelos particulares. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Op.cit.*, pp.369/405.

⁷⁷ É neste sentido que Alexandre Santos de Aragão afirma que “as concessões administrativas são, de fato, delegações de atividades administrativas e não necessariamente de serviços públicos.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas- PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.*, p.64

Tendo em vista os aspectos acima expostos acerca das concessões administrativas, percebe-se que a Lei 11.079/2004, viabilizou um arranjo para a obtenção de serviços para o Estado antes impossível: aquele em que o prestador de serviços financia a criação da infraestrutura pública necessária à existência do serviço, presta esse serviço, na medida em que os seus investimentos vão sendo amortizados paulatinamente pela Administração Pública. Disso decorre o prazo dilargado da concessão (entre cinco e trinta e cinco anos- art. 5º, I) e a necessidade de investimento inicial vultoso por parte parceiro privado em decorrência do que estipula o art. 2º, § 4º, I: o investimento feito pelo particular não pode ser inferior a vinte milhões de reais.

À vista do exposto, um grave risco pode também ser apontado com relação às concessões administrativas que é o de seu uso com desvio de finalidade. A doutrina⁷⁸ tem alertado para o fato de ser possível que administradores públicos descompromissados com a moralidade administrativa busquem utilizar a disciplina jurídica da Lei de PPPs, na modalidade concessão administrativa, para as mesmas situações em que sempre se empregou o contrato administrativo de serviços da Lei 8666/1993. Com isso, podem ser firmados absurdos contratos de vigilância, de limpeza, de manutenção de equipamentos de consultoria eletrônica etc., com prazos de vigência de até trinta e cinco anos, sem que qualquer investimento inicial de vulto justifique essa longa duração. Carlos Ari Sundfeld destaca que uma das estratégias para promover esse desvio seria interpretar a exigência de vinte milhões de reais prevista no art. 2º, §4º, I da Lei de PPPs como sendo a soma das parcelas do preço a ser pago ao contratado ao longo da vigência do contrato e não como o valor mínimo de investimento inicial a ser feito pelo parceiro privado.

Assim, é mister que a celebração das concessões administrativas (assim como das concessões patrocinadas) seja devidamente justificada, ou seja, somente será viável se for comprovado que essa via oferece vantagens socioeconômicas, sustentabilidade financeira, respeito ao interesses e direitos dos destinatários dos serviços, repartição objetiva de riscos entre as partes, ganhos de eficiência e transparência nos procedimentos e decisões, como exige expressamente o art. 4º da Lei 11.079/2004. Demais disso, é indispensável o aperfeiçoamento dos processos de fiscalização e monitoramento do desempenho do parceiro privado, ao fito de reduzir os riscos de desvirtuamento dessa modalidade contratual.

⁷⁸ BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas e a Constituição. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.*p.95; SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord).*Op.cit.*, p.26.

Postas essas premissas acerca dos contornos jurídicos das duas espécies de PPPs, passa-se, a seguir, ao exame das principais controvérsias constitucionais suscitadas em torno desses modelos contratuais.

3.1.3 A constitucionalidade dos modelos contratuais propostos pela Lei 11.079/2004

A primeira controvérsia sobre as espécies de parcerias público-privadas, refere-se à constitucionalidade de concessões financeiramente apoiadas pelo Estado, tendo em vista o disposto no art. 175 da CF/1988⁷⁹. Argumenta-se que o dispositivo constitucional apenas admite concessões remuneradas integralmente por tarifas pagas pelos usuários, o que seria inferido inclusive da previsão constitucional que a concessão deve ter uma “política tarifária” (art.175, parágrafo único, III da CF/1988). Portanto, concessão no direito brasileiro seria sinônimo da concessão comum prevista na Lei 8987/1995.

O referido entendimento não deve prosperar, de acordo com a doutrina⁸⁰, pois a mera referência a “política tarifária” não possui o condão de impor uma disciplina restritiva para o legislador, consagrando um único e determinado tipo de avença, qual seja, concessões integralmente remuneradas por tarifas dos usuários. Dispor sobre política tarifária “não significa exigir que a tarifa seja o único mecanismo de remuneração do concessionário.”⁸¹ Opinião em sentido contrário está atrelada à definição doutrinária tradicional de concessão de serviço público, majoritária no momento da promulgação da CF/88, cujos pressupostos eram remuneração do concessionário exclusivamente por tarifas e atribuição de riscos ao mesmo, ressalvados apenas os fatos imprevisíveis ou causados pela Administração que acarretassem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Outrossim, as variadas mudanças sociais, econômicas e políticas verificadas nos últimos anos impedem que o legislador fique atrelado a essa visão tradicional de concessão,

⁷⁹ Art. 175: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado”.

⁸⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Parcerias Público-Privadas-PPPs no Direito Positivo Brasileiro*. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit*, p.59; BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas e a Constituição*. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit*. p.97; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Op.cit*., p.289.

⁸¹ BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas e a Constituição*. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit*. p.97.

sendo possível que leis criem modalidades de concessões alternativas ao modelo disciplinado na Lei 8987/1995, prevendo outras formas de remuneração do concessionário que podem ser combinadas ou não com o pagamento de tarifas. Sendo possível, inclusive, que se estabeleça uma política tarifária com *tarifa zero*, por ser a única ou a que melhor realiza o interesse público em um dado caso concreto.⁸²

Remarque-se, como já salientado neste trabalho, que o próprio regime da Lei 8987/1995 (arts. 11 e 17) admite a estipulação de receitas alternativas à cobrança de contraprestação dos usuários como forma de remuneração do concessionário. Abriu-se, portanto, a oportunidade de o poder público, ao conceder um determinado serviço público, complementar a tarifa por outro meio de remuneração em favor do concessionário. Essa assertiva ganha força, já que o art. 2º, II da Lei 8987/1995⁸³, ao conceituar a concessão de serviço público, não faz referência à remuneração paga pelo usuário, como é da tradição do instituto.

É nesse contexto que se inserem as receitas alternativas do art. 11 da lei 8987/1995 em complementação à receita tarifária; as contraprestações pecuniárias pagas pelo poder público em complementação - concessões patrocinadas (art. 2º, § 1º da Lei 11.079/2004) ou substituição da receita tarifária - concessões administrativas (art. 2º, § 2º da Lei 11.079/2004), como forma de assegurar a sustentabilidade econômico-financeira do negócio assumido pelo parceiro privado.

Consoante construção de Gustavo Binenbojm, a Constituição Federal de 1988 não adota um “regime de tipicidade fechada em relação às modalidades contratuais que podem vir a ser instituídas e utilizadas pelo Poder Público para melhor execução de suas tarefas”⁸⁴. Sendo assim, não há que se falar em exaurimento da definição das formas de prestação de serviços públicos, pois estão sujeitas à livre conformação do legislador.

Um segundo aspecto polêmico em torno dos modelos contratuais propostos pela Lei 11.079/2004 refere-se a possível violação ao princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, consagrado no art. 37, XXI da CF/1998,

⁸² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Op.cit.*,p.289.

⁸³ Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: II-concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

⁸⁴ BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas e a Constituição. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.*p.96.

tendo em vista o compartilhamento de riscos contemplado no art. 4º, VI e no art. 5º, III da Lei 11.079/2004.

O art. 37, XXI da CF/88 prevê que serão “mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei.” O art. 65, inc. II, “d” da Lei 8666/1993, a seu turno, permite que as partes consensualmente alterem o contrato para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial entre encargos do contratado e a retribuição da Administração, alterado por fatos imprevisíveis ou previsíveis de efeitos incalculáveis e impeditivos da execução do que havia sido previamente ajustado, ou ainda por “álea econômica extraordinária e extracontratual”, mencionados o caso fortuito, força maior ou fato do príncipe. Essa ressalva da Lei 8666/1993 acerca de eventos alheios ao controle e à vontade dos contratantes significa que tais circunstâncias não integram “as condições efetivas da proposta”, constituindo risco extraordinário à avença original, cujos encargos não precisam ser suportados pelo particular, mas sim pela Administração Pública, de acordo com que estatui a alínea “d”, do inciso II, do art. 65 da Lei de Licitações, com fulcro no art. 37, inciso XXI, da CF/88. Destarte, a legislação sobre contratos administrativos comuns dispõe que cabe ao concessionário assumir a álea ordinária, ou seja, o risco inerente à própria atividade empresarial desenvolvida, enquanto que na hipótese de álea extraordinária, que corresponde às situações incomuns que podem afetar a escorreita execução contrato, cabe ao poder público reequilibrar o contrato, arcando sozinho com os ônus das diferenças sofridas.

Na parceria público-privada, diversamente, transfere-se a disciplina da atribuição do risco extraordinário para a órbita contratual, subordinada à conveniência das partes, retirando-a da esfera de definição padronizada legalmente. O art. 5º, III da Lei 11.079/2004 ao prever a “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”, consagrou a possibilidade de se atribuir o risco extraordinário não mais apenas à Administração, mas compartilhá-lo ou até mesmo imputá-lo integralmente ao parceiro privado. Dessume-se, assim, que a Lei 11.079/2004 permite que a Administração se abstenha de recompor, total ou parcialmente, o equilíbrio econômico financeiro do contrato de parceria público-privada, conforme o risco extraordinário seja imputado, total ou parcialmente, ao parceiro privado.

À vista do exposto, pode-se questionar a constitucionalidade do mecanismo de compartilhamento de riscos previsto na Lei 11.079/2004, pois, à primeira vista, importaria em quebra do equilíbrio econômico financeiro, onerosidade excessiva e desvirtuamento das condições efetivas da proposta, com a conseqüente violação ao art. 37, XXI da CF/88.

Contudo, há quem sustente ⁸⁵ que o referido entendimento não deve ser acolhido. Argumenta-se que se a repartição objetiva dos riscos está devidamente prevista na Lei e no edital, isso significa que os licitantes têm a oportunidade de precificar esses riscos em suas propostas. Dessa forma, mesmo que o administrador público transfira mais riscos do que seria recomendável na PPP, o particular não seria prejudicado, pois todos esses riscos são levados em consideração quando o empresário formula sua proposta e oferece seu preço. ⁸⁶

A partilha de riscos pugnada pelo sistema da parceria público-privada pressupõe que a possibilidade de cumprimento satisfatório do contrato de PPP aumenta à proporção que os parceiros distribuam as diversas espécies de riscos envolvidos para o parceiro que puder melhor suportá-lo. Com os riscos devidamente mapeados e compartilhados, maior é a segurança jurídica e a tendência é a de que os preços pagos pelo parceiro público sejam reduzidos, seguindo a lógica econômica de que quanto menor a insegurança menor será o valor desembolsado. Daí ser primordial que o poder público, no momento da formatação do projeto, arrole todas as espécies de risco em potencial, levando em consideração a realidade de mercado e do objeto contratual. Além da previsão dos riscos e definição do parceiro que irá arcar com cada um deles, recomenda-se o estabelecimento de mecanismos que poderão ser utilizados pelos parceiros para solucionar os riscos envolvidos, o que deverá ser analisado em cada caso concreto. ⁸⁷

Visto as principais controvérsias de índole constitucional acerca do instituto passa-se a analisar outro aspecto polêmico da Lei que se refere às inovações contidas no procedimento licitatório das parcerias público-privadas.

3.2 Licitação e contratações públicas

⁸⁵ Ibid.p.99.

⁸⁶ PINTO, Marcos Barbosa. A função econômica das PPPs, *mimeo*, cedido pelo autor, p.12, *apud* BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas e a Constituição. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público- Privadas**.*Op.cit*.p.99.

⁸⁷ ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara de. Compartilhamento de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit*,p.267.

A licitação é regra nas contratações públicas, consoante determinação constitucional (art. 37, XXI da CF/88), e decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público, eis que o administrador público é gestor de interesse alheio.

O sistema normativo central das licitações públicas é a Lei 8666/1993, idealizada como resposta às denúncias de corrupção levantadas durante a gestão do ex-presidente Fernando Collor de Mello, procurava criar regras mais rígidas para os processos de contratação de bens e serviços pelo poder público no Brasil. A princípio, a Lei de Licitações foi aclamada como um significativo passo no combate à corrupção que assolava - e ainda assola - o país, visto que fechava várias brechas do Decreto-Lei 2.300/1986, tornando as licitações uma regra, com poucas exceções.

Entretanto, com o passar dos anos, as disposições legais passaram a ser vistas como verdadeiras amarras. Os governantes alegam que burocracia e a demora no processo de licitação dificultam a aquisição de bens e serviços pela Administração Pública e atrasam programas governamentais. Nesse sentido, algumas reformas vêm sendo processadas ao fito de flexibilizar o procedimento previsto na Lei 8666/1993. Um primeiro passo foi tomado com o advento da Emenda Constitucional nº. 19 de 04.06.98, que alterou o art. 37, XXI, fazendo a ressalva de que as sociedades de economia mista e as empresas públicas se sujeitarão a um estatuto jurídico próprio que disporá sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações (art. 173, §1º, III da CF/88). Destarte, empresas públicas e sociedades de economia mista no exercício de suas atividades-fins não mais se submetem ao regime da Lei 8666/1993. No âmbito da PETROBRAS, por exemplo, foi editado o seu Regulamento Simplificado de Licitações, instituído por meio do Decreto nº. 2.745 de 24.08.98.

Em 2002, foi promulgada a Lei 10.520, instituindo o pregão como nova modalidade de licitação, que apresenta características próprias bem diversas das demais modalidades previstas na Lei 8666/1993. A título de exemplo, cumpre destacar que no pregão há uma inversão das fases de habilitação e julgamento (art. 4º, incisos VII e XII da Lei 10.520/2004). Diversamente do previsto na Lei de Licitações, no pregão, primeiro se abre a proposta de preços e somente se verifica a documentação de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta. Essa mudança visa a gerar maior eficiência e celeridade ao procedimento, tornando-o menos suscetível a questionamentos administrativos e judiciais, mormente porque as maiores polêmicas residem na fase de habilitação. Outra novidade da Lei 10.520, é a previsão de uma fase de lances verbais para apresentação de propostas econômicas (art. 4º, VII), com vistas atender ao princípio da competitividade. Assim, ao contrário das demais

modalidades de licitação, a proposta escrita de preços representa apenas o início da disputa, eis que a partir dela serão ofertados lances verbais pelos próprios licitantes até a proclamação do vencedor.

Na esteira das referidas mudanças a Lei 11.079/2004 possui um capítulo específico sobre procedimento licitatório, tendo incorporado as inovações acima mencionadas da modalidade pregão nos art. 12, III, “b” e art. 13 da Lei 11.079/2004. Frise-se que nas PPPs a adoção desses mecanismos é mera faculdade, ficando a critério do administrador público a aplicação dos mesmos.

Ainda sob o influxo da necessidade de atualização e aprimoramento do procedimento previsto na Lei 8666/1993, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº. 32/2007 que visa modificar a Lei de Licitações. A proposta se encontra inserida no bojo do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) do governo federal e tem como foco a agilização das licitações, buscando adequá-las ao enfoque gerencial que se espera do setor público. Em recente discurso, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva criticou a Lei 8666/1993, afirmando que o atraso do cronograma das obras do PAC decorre, sobretudo, das rígidas normas nela previstas, assim como, do excesso de fiscalização por parte do Tribunal de Contas da União.⁸⁸

Nada obstante, cumpre ressaltar que as referidas mudanças na atual legislação -tão entusiasticamente defendidas pelos governantes- esbarram em certos óbices. Constantes são os escândalos de desvio de verbas públicas e superfaturamento de obras envolvendo agentes públicos e empresas privadas, retomando-se a todo tempo o debate acerca da viabilidade ou não dos novos mecanismos que visam facilitar as contratações públicas. De todo modo, insta acentuar que não se está a negar a possibilidade do advento de mudanças na Lei 8666/1993 proporcionarem um ganho de eficiência para Administração Pública. Pretende-se apenas destacar que todo esse processo deve estar obrigatoriamente atrelado ao aprimoramento da gestão e fiscalização dos contratos firmados pelo poder público.

Feitas essas breves anotações sobre o atual quadro das licitações nas contratações públicas, passa-se a analisar especificamente as mudanças previstas na Lei 11.079/2004 para o procedimento licitatório de contratos de parcerias público-privadas.

3.2.1. As peculiaridades do procedimento licitatório previsto na Lei de PPPs

⁸⁸ TALENTO, Biaggio. Lula diz que Lei de Licitações atrapalha obras. **O Globo**. Rio de Janeiro, 10 maio 2008.

O capítulo V da Lei 11.079/2004 dispõe sobre as regras especiais para licitações na contratação de parcerias público-privadas. Subsidiariamente, aplicam-se alguns dispositivos da Lei 8987/1995 expressamente mencionados pela Lei das PPPs, assim como a Lei 8666/1993 que, como já visto, continua sendo o sistema normativo central das licitações públicas.

A fase preparatória da licitação inicia-se com a definição dos serviços e projetos prioritários para execução no regime de parceria público-privada pelo chamado órgão gestor⁸⁹ (art. 14, I da Lei 11.079/2004), instituído pelo Decreto 5.385/2005. Objetiva-se evitar erros na escolha do projeto que vai alocar recursos públicos e privados uma vez que as demandas são muitas e os recursos são escassos. Cumpre ainda ao órgão gestor, autorizar a abertura do procedimento licitatório e aprovar o respectivo edital (art. 14, III e IV).

A maioria das regras de licitação fixadas pela Lei das PPPs (art. 10) são dirigidas à fase interna da licitação. É nesta etapa que o objeto contratual é definido, com a estimativa do seu custo e verificação da existência de recursos orçamentários para sua execução, além da elaboração do edital e sua conseqüente análise jurídica. Frise-se que a grande preocupação da Lei nessa fase foi garantir a observância das regras de responsabilidade fiscal, assim como a sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria, que constituem diretrizes a serem respeitadas no processo de contratação de parceria público-privada (art. 4º, IV e VIII da Lei 11.079/2004).

O art.10, I ao condicionar a abertura do processo licitatório a “autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico [...]”, está se referindo ao órgão gestor. Assim, o projeto de parceria deverá ser encaminhado a esse órgão devidamente embasado por estudo técnico elaborado no âmbito do ente responsável pela formatação do projeto.

⁸⁹ Marcos Juruena Villela Souto critica essa competência do órgão gestor, salientando que a definição dos setores e regiões que serão objeto da atuação estatal e a utilização de despesas públicas, incluídas as aplicações em contratos de PPP, deveria ser feita pelas leis de planejamento do desenvolvimento econômico, consoante o art. 174 da CF/88. Ressalta ainda que a Lei 11.079/2004 ao omitir essa vinculação ao planejamento, limitando-se a estabelecer a competência do órgão gestor para definir os serviços prioritários (art. 14), “mantém uma linha de centralização de poderes nas mãos de pessoas-chave no governo em exercício ao tempo da aprovação da norma.” SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. *Op.cit.*, p.42. Outra crítica feita ao órgão gestor refere-se à sua composição (art. 14 §1º da Lei 11.079/2004) que não prevê a participação do Advogado Geral da União, o que seria primordial, visto que cabe a este exercer o controle de legalidade desses projetos. No âmbito dos Estados, defende-se a importância da participação das Procuradorias dos Estados desde o início da formatação dos projetos pelo órgão gestor, para evitar que mais a frente seja descoberta violação a algum princípio jurídico, colocando em risco todo o projeto. GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. *Op.cit.*, p. 270. Nessa esteira caminhou a Lei de PPPs do Estado do Rio de Janeiro (Lei 5068/2007) que prevê em seu art. 6º, VII, a participação do Procurador Geral do Estado como membro do Conselho Gestor do Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas (PROPAR).

Esse estudo técnico deverá comprovar a conveniência e oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela parceria público-privada (art. 10, I, alínea “a”). Tais contratos obrigam a Administração por prazo superior ao da gestão no qual eles são celebrados, com comprometimento de recursos públicos a longos prazos. Por isso, a lei busca restringir sua adoção para somente as hipóteses em que essa figura seja efetivamente necessária. Daí resulta o caráter subsidiário e excepcional desta modalidade contratual em relação às concessões comuns, sendo indispensável a comprovação da inviabilidade de utilização das concessões regidas pela Lei 8987/1995. Outrossim, a Lei de PPPs no art. 10, I, alíneas “b” e “c”, incisos II a V apresenta inúmeras exigências de natureza fiscal para que o certame possa ser deflagrado ⁹⁰. Busca-se resguardar a prudência fiscal e evitar que despesas criadas pelas parcerias público-privadas impliquem em comprometimento indiscriminado de gastos públicos.

Ainda na fase interna, mas situada já no limiar da fase externa, o art. 10, VI da Lei de PPPs prevê a obrigatoriedade de consulta pública para celebração de parcerias, ou seja, é condição para a abertura do processo licitatório, sem a qual o procedimento é viciado. As minutas de edital e de contrato devem ser submetidas à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, fixando-se o prazo mínimo de trinta dias para que qualquer interessado apresente sugestões, cujo termo final dar-se-á pelo menos sete dias antes da data prevista para a publicação do edital. ⁹¹

Vislumbra-se, assim, a preocupação do legislador em conferir legitimidade e transparência na celebração das parcerias, uma das diretrizes das parcerias público-privadas (art. 4º, V da Lei 11.079/2004), disciplinando o exercício do controle social⁹² sobre esses contratos para que a parceria público-privada obtenha máxima e efetiva legitimidade social. Nada obstante, conforme alerta Flávio Amaral Garcia, para que a consulta pública alcance

⁹⁰ Os aspectos atinentes às exigências de natureza fiscal da Lei de PPPs serão abordados no capítulo 5.

⁹¹ A doutrina tem destacado que esse prazo de sete dias é insuficiente para a análise das sugestões apresentadas, razão pela qual a Administração já deve ir analisando essas sugestões ao longo do prazo de trinta dias anteriores, ou se for necessário, deverá fixar um prazo maior que sete dias de anterioridade em relação ao edital, ou até mesmo, adiar a publicação do edital. Neste sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas-PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.*, p.80; GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. *Op.cit.*, p.300.

⁹² Pedro Paulo de Almeida Dutra ressalta a importância do controle social, consubstanciado, por exemplo, no art. 74, §2º da CF/88: “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas.” Na Lei 11.079/04 foi explicitamente disciplinado no art. 10, inc. VI e no art. 14, §6º segundo o qual, os relatórios do Comitê Gestor das Parcerias Público-Privadas devem ser disponibilizados ao público, por meio de rede pública de transmissão de dados, ressalvadas as informações classificadas como sigilosas. DUTRA, Pedro Paulo. O controle das parcerias público-privadas. In: OSÓRIO, Fábio Medina; Marcos Juruena Villela Souto (Coord.). **Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. *Op.cit.*, pp.728/729.

esse objetivo, será indispensável que as indagações e sugestões formuladas pelos interessados sejam objetivamente respondidas e motivadas pela Administração Pública. Entendimento em sentido contrário indica que o “dispositivo será inócuo e dará uma ‘falsa’ impressão de legitimidade ao processo”.⁹³

Ultrapassada a fase de consulta pública, passa-se à fase externa da licitação das parcerias público-privadas com a publicação da versão definitiva do edital. O art. 11 da Lei estabelece as regras que deverão ser observadas na elaboração da minuta do edital, reportando-se a vários artigos da Lei 8987/1995. Outrossim, prevê a possibilidade do edital exigir garantia de proposta do licitante (*bid bond*), observado o limite de 1% (um por cento) do valor estimado do objeto de contratação previsto no art. 31, III da Lei 8666/1993 (art. 11, I). Trata-se de uma garantia adicional, capaz de presumir a qualificação econômico-financeira do licitante. Além disso, está prevista a possibilidade de adoção da arbitragem (art. 11, III) e que as garantias a serem dadas pelo poder público ao parceiro privado devem estar fixadas no instrumento convocatório (art. 11, parágrafo único).⁹⁴

Importante aspecto que merece ser destacado refere-se ao veto incidente sobre o inciso II do art.11 da Lei 11.079/2004⁹⁵, que lançou a discussão em torno de duas questões: em primeiro lugar, a obrigatoriedade da parceria público-privada ser estruturada sobre projeto básico nos mesmos moldes do art. 6º, inc. IX da Lei 8666/1993, ou seja, com a observância de todos os elementos e rígidos parâmetros fixados pela Lei de Licitações. Em segundo lugar, questiona-se a viabilidade da elaboração do projeto básico ser atribuída à iniciativa privada.

O projeto básico é documento técnico minucioso da obra que a descreve em sua integralidade. Com lastro nesse projeto os interessados poderão avaliar a obra, seus custos e a executividade. Diferencia-se do projeto executivo, pois este apenas especifica o modo de realização da obra, tal como delimitada no projeto básico. Segundo a Lei 8666/1993 (art. 6º, IX c/c art. 7, §2º) o edital de licitação para execução de obra deve ser instruído com cópia do projeto básico, contendo todos os elementos elencados nas alíneas do art. 6º, IX, pois no regime da Lei Geral de Licitações e Contratos, o particular não pode interferir na definição do modelo de contrato de prestação de serviços, cabendo-lhe apenas o papel de cumprir fielmente as determinações fixadas pelo poder público.

⁹³ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. *Op.cit.*, p.300.

⁹⁴ Os aspectos acerca do sistema de garantias previstos na Lei 11.079/2004 serão analisados no capítulo 4.

⁹⁵ Art. 11 “O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever”: Eis o texto vetado: II – “a responsabilidade do contratado pela elaboração dos projetos executivos das obras, respeitadas as condições fixadas nos incisos I e II do caput do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.”

Com relação às parcerias público-privadas, há entendimento ⁹⁶ no sentido de que seria desnecessária a elaboração do projeto básico nos moldes da Lei 8666/1993, posto que por meio das PPPs busca-se permitir que a iniciativa privada contribua com sua eficiência também na definição do modelo contratual a ser adotado. À Administração estaria reservada a tarefa de definir os fins a serem alcançados pela parceria, enquanto que o agente privado ficaria encarregado de escolher os meios para que esses fins possam ser atendidos. Daí, afirma-se que o edital deve apenas definir o objeto da PPP com grau de precisão suficiente para perfeita compreensão do que a Administração Pública pretende obter, não sendo necessária a elaboração de projeto básico com as características e detalhes previstos no art. 6º, IX da Lei 8666/1993 que são típicos apenas nos contratos de obras públicas.

Outrossim, cumpre destacar que a própria Lei 8987/1995, tratando das concessões comuns precedidas de obra pública, prevê, em seu art. 18, inc. XV, que o edital contenha apenas os elementos do projeto básico suficientes para caracterizar a concessão, e não todos os requisitos das diversas alíneas do inciso IX do art. 6º, da Lei de Licitações. Frise-se que o art. 11, *caput* da Lei 11.079/2004 reporta-se, expressamente, ao art. 18 da Lei 8987/1995, ou seja, o seu inciso XV também se aplica aos contratos de parceria público-privada, corroborando o entendimento acima exposto.

No que concerne à segunda indagação acerca da possibilidade de elaboração do projeto básico pela iniciativa privada, argumenta-se que o inciso II do art. 11 (vetado)⁹⁷ da Lei 11.079/2004 - ao determinar a possibilidade do edital prever a responsabilidade do contratado pela elaboração dos projetos executivos das obras - pretendia, *a contrario sensu*, vedar a possibilidade do particular elaborar o projeto básico. Assim, a solução cogitada pelo veto foi a de suprimir a menção à possibilidade do edital atribuir ao contratado a elaboração somente do projeto executivo, para permitir que a iniciativa privada também elaborasse o projeto básico.

⁹⁶ PORTO NETO, Benedicto. Licitação para contratação de parceria público-privada. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 148; SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Op.cit.*, p.40.

⁹⁷ Razões do veto "O inciso II do art. 11 permite que apenas a elaboração do projeto executivo das obras seja delegada ao parceiro privado. Dessume-se do seu texto que a Administração teria a obrigação de realizar o projeto básico das obras. Isto seria reproduzir para as parcerias público-privadas o regime vigente para as obras públicas, ignorando a semelhança entre as parcerias e as concessões – semelhança esta que levou o legislador a caracterizar as parcerias público-privadas brasileiras como espécies de concessões, a patrocinada e a administrativa. As parcerias público-privadas só se justificam se o parceiro privado puder prestar os serviços contratados de forma mais eficiente que a administração pública. Este ganho de eficiência pode advir de diversas fontes, uma das quais vem merecendo especial destaque na experiência internacional: a elaboração dos projetos básico e executivo da obra pelo parceiro privado. Contratos de parcerias público-privadas realizados em diversos países já comprovaram que o custo dos serviços contratados diminui sensivelmente se o próprio prestador do serviço ficar responsável pela elaboração dos projetos. Isso porque o parceiro privado, na maioria dos casos, dispõe da técnica necessária e da capacidade de inovar na definição de soluções eficientes em relação ao custo do investimento, sem perda de qualidade, refletindo no menor custo do serviço a ser remunerado pela Administração ou pelo usuário."

Aqui, novamente invoca-se o “o espírito das parcerias público-privadas de ser valer da *expertise* privada para dar melhores soluções às necessidades públicas.”⁹⁸

Poderia se questionar ainda se haveria vedação à apresentação do projeto básico por interessado que posteriormente pretendesse participar do certame, tendo em vista o disposto no art. 9º, I e II da Lei 8666/1993⁹⁹. A resposta é negativa, em razão do disposto no art. 3º da Lei 11.079/2004 que prevê, tanto para as concessões administrativas (art. 3º, caput) como para as concessões patrocinadas (art. 3º, §1º), a aplicação subsidiária do art. 31 da Lei 9074/1995, que admite, nas concessões de serviço público, a participação dos autores dos projetos básico e executivo na licitação ou na execução de obras e serviços.

Repise-se, portanto, que a intenção governamental na Lei 11.079/2004 foi permitir que projetos básicos e executivos viessem a ser elaborados pelo próprio licitante, com o intuito de desonerar a Administração do gasto de elaboração destes projetos. Alega-se, ademais, a necessidade de se utilizar a eficiência e criatividade do setor privado na criação dos mesmos.

Nada obstante, essa possibilidade de ser dispensada a anexação do projeto básico ao edital - que será exigido somente no momento da apresentação da proposta pelo particular interessado em contratar com a Administração - pode colocar em risco o princípio do julgamento objetivo inerente às licitações (art. 3º da Lei 8666/1993), visto que o julgamento nesses casos se pautará apenas em uma descrição sucinta do objeto da PPP no edital. Dessa forma, corre-se o risco da comissão de licitação não ter parâmetros de comparação para definir a melhor proposta. Como bem salienta Luiz Oliveira Castro Jungstedt, esse cenário pode dar margem a “julgamentos guiados por comprometidas intenções políticas ou pessoais de enriquecimento ilícito na escolha da proposta vencedora.”¹⁰⁰

Vislumbra-se, assim, mais um aspecto inerente às parcerias público-privadas que deve ser cuidadosamente aplicado e disciplinado, mormente em relação à atuação da comissão de licitação que deverá fundamentar amplamente as razões que motivaram a escolha da proposta vencedora.

Ultrapassada as fases de consulta pública e publicação da versão definitiva do edital com todas as peculiaridades acima expostas, dispõe o art. 12, *caput* da Lei 11.079/2004 que o

⁹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas-PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.*, p.81.

⁹⁹ Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado.

¹⁰⁰ JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. Parceria Público-Privada Projetos Básico e Executivo. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.*, p.184.

certame, necessariamente na modalidade concorrência (art. 10, *caput*), deverá seguir as regras gerais da Lei 8666/1993, com a possibilidade de adoção das inovações previstas na Lei 11.079/2004 para o procedimento da concorrência pública.

Uma dessas inovações corresponde à possibilidade de se admitir a qualificação de proposta técnica anterior ao julgamento, como fator de desclassificação do licitante (art. 12, inc. I), o que já era admitido pelo art. 114 da Lei 8666/1993 ¹⁰¹. Esse regime de qualificação prévia é justificável desde que o objeto do certame exija sujeito especialmente capaz de cumpri-lo. Almeja-se, assim, desclassificar de pronto os licitantes que não revelarem *expertise* mínima para desenvolver o objeto da licitação.

Quanto aos critérios de julgamento, o art. 12, inc. II da Lei 11.079/2004 prevê quatro critérios: (i) menor tarifa (ii) menor tarifa combinado com o de melhor técnica; (iii) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública; (iv) menor contraprestação combinado com o de melhor técnica. Os critérios de julgamento com base exclusivamente em aspectos econômicos (i e iii) não suscitam dúvidas ou problemas, pois viabilizam classificação objetiva de propostas. Já os critérios que envolvem aspectos técnicos (ii e iv) admitem margem de discricionariedade, daí a necessidade de estrita observância do disposto no art. 12, § 2º da Lei 11.079/2004 que exige, no exame das propostas técnicas, atos devidamente motivados.

Admite-se ainda, sob a inspiração da legislação do pregão (Lei 10.520/2002), a combinação de propostas escritas com lances verbais (art.12, III da Lei 11.079/2004), ou seja, criou-se a possibilidade dos licitantes modificarem suas propostas econômicas no decorrer do procedimento. A principal crítica feita em relação a essa previsão diz respeito ao fato de a lógica do pregão ser absolutamente distinta de uma parceria público-privada. No pregão, contratam-se apenas bens e serviços comuns que não comportam maiores complexidades na sua concepção e na própria descrição do objeto ¹⁰². Logo, a decisão de se reduzir propostas econômicas, por meio de lances verbais durante o leilão, se revela adequada, pois a formação dos custos e do preço contida nessas propostas é de fácil aferição, já que não se subordina à apuração técnica elaborada. O mesmo não ocorre nas parcerias público-privadas que, como regra, caracterizam-se pela complexidade ampliada do seu objeto. A formação dos custos e do

¹⁰¹ Art. 114. “O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados”.

¹⁰² O pregão sempre se orienta pelo critério menor preço. Não há a possibilidade de o julgamento levar em conta o critério da “técnica”, já que não se sujeitam a essa modalidade as contratações de obras e serviços de engenharia, as locações imobiliárias e as alienações em geral, porque escapam do conceito de “bens e serviços comuns” previsto no art. 1º, parágrafo único da Lei 10.520/2002.

preço não é singela como no pregão, envolvendo não apenas o concessionário, mas também os financiadores do projeto, o que torna inadequada a alteração de propostas complexamente elaboradas pelo método de lances em viva voz.¹⁰³

Outra novidade introduzida pela Lei 11.079/2004 está prevista no art. 12, inciso IV e consiste na admissibilidade de uma fase de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório. A Lei de PPP consagrou a instrumentalidade do processo licitatório, ou seja, o processo não deve ser fim dele próprio, mas sim meio de produzir determinado resultado prático.¹⁰⁴ Tal dispositivo almeja impedir que licitantes sejam eliminados em função de falhas formais, buscando preservar a ampla competição entre os mesmos a fim de selecionar proposta mais vantajosa para a Administração. Ao admitir a “complementação de insuficiências”, o inciso IV do art. 12 abre caminho para que os licitantes alterem inclusive a natureza dos componentes originais (natureza das informações e documentos) contidos em suas propostas¹⁰⁵, ou seja, a norma parece ter derogado, para as licitações que tenham por objeto uma parceria público-privadas, a parte final do §3º do art. 43 da Lei 8666/1993, que veda a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

A adoção dessa fase de saneamento de falhas deve ser feita com cautela a fim de se evitar possíveis privilégios a licitantes relapsos em detrimentos de outros mais diligentes que foram capazes de atender de plano a todas as exigências do edital. O saneamento de falhas deve ser admitido razoavelmente. Seria inadmissível, por exemplo, que empresa, ciente de determinada dívida fiscal, deixasse para quitá-la apenas se sagrada vencedora, apresentando apenas nesse momento a devida certidão negativa de débitos.¹⁰⁶

¹⁰³ Neste sentido: GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. *Op.cit.*, p.304; OLIVEIRA, Fernão Justen. *Op.Cit.*,p. 174; SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. *Op.cit.*, p.50; ZYMLER, Benjamin. As licitações no âmbito das parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**.*Op. cit.*, p. 284.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Fernão Justen. *Op.cit.*,p. 162.

¹⁰⁵ Marçal Justen Filho defende a “superação das concepções formalistas da licitação, passando a admitir que todos os defeitos verificados nas propostas sejam corrigíveis e supríveis, inclusive com a possibilidade de juntada de novos documentos.” JUSTEN FILHO, Marçal. A PPP brasileira e as lições do passado. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). *Op. Cit.*, p. 22. Nesse panorama, em que se pode cogitar a modificação das ofertas após o conhecimento das demais propostas, Benedicto Porto Neto aventa a afronta ao princípio da isonomia, visto que a fase de saneamento não poderia ser utilizada para modificar o conteúdo das propostas. PORTO NETO, Benedicto. Licitação para contratação da parceria público-privada. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). **Parcerias Público-Privadas**.*Op.cit.*, p.154.

¹⁰⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas- PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In:GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**.*Op.cit.*,p.81.

A última inovação, igualmente extraída da modalidade licitatória do pregão, está na permissão do art. 13 da Lei de PPPs para que o edital inverta as fases de habilitação e apresentação de propostas e julgamento (fase de classificação), de forma que primeiro se decidirá o licitante que ofertou a melhor proposta, para em um segundo momento, verificar se houve cumprimento das condições de habilitação. Assim, somente serão analisados os documentos de habilitação do licitante melhor classificado. Caso seja inabilitado, passa-se ao segundo melhor classificado, e assim, sucessivamente até que um licitante classificado atende às condições fixadas no edital. Depreende-se, portanto, que tanto o sistema de pré-qualificação (art. 12, I) como a inversão de fases na licitação (art.13) almejam evitar a inviabilidade do prosseguimento da licitação em função de conflitos gerados pela habilitação, que a seu turno, são postergados para o final do certame.¹⁰⁷

Vistos os principais aspectos relacionados às modalidades de parcerias público-privadas, às controvérsias em torno da constitucionalidade dos modelos propostos pela Lei 11.079/2004 e às novas regras previstas para o procedimento licitatório das PPPs, passa-se a analisar as questões atinentes à aplicabilidade do instituto nos entes federados.

3.3 Aplicabilidade da Lei 11.079/2004 a Estados, Distrito Federal e Municípios: a questão das Normas Gerais

A Lei Federal 11.079/2004 instituiu, com base na competência legislativa estabelecida no art. 22, inciso XXVII da CF/88, normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Quanto às licitações e contratações administrativas, Alice Gonzalez Borges adverte que:

está consagrada a competência legiferante da União, centrada em normas gerais de abrangência nacional, imperativas para todas as ordens federadas; e a competência própria, específica das ordens federadas, para complementar e suplementar as normas gerais, enriquecendo-as com pormenores e detalhes

¹⁰⁷ Flávio Amaral Garcia assevera que essa inovação atende ao princípio da eficiência, visto que a “existência de uma fase da habilitação prévia, com todas as discussões jurídicas que podem dela advir, somente posterga a realização da licitação, muitas vezes com controvérsias na documentação de licitantes, cuja proposta sequer seria aceita pela Administração Pública.” GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. *Op.cit.*, p.305.

que as adaptem ao universo de suas próprias peculiaridades e necessidades específicas.¹⁰⁸

Sucedem que é tormentosa em nosso ordenamento jurídico a identificação do que sejam normas gerais, de forma que em muitos casos a análise passa a ser casuística. Exemplo eloqüente da referida afirmação encontra-se na Lei 8666/1993. Apesar de se declarar uma lei de normas gerais para licitação e contratação, contém inúmeros dispositivos que não exibem o conteúdo de normas gerais, mas sim de normas específicas, sendo, portanto aplicáveis somente no âmbito da União Federal.¹⁰⁹

A Lei 11.079/2004 buscando afastar ao menos em parte as discussões acerca do caráter genérico ou específico de suas normas, destacou em capítulo próprio (Capítulo VI) dispositivos somente aplicáveis à União Federal (art. 14 a 22). Poderia se presumir, portanto, que todas as demais normas da Lei seriam gerais, aplicáveis, assim, obrigatoriamente, a Estados, Distrito Federal e Municípios. Entretanto, essa presunção tem sido rechaçada por parte da doutrina. Com bem salienta Egon Bockmann Moreira:

não será a previsão de algumas normas específicas, em especial no que diz respeito ao Capítulo VI, cujo título é ‘Disposições aplicáveis à União’, que outorgará a *contrario sensu*, a natureza de ‘gerais’ às demais normas da Lei 11.079/2004.¹¹⁰

O principal exemplo de norma que suscita candentes debates acerca do seu caráter genérico ou específico é a prevista no art. 2º, § 4º inciso I, que veda a utilização do contrato de parceria público-privada quando valor do contrato for inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Há quem se posicione no sentido de que a norma revela caráter geral¹¹¹ e, portanto, aplicável a Estados, Distrito Federal e Municípios, pois o objetivo do legislador ao

¹⁰⁸ BORGES, Alice Gonzalez. Normas gerais nas licitações e contratos administrativos. **RDP 96/81**. São Paulo: RT, out./dez.1990, p.82 *apud* MOREIRA, Egon Bockmann. Breves notas sobre a parte geral da Lei das parcerias público-privadas. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 848, jun. 2006, p. 13.

¹⁰⁹ Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADIN 927-3/RS. A Corte, por maioria de votos, entendeu que os dispositivos da Lei 8666/1993: art. 17, I, “b” e “c”, II, “b” e §1º, só poderiam ser interpretados restritivamente, aplicando-se tão somente em relação à União, cabendo a Estados, Distrito Federal e Municípios a prerrogativa de disporem de maneira diversa. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº.927-3/RS. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 03 de novembro de 1993. **DJU** 11.11.1994, p. 00039. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 30 mar. 2008.

¹¹⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Breves notas sobre a parte geral da Lei das parcerias público-privadas In: **Revista dos Tribunais**. *Op. cit.*, p. 13. No mesmo sentido: BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas e a Constituição. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.* p.100.

¹¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Op. Cit.*, p.27; ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas-PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público- Privadas**. *Op.cit.* p.68.

criar essa vedação seria evitar o desvirtuamento na utilização das parcerias para contratos que poderiam comportar a modelagem da concessão comum. Em sentido oposto¹¹², argumenta-se que a norma em questão não pode ser considerada norma geral, pois diversos Municípios pequenos, até mesmo alguns Estados, ficarão impossibilitados de adotar o modelo de parceria público-privada. Sendo assim, a norma federal retira o poder de decisão de Estados e Municípios, ou seja, imiscui-se na gestão financeira e administrativa dos entes federados, em flagrante violação ao princípio da autonomia desses entes (art. 18, CF/88). Ademais, refuta-se o argumento de que o limite serve para evitar desvirtuamento do instituto, posto que o estudo técnico exigido pela Lei 11.079/2004 (art. 10, I) já seria o instrumento apto a examinar a correção e adequação da opção eleita. Dessa forma, defende-se que o limite fixado deveria se destinar apenas à União, enquanto que, Estados e Municípios estariam autorizados a estabelecer limites inferiores alinhados com suas realidades financeiras.

De todo modo, em caso de eventual abuso por parte de legisladores estaduais ou municipais, fixando um valor descompassado e irrazoável como limite das contratações, seria possível invocar, como alerta Gustavo Binembojm, o argumento de desvio de poder legislativo “configurado pelo uso de contratos de longo prazo e assegurados por garantias especiais para as mesmas situações acudidas por contratos de concessão, comum, simples prestação de serviços públicos ou de obra pública.”¹¹³

Igualmente polêmica é a norma que veda a celebração de contrato de parceria público-privada se o período de prestação de serviço for inferior a 5 (cinco) anos (art. 2º §4º, II e art. 5º, I da Lei 11.079/2004). Novamente, alega-se que atribuir caráter genérico a essa norma representa interferência na autonomia das entidades federadas. Logo, o dispositivo da Lei não deveria ser enquadrado no conceito de norma geral e Estados e Municípios deveriam poder estabelecer limite temporal diverso, de acordo com as peculiaridades regionais ou locais.¹¹⁴

Por derradeiro, merece destaque a discussão em torno da constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.079/2004¹¹⁵. Alguns autores¹¹⁶ têm defendido que a sua aplicação a Estados e

¹¹² BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas e a Constituição. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.*p.101;GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. *Op.cit.*, p.283 e ss.; SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. *Op.cit.*, p.36.

¹¹³ BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas e a Constituição. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.*p.101.

¹¹⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. *Op.cit.*, p.36.

¹¹⁵ Art. 28. “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.”

¹¹⁶ OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Op. cit.*, p.158; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Op.cit.*,p.304.

Municípios, impede a utilização das PPP pela extensa maioria dos entes federados. Levando em consideração o menor valor contratual admitido para uma PPP (vinte milhões) de acordo com art. 2º, §4º da Lei 11.079/2004 e o prazo máximo do contrato (35 anos) previsto no art. 5º I, conclui-se que uma única parceria resultaria em um dispêndio mínimo anual de R\$ 571 mil reais. Portanto, para ficar dentro do limite de um por cento previsto na lei (art. 28), o ente federado deverá ter no mínimo uma receita corrente líquida anual de R\$ 57 milhões de reais. Tendo em vista essa circunstância, alguns vêm aventando que isso impediria grande parte dos Municípios da simples possibilidade de firmar uma única PPP e até mesmo de alguns Estados celebrarem mais de um contrato. Haveria, portanto, violação ao princípio constitucional da autonomia federativa.

É nesse contexto, que alguns governos estaduais, principalmente do Nordeste, vêm defendendo a necessidade de ampliação desse limite de despesa (1% da receita corrente líquida) que os governos podem ter com PPPs e, assim, incrementar os projetos desse formato. Essa questão foi debatida, por exemplo, em abril desse ano durante o Fórum dos Governadores do Nordeste, que aconteceu em Aracaju.¹¹⁷

A despeito das discussões doutrinárias em torno do caráter genérico ou específico das normas previstas na Lei 11.079/2004, frise-se que alguns Estados anteciparam-se e aprovaram leis estaduais de parcerias público-privadas mesmo sem a aprovação de lei federal sobre o tema. Passa-se a analisar na próxima seção se esses entes federativos extrapolaram suas esferas constitucionais de competência legislativa e a compatibilidade entre as normas estaduais e a Lei 11.079/2004.

3.3.1 As Leis estaduais de PPPs: disciplina e eficácia

Antecipando-se à edição da Lei 11.079/2004, que estabelece as normas gerais sobre parcerias público-privadas, alguns Estados criaram suas próprias normas sobre o tema, valendo-se da competência prevista no art. 24, § 3º da CF/88, que lhes dá a prerrogativa de exercer a competência legislativa concorrente na ausência de normas gerais federais, com a peculiaridade de que a superveniência da lei federal suspenderia a eficácia das normas locais incompatíveis (art. 24, §4º da CF/88). Percebe-se, portanto, que as leis estaduais de PPP

¹¹⁷ GOVERNADORES do Nordeste querem ampliar limite das PPPs. **Valor Econômico**. São Paulo, 15 abr. 2008. Disponível em :< <http://www.udop.com.br/link.php?cod=89328&item=noticia1>>. Acesso em 28 abr. 2008.

aprovadas antes da Lei federal não extrapolaram suas esferas constitucionais de competência legislativa. Fizeram-no com base no arcabouço jurídico então existente com vistas a incentivar a realização de novos investimentos nos negócios públicos.

Nesse ponto, cumpre acentuar que a legislação que regula as chamadas parcerias público-privadas não pode ser examinada de forma isolada. As normas sobre PPP referem-se, na verdade, a matérias já reguladas por outras normas gerais federais, basicamente atinentes a licitações e contratos administrativos (Lei 8666/1993), orçamento e direito financeiro (Lei Complementar 101/2000 e Lei 4320/1964), concessões e permissões de serviços públicos (Lei 8987/1995). Destarte, mesmo antes do advento da Lei 11.079/2004, não seria possível o exercício de competência legislativa ampla e ilimitada pelos Estados, que no tocante às PPPs, já estava delimitada pelas normas gerais então vigentes a respeito das matérias acima mencionadas.¹¹⁸

O Estado de Minas Gerais editou em 16.12.2003 a Lei 14.868 e foi o pioneiro na criação de normas gerais sobre PPPs. Em seguida, Santa Catarina editou a Lei 12.930 em 04.02.2004 (regulamentada pelo Decreto 1.932 em 14.06.2004). A legislação paulista veio através da Lei 11.688 de 19.05.2004, regulamentada pelo Decreto 48.867 de 10.08.2004. Constam ainda a Lei de Goiás n.º 14.910 de 11.08.2004, a da Bahia (Lei 9.290 de 27.12.2004) e a do Ceará (Lei 13.557 de 30.12.2004). Posteriormente à aprovação da Lei Federal 11.079 de 30.12.2004, foram editadas a Lei 12.234 do Rio Grande do Sul, em 13.01.2005, Pernambuco (Lei 12.765 de 27.01.2005), Piauí (Lei 5.494 de 19.09.2005), Rio Grande do Norte (Lei Complementar 307 de 11.10.2005), Distrito Federal (Lei 3.972 de 02.02.2006) e Rio de Janeiro (Lei 5068 de 10.07.2007). No âmbito municipal, há a Lei n.º 6.261/2004 de 23.12.2004 do Município de Vitória/ ES.

A superveniência da norma geral expedida pela União fez com que o papel da legislação estadual em matéria de PPP fosse restringido à suplementação do regime geral instituído pela Lei 11.079/2004. Dessa forma, impõe-se a verificação da compatibilidade entre as normas estaduais previamente editadas com a lei federal, de forma que eventual antinomia entre as mesmas será submetida ao disposto no art. 24, §4º da CF/88, pelo qual a norma estadual não recebe aplicação concreta quando for incompatível com a lei federal.¹¹⁹

¹¹⁸ PEREIRA, Cesar A. Guimarães; CARDOSO, André Guskow; SCHWIND, Rafael Wallbach. As Leis Estaduais de PPP e a Lei 11.079/2004. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). *Op. cit.*, pp. 121-122.

¹¹⁹ A compatibilização entre os dispositivos federais e estaduais relativos às PPPs de modo a preservar a eficácia das normas estaduais é a tônica da exposição de Cesar A. Guimarães Pereira, André Guskow Cardoso e Rafael Wallbach Schwind, em que destacam a necessidade de se afastar eventual entendimento de que toda e qualquer divergência existente acarreta automaticamente a suspensão da eficácia da norma estadual, sob pena de violação do princípio da autonomia dos entes federados, sendo preciso, portanto, conferir a essas normas

As divergências mais notáveis entre a lei federal e leis estaduais situam-se no objeto e modo de contratação de parceria público-privada. A título de exemplo, pode-se mencionar que algumas leis estaduais prevêm a possibilidade de PPP envolvendo a simples construção de obra sem manutenção ou exploração pelo particular¹²⁰, o que é expressamente vedado pelo art. 2º, § 4º, III da Lei 11.079/2004. As normas estaduais que dariam base a tais PPPs de obras públicas ficam com a sua eficácia suspensa pela superveniência da lei federal em sentido diverso, salvo se houver adequação dessas normas com a orientação federal, como ocorreu no Estado de Santa Catarina, em que o Decreto nº. 1.932 de 14 de junho de 2004, ao regulamentar a Lei estadual 12.930, estabeleceu a necessidade de atribuição ao parceiro privado do encargo de manutenção e exploração da obra pelo prazo mínimo de sessenta meses (art. 4º, § 2º, I).

Aduza-se também a existência de divergências nas previsões de prazos de vigência das PPPs. A lei mineira (Lei 14.868/2003), por exemplo, define no art. 5º, § 2º, I, o prazo mínimo de 48 (quarenta e oito) meses para exploração de obra construída, ampliada, mantida pelo parceiro privado, assim como, prevê que o contrato de parceria regido pela legislação geral sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos que não seja remunerado por tarifa cobrada dos usuários e que obrigue o contratado a fazer investimento inicial superior a R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) não terá prazo inferior a dez e superior a trinta anos (art. 18). Há clara divergência entre os prazos estabelecido na norma estadual e o previsto na norma federal - de 5 (cinco) a 35 (trinta e cinco) anos consoante art. 5º, I da Lei 11.079/2004 - o que conduz à suspensão da eficácia dos dispositivos estaduais divergentes.

3.3.2 Projetos de PPP nos Estados, Distrito Federal e Municípios

Feitas essas observações, insta destacar o que em termos práticos tem sido desenvolvido em Estados, Distrito Federal e Municípios no âmbito das parcerias público-privadas. Neste sentido, destaca-se o Estado de Minas Gerais que assinou a primeira PPP do país em maio de 2007. Trata-se da Rodovia MG-050, cujas obras já se encontram em fase

uma interpretação adequada e só afastá-las se forem absolutamente incompatíveis com as normas gerais federais. Ibid. p.120-140.

¹²⁰ Art. 5º, I da Lei 11.688 de São Paulo, Art. 7º, I da Lei 14.910 de Goiás, Art. 3º, II e III da Lei 12.930 de Santa Catarina.

avançada de execução. Entre os próximos projetos a serem empreendidos em Minas está o de PPP para a construção e operação de penitenciárias, que já se encontra em processo de licitação, com obras previstas para se iniciarem em janeiro de 2009. Há ainda um projeto de construção de um novo Centro Administrativo do Estado de Minas Gerais, e outro, prevendo a construção e manutenção de instalações, bem como a provisão de serviços de apoio no Campus da Universidade Estadual de Minas Gerais – UEMG. Ambos os projetos encontram-se em fase inicial de estudos.¹²¹

Outro pioneiro em PPPs é Estado de São Paulo com a concessão da operação da Linha 4 do Metrô (Morumbi-Luz), cujo contrato foi assinado em novembro de 2006, com o início de operação previsto para 2009. Em processo de licitação, há o projeto de ampliação da estação de tratamento de água da SABESP, a Estação de Taiacupeba, na região do Alto Tietê. São Paulo possui uma carteira ambiciosa de PPPs em estudo, em que se destacam os seguintes projetos: Identificação on-line de identidade; Corredor de Exportação(Campinas / V.Paraíba / Porto de São Sebastião); Corredor Noroeste de Campinas; CVG - Modernização do Conjunto Desportivo Constâncio Vaz Guimarães (Ibirapuera); Trem de Guarulhos e Expresso Aeroporto; Trem Expresso Bandeirante; Planta de Produção de Medicamentos Américo Brasiliense –FURP; Trens da Linha B da CPTM Série 5000.¹²²

Em Pernambuco, o primeiro contrato de PPP foi assinado em dezembro de 2006 que tem como objeto a construção e operação do acesso viário do Complexo Turístico e de Lazer do Paiva. O segundo projeto de PPP do Estado teve seu edital lançado recentemente (07.05.2008) para a construção de presídio com capacidade para 3.126 internos em Itaquitinga.¹²³

No Estado da Bahia, a primeira PPP firmada vai construir, operar e explorar o Sistema de Disposição Oceânica do Jaguaribe, do qual faz parte o emissário submarino da Boca do Rio e uma estação de condicionamento prévio. Há ainda outros projetos em fase de estudo para a construção de presídios, casa de custódia para menores, rodovias e ferrovias.¹²⁴

No Distrito Federal, a primeira parceria público-privada tem por objeto a construção do novo Centro Administrativo do Governo do Distrito Federal, cujas obras estão previstas para se iniciarem ainda esse ano.¹²⁵

A primeira parceria público-privada do Estado do Rio de Janeiro foi lançada em setembro de 2007. A prefeitura de Rio das Ostras assinou contrato com a Construtora

¹²¹ Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/pppeminas/projetos-ppp>> Acesso em: 29 abr. 2008.

¹²² Disponível em: <<http://www.planejamento.sp.gov.br/ppp/proj.asp#>> Acesso em: 29 abr. 2008.

¹²³ Disponível em: <<http://www.ppp.seplan.pe.gov.br/sobre.php>> Acesso em: 14 maio 2008.

¹²⁴ Disponível em: <http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/ppp_projetos.pdf> Acesso em: 29 abr. 2008.

¹²⁵ Disponível em: <<http://www.districtofederal.df.gov.br/>> Acesso em 29 abr. 2008.

Odebrecht para construção de obras de infra-estrutura (Projeto Reviver). A empresa será responsável pela construção de redes de esgoto, pavimentação de mais 52 quilômetros de ruas, obras de drenagem de água das chuvas para evitar alagamentos. O projeto também contempla a construção da segunda fase da Estação de Tratamento de Esgoto ampliando a capacidade e os recursos atualmente existentes, garantindo 100% de tratamento de esgoto em Rio das Ostras. A PPP, no valor de R\$ 316 milhões, terá como gestor do fundo garantidor¹²⁶ o Banco do Brasil. O dinheiro começará a ser pago, após a conclusão da obra, em prestações mensais de R\$ 5,4 milhões, pelos próximos 15 anos.¹²⁷ No Estado do Rio de Janeiro, há ainda a previsão de implementação de PPP para levar o acesso à internet banda larga aos 92 municípios do Estado. O processo licitatório desse projeto, já conhecido como PPP da Banda Larga, está previsto para ocorrer ainda em 2008.¹²⁸

Por derradeiro, cumpre salientar que enquanto alguns Estados, e inclusive um Município, tentando reviver o programa lançado em 2003, conseguiram implantar, em ritmo lento, um único projeto de PPP e possuem outros projetos em processo de licitação ou em fase de estudo, o governo federal praticamente esvaziou a carteira de Parcerias Público-Privadas. Até hoje não foi implantada nenhuma PPP na área federal. Os projetos de infra-estrutura que o governo federal pensou executar como parcerias público-privadas (PPP) não foram desenvolvidas nesse formato. Foram 22 os empreendimentos apresentados pelo Ministério do Planejamento, em dezembro de 2003¹²⁹. Decorridos quase cinco anos do lançamento da carteira de PPPs, os projetos tiveram desfechos diferentes. De acordo com levantamento feito em 2007 pela Associação Brasileira de Infra-Estrutura e Indústrias de Base (ABDIB)¹³⁰, oito projetos da carteira de investimentos por PPP viraram obras públicas, com recursos previstos no PAC. É o caso da obra de adequação do complexo viário do Porto de Santos e também da pavimentação da BR-163; sete projetos mudaram de foco e foram transferidos para serem

¹²⁶ Órgão responsável por repassar recursos para o parceiro privado em caso de inadimplência do parceiro público. Cf. capítulo 4.

¹²⁷ Disponível em: <<http://www.riodasostras.rj.gov.br/modules.php?name=News&file=print&sid=1965>> Acesso em: 14 maio 2008.

¹²⁸ Disponível em: <http://www.azevedosette.com.br/ppp/noticias/2007-11-20_02.html> Acesso em 29 abr.2008.

¹²⁹ Eram projetos de grande impacto, como a duplicação e modernização da Rodovia Régis Bittencourt (São Paulo-Curitiba), o Trecho Sul do Ferroanel paulista, a pavimentação e construção da BR-163 entre Cuiabá e Santarém, a duplicação e restauração de um trecho de 473 km da BR-101 no Nordeste, a Ferrovia Norte-Sul no trecho maranhense de 204 km, a Ferrovia Transnordestina em linha simples com 112 km e a adequação do complexo viário do Porto de Santos, entre outros. RITTNER, Daniel. O fracasso das PPPs. **Valor Econômico**, São Paulo, 11 set. 2007. Disponível em: <<http://www.udop.com.br/link.php?cod=76884&item=noticia1>> Acesso em 20 jan. 2008.

¹³⁰ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRA-ESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE (ABDIB). Levantamento dos projetos federais de PPPs. Disponível em: <http://www.abdib.org.br/index/destaque_abdib_detalhes.cfm?id_destaque=289> Acesso em: 10 maio 2008.

licitados por meio de concessão comum à iniciativa privada, por exemplo, a construção do Ferroanel de São Paulo e a restauração da BR-116 e BR-324, na Bahia; Outros dois não constam mais de nenhum plano de investimentos - federal ou estadual (construção do trem turístico do Pantanal e do contorno ferroviário de Curitiba); cinco projetos têm estruturação financeira indefinida.

As obras de infra-estrutura, fundamentais para o desenvolvimento econômico e social do país, encontram-se inseridas no contexto do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). A título de exemplo, pode-se mencionar, no campo de Infra-estrutura Logística os seguintes projetos: foram entregues 166 km de rodovias, com destaque para a adequação da BR-101 em Pernambuco (4 km - trecho de acesso ao Cabo), e a duplicação de 62 km da BR-060, em Goiás, e 100 km da BR-050 no trecho Uberaba–Uberlândia, em Minas Gerais. Foram concluídas também as obras de ampliação e modernização dos aeroportos de Congonhas (SP), Santos Dumont (RJ) e João Pessoa (PB). Na área de portos já estão prontas as obras do sistema de atracação no Terminal Salineiro de Areia Branca (RN).

No campo de Infra-estrutura Energética os destaques são a conclusão das obras dos campos de exploração e produção de petróleo de Manati – capacidade de produção 6,0 milhões de m³/d de gás; Espadarte – 89 mil b/dia de óleo, e Peroá – 6,0 milhões de m³/d de gás. Além disso, foram implantados 430 km de gasodutos no Espírito Santo e Rio de Janeiro. Entraram em operação 18 usinas de biodiesel e 17 de etanol, representando uma produção de 26 bilhões de litros de combustíveis renováveis ao ano.

No campo de Infra-estrutura Social, o Programa Luz Para Todos (LPT), que tem como meta a universalização do acesso à energia elétrica, de janeiro a abril de 2008, permitiu 110,7 mil ligações das 564 mil previstas para este ano. Em Belo Horizonte foi inaugurado, em abril, o terminal de integração da Estação Vilarinho da Linha 1 do metrô. Já no Recife a população recebeu, em fevereiro, seis trens elétricos recuperados e climatizados. E foi concluída, em março, a duplicação do terminal de integração Camaragibe, da Linha Centro. Outrossim, merecem destaque as obras de urbanização e saneamento no Estado do Rio de Janeiro, contempladas nos planos urbanísticos de favelas como a Rocinha e o complexo Pavão/Cantagalo, na zona sul, e os conjuntos de favelas do Alemão e Manguinhos na zona norte.¹³¹

A maioria desses empreendimentos, ao invés de terem sido licitados por meio de parcerias público-privadas, foram, e continuam sendo, realizados principalmente por meio de

¹³¹ Os exemplos dos mais relevantes projetos de infra-estrutura em andamento no país e que foram apresentados nesse tópico, advêm dos dados disponíveis no PAC 4º Balanço janeiro a abril de 2008. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/pac/balancos/4balanco/>> Acesso em: 17 jun. 2008.

recursos públicos (previstos pelo próprio Programa), assim como, por concessões comuns e por parcerias entre governos dos Estados e prefeituras dos Municípios.

Além disso, cumpre destacar, que no plano federal, o projeto de PPP mais avançado trata-se dos pólos de irrigação do rio São Francisco - empreendimento que abrange áreas para a agricultura irrigada em Pontal (PE), Salitre e Baixo do Irecê (BA). O governo federal encaminhou em 17.04.2008 ao Tribunal de Contas da União a documentação referente à PPP do Projeto Pontal. Espera-se que a licitação referente ao projeto ocorra após a análise daquele Tribunal e deverá ser a primeira PPP na área federal.¹³²

Esse cenário de dificuldades na implantação de projetos de parcerias público-privadas, decorre, fundamentalmente, das peculiaridades desses contratos que exigem estudos aprofundados para identificar informações como: a perspectiva de fluxo de usuários e de receitas, a capacidade de pagamento por parte dos usuários, o volume de investimentos para construir o empreendimento, os custos de operação e de manutenção, desafios técnicos e de engenharia e riscos para os parceiros, entre outros aspectos.

Pelo exposto, a título de conclusão parcial, depreende-se que a parceria público-privada, como alternativa para se introduzir um novo conceito de investimento em infraestrutura no Brasil, permitindo o desenvolvimento econômico e social do país, ainda não constitui uma realidade nem no plano federal e nem na maioria dos Estados e Municípios.

4 O FUNDO GARANTIDOR E O SISTEMA DE GARANTIAS ESPECIAIS NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A institucionalização das parcerias público-privadas encontra-se atrelada à concepção de que parcela significativa dos investimentos em infra-estrutura que o país necessita exige longo prazo de maturação e grande volume de recursos, ou seja, são contratos que tendem a ser de longuíssima duração, que certamente passarão por várias gestões de governo, e necessitam de investimentos vultosos. Embutem, por conseguinte, riscos¹³³ políticos,

¹³² Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/noticias/conteudo/znoticia_geral.asp?Cod=2318 >
Acesso em: 14 maio 2008.

¹³³ Sobre as espécies de riscos a que estão submetidos os contratos de parceria público-privada, destacam-se o chamado *risco político*, ou seja, poder público ao escolher as políticas públicas e implementar as mudanças institucionais necessárias, pode macular a estabilidade da relação pactuada pelo contrato de PPP; *risco regulatório*: os agentes econômicos precisam saber de antemão a que tipo de regulação se submeterão, bem como qual ente governamental exercerá essa regulação. Indefinições e imprecisões nos contornos das competências desses entes gera indesejável incremento ao custo da regulação; *risco econômico*: inclui risco financeiro e cambial derivado da discrepância entre fluxo de receitas em reais e de custos em dólar; ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara de. Compartilhamento de Riscos nas Parcerias Público-Privadas In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.* pp.252/268.

regulatórios e econômicos. Soma-se a isso o fato das PPPs serem altamente dependentes das verbas estatais, o que pode gerar comprometimento indiscriminado de gastos públicos, pois a amortização dos investimentos dos agentes privados será feita totalmente ou parcialmente pelo poder público.

Sucedem que é diminuta a confiança nas qualidades do Estado brasileiro como pagador (risco de inadimplemento das obrigações financeiras), seja pelas dificuldades econômicas e políticas na disponibilização de recursos, seja pela complexidade e morosidade do processo judicial contra a Fazenda Pública. Dessa forma, para que esses projetos sejam viáveis e aptos a atrair o interesse do mercado, deve-se garantir o pagamento daquilo que é devido mesmo diante do inadimplemento do poder público.

É sob esse prisma, que a Lei 11.079/2004 contempla mecanismos de garantia que aproveitam ao parceiro privado, aos seus financiadores, assim como, ao parceiro público e à própria sociedade genericamente.

No que concerne à proteção ao conjunto da sociedade, aduzem-se a incorporação da responsabilidade fiscal (art. 4º, IV da Lei 11.079/2004) e a consagração da idéia de que o uso da PPP deve ser excepcional e especificamente motivado (art. 4º, VII da Lei 11.079/2004) como diretrizes básicas na contratação de parceria público-privada. Deveras, a sociedade deve ser entendida com a financiadora última dos projetos de parcerias público-privadas em qualquer de suas modalidades, posto que, embora as PPPs desonerem o Estado de vultoso investimento inicial, não o libertam do pagamento do investimento privado. Ao poder público, é apenas garantido o direito de repartir a dívida ao longo de um período de tempo mais ou menos longo. Sendo assim, tal como na hipótese de investimento direto do Estado com o conseqüente endividamento público, nas PPPs sempre serão os contribuintes que pagarão no futuro esse débito. Daí surge um dos maiores perigos desse instituto: a possibilidade da Administração Pública, por pressão política, pressa e incapacidade técnica, comprometer-se com contratações de longo prazo mal planejadas e desestruturadas, sem uma rigorosa avaliação do seu custo final para os contribuintes.

Com vistas a evitar tais perplexidades é que a Lei 11.079/2004 impõe uma série de exigências cujo escopo é impedir a vulgarização das PPPs, reservando-as tão somente para grandes projetos de infra-estrutura, em que seja inviável a utilização das concessões tradicionais. Fluem neste sentido as regras que impõem exigências de responsabilidade fiscal¹³⁴ (arts. 22, 27 e 28), assim como as que condicionam a celebração dos contratos de PPP

¹³⁴ Os aspectos atinentes à observância da Lei de Responsabilidade Fiscal em sede de PPPs serão abordados no capítulo 5.

a certos requisitos, tais como: investimento do particular não inferior a vinte milhões de reais e período de prestação do serviços de cinco a trinta e cinco anos (arts. 2º § 4º, I e II c/c art. 5º, I), assim como a comprovação de que esse tipo de contratação é o que melhor atende ao interesse público, consideradas as circunstâncias do caso concreto (art.4º, VII; art.10, I, “a”).

Já em relação às garantias que aproveitam ao parceiro público, aluda-se ao art. 7º da Lei 11.079/2004 que impõe a precedência da fruição do serviço a ser prestado pelo parceiro privado em relação ao pagamento da contraprestação pelo parceiro público, ou seja, a amortização do investimento só será iniciada após a disponibilidade do serviço objeto do contrato de PPP.

Outrossim, o art. 5º, VIII da Lei 11.079/2004 estipula que o parceiro privado deverá prestar garantias de execução do contrato (*performance bond*) ao poder público, que no caso da concessão administrativa, o valor da garantia pode ser de até dez por cento do valor do contrato (art. 56, §§ 3º e 5º da Lei 8666/1993) e na concessão patrocinada o limite máximo da garantia corresponde ao valor da obra (art. 18, XV da Lei 8987/1995).

Outra garantia a favor do poder público é a obrigatoriedade de constituição da chamada Sociedade de Propósito Específico (SPE)¹³⁵. Para o melhor entendimento da questão que aqui se coloca, cabe consignar algumas considerações gerais sobre a SPE.

A SPE, cuja constituição deve ocorrer antes da celebração, mas não é requisito para participação na licitação, possui a incumbência de implantar e gerir o objeto da parceria (art. 9º, caput da Lei 11.079/2004). Portanto, uma sociedade empresária, ou um consórcio de sociedades, interessadas nos projetos de PPPs, podem participar da licitação. Caso a vencedora da licitação seja uma sociedade, esta deverá constituir e controlar a SPE. Se o vencedor da licitação for o consórcio de sociedades, normalmente composto por sociedades com objeto relacionado à parceria (v.g. uma construtora, uma fornecedora de equipamentos e uma operadora do serviço a ser prestado) a SPE deverá ser controlada pelo grupo de sociedades consorciadas, consoante o acordo de acionistas a ser firmado.

Uma vez constituída, a SPE terá a sua atuação limitada ao empreendimento definido no contrato de parceria. Com isso, garante-se a segregação patrimonial, contábil e jurídica entre esse empreendimento e as demais atividades da sociedade controladora ou das sociedades sócias da SPE, isto é, seus administradores são proibidos de prospectar outras oportunidades de negócio.

¹³⁵ A constituição de SPE já era prevista na Lei 8987/1995 (arts. 19 a 21). No entanto, diferentemente do previsto na Lei 11.079/2004, a constituição de SPE no âmbito das concessões comuns é facultativa.

Ressalta a doutrina que essa segregação da atividade objeto da parceria representa uma garantia ao poder público, visto que possui a vantagem de facilitar o controle da execução do contrato e a saúde financeira do parceiro privado pelo poder concedente. Sendo a sociedade contratante da PPP uma SPE, o parceiro público pode ter um melhor conhecimento dos resultados da atividade objeto da parceria, inclusive para fins de repartição de riscos (art. 4º, VI e 5º, III da Lei 11.079/2004), reajustes tarifários e cálculo da remuneração do parceiro privado (art. 6º, parágrafo único da Lei 11.079/2004).¹³⁶

Frise-se que a constituição de SPE também é importante para a obtenção de financiamento para o projeto, visto que viabiliza a vinculação dos recebíveis do empreendimento ao pagamento dos credores através da operação de financiamento denominada *project finance*. Dessume-se, portanto, que a SPE igualmente se revela uma importante garantia a favor dos financiadores da PPP, o que se passa a analisar agora.

Nas PPPs ganha relevo o papel dos financiadores, terceiros diretamente interessados no contrato de PPP, prevendo a Lei 11.079/2004 uma série de mecanismos de garantia do investimento, ao fito de diminuir ao máximo os riscos econômicos e baratear o crédito necessário para o desenvolvimento da obra ou serviço. Dessa forma, foram previstas garantias objetivas dos financiadores do empreendimento tanto em relação aos empreendedores privados, tendo em vista uma possível atuação irregular e ruínosa por parte destes, como em relação ao poder público. Como os financiadores via de regra não possuem relação contratual direta com o poder público, não integrando o contrato de PPP como parte, as garantias do empréstimo à concessionária não incidirão sobre direitos e bens do Estado ou de seu fundo ou empresa garantidora, mas sim sobre direitos do próprio concessionário oriundos da relação contratual por este mantida com o Estado.

As garantias da Administração Pública aos financiadores das PPPs são as seguintes:

(i) Vinculação dos recebíveis da SPE, por meio do chamado *project finance*, ao pagamento dos financiadores (art.3º, caput e § 1º c/c art.28 da Lei 8987/1995);

(ii) Possibilidade de transferência do controle da sociedade de propósito específico para os financiadores do projeto, 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 8.987/1995 (art. 5º, §2º, I da Lei 11.079/2004);

¹³⁶ ROCHA, Henrique Bastos. A Sociedade de Propósito Específico nas Parcerias Público-Privadas. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.*, p. 275.

(iii) a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública (art.5º, §2º, II da Lei 11.079/2004);

(iv) 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 PPPs (art. 5º, §2º, II da Lei 11.079/2004).

Essas garantias visam proteger os agentes financeiros que tenham contratado, com o concessionário, o financiamento do projeto por ele assumido. Na realidade brasileira esses preceitos podem vir a resguardar, sobretudo, os interesses de uma entidade estatal, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) como financiador desse tipo de projeto. A intenção do governo federal é utilizar o BNDES para dar agilidade aos projetos de parcerias público-privadas.¹³⁷

O primeiro mecanismo de garantia é vinculação dos recebíveis do projeto ao pagamento dos credores, por meio do chamado *project finance*.

O *project finance* constitui um método de financiamento, apropriado para grandes projetos, normalmente de infra-estrutura, em que a garantia básica do financiador é a vinculação dos recebíveis do projeto à amortização das prestações devidas, ou seja, as receitas futuras do projeto são comprometidas com o pagamento dos financiadores.

Envolvem projetos em que há uma grande expectativa de que o retorno financeiro do empreendimento será elevado e capaz de gerar um retorno razoável para o investimento feito. Por isso, é que a análise do risco nas operações de *project finance*, concentra-se sobretudo no projeto e não no risco de crédito dos tomadores de recursos, como ocorre nas operações creditícias tradicionais em que são utilizadas garantias reais (hipoteca, penhor) ou pessoais (fiança, aval).¹³⁸

O suporte legal para estruturação do *project finance* encontra-se no art. 28 da Lei 8987/1995¹³⁹ que se aplica subsidiariamente às concessões administrativas e às concessões

¹³⁷ Em entrevista ao Jornal Valor Econômico em julho de 2007, o Ministro do Planejamento Paulo Bernardo Silva confirmou essa intenção do governo, afirmando que a idéia agora não seria a de transformar o banco no órgão gestor exclusivo das PPPs, mas tirá-lo do papel de simples candidato a financiador das parcerias e colocá-lo no núcleo do comando da operação ao lado do governo federal, aproveitando a experiência adquirida pelo BNDES no gerenciamento do programa de privatização do governo federal iniciado em 1991, em que foi gestor da maior parte do programa e acumulou um grande conhecimento técnico e jurídico, para encontrar formas de superar o excesso de burocracia que tem barrado a concretização das parcerias público-privadas. GOVERNO quer usar BNDES para dar agilidade às PPPs. **Valor econômico**. São Paulo. 05 jul. 2007. Disponível em: <<http://www.udop.com.br/geral.php?item=noticia&cod=72556>> Acesso em: 20 mar. 2008.

¹³⁸ ROCHA, Henrique Bastos. *Project Finance e Serviço Público*. In: OSÓRIO, Fábio Medina; Marcos Juruena Villela Souto (Coord.). **Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. *Op.cit.*, p.836.

¹³⁹ Art. 28. Nos contratos de financiamento, as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos

patrocinadas, por força do art. 3º, *caput* e § 1º da Lei 11.079/2004. Em um projeto de PPP na modalidade administrativa, o *project finance* será estruturado com base nos recebíveis em face da Administração Pública. Como não há cobrança de tarifas dos usuários do serviço, toda contraprestação do parceiro privado é devida pelo parceiro público, não havendo fluxo de recursos tarifários a ser vinculado ao pagamento dos financiadores do projeto. Já na PPP da modalidade patrocinada, além dos recebíveis provenientes da Administração, o *project finance* também contará com recurso tarifários que serão canalizados para o pagamento dos financiadores, mediante a elaboração de uma estrutura jurídica e financeira adequada para tal.

A SPE contratante possui papel fundamental na estruturação do *project finance* pois, como já visto, ela tem como uma das suas finalidades a segregação do risco da atividade concedida das demais atividades desenvolvidas pela sociedade empresária ou pelo conjunto de sociedades (consórcio) componentes do grupo vencedor da licitação. A eventual contaminação da atividade objeto do contrato de parceria por outras atividades inviabilizaria o controle de fluxo de caixa do projeto e, conseqüentemente, comprometeria a garantia através de recebíveis.

O segundo mecanismo que pode ser utilizado na proteção dos financiadores e que tem causado certa perplexidade é o previsto no art. 5, §2º, I da Lei 11.079/2004, que permite a transferência do controle da sociedade de propósito específico (SPE) para os financiadores do projeto em caso de inadimplemento. Essa aquisição de controle, que decorre da cláusula conhecida como *step in right*¹⁴⁰, constante do contrato de parceria, ocorre independentemente dos financiadores atenderem, para efeito dessa transferência, “às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade fiscal”, pois o dispositivo dispensa a aplicação do art. 27, parágrafo único, inc. I da Lei 8987/1995.

Há entendimento¹⁴¹ no sentido de esse dispositivo da Lei de PPPs é de constitucionalidade duvidosa, posto que não seria razoável, que a transferência do controle, que busca “assegurar a continuidade da prestação do serviço” seja colocada em risco ao ser prestado por sujeito tecnicamente incapaz, inidôneo financeiramente ou em situação fiscal irregular.

emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço.

¹⁴⁰ ROCHA, Henrique Bastos. A Sociedade de Propósito Específico nas Parcerias Público-Privadas. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.* p.278.

¹⁴¹ SHUENQUENER, Valter de Araújo. Parcerias Público-Privadas - Breve Panorama da Lei Federal nº. 11.079 de 30/12/2004. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto (Coord.). **Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. *Op.cit.*, pp.743-744.

Alexandre Santos de Aragão salienta que o dispositivo não é inconstitucional, inobstante pode vir a sê-lo, caso seja permitida, em um determinado contrato ou edital de licitação, a cessão contratual forçada da concessionária vencedora da licitação para uma instituição financiadora, que não participa do certame, violando, assim, a regra constitucional da licitação (art. 37, XXI da CF/88). Essa “intervenção” na concessionária, com a transferência do controle da SPE, será admissível somente se for “instrumental ao seu saneamento financeiro no mais curto espaço de tempo possível para, logo em seguida, devolvê-la à concessionária original ou transferi-la a outra empresa operadora”,¹⁴² nos termos do art. 9º, §1º da Lei 11.079/2004.

Destarte, devem ser dissociadas as noções de *transferência do controle acionário* e *transferência da concessão*.¹⁴³ O art. 5º, §2º, I da Lei 11.079/2004, apenas admite a transferência do controle acionário da SPE para os financiadores do projeto, desde que haja cláusula contratual nesse sentido, e não da concessão propriamente dita. Sendo assim, o serviço público continua sendo prestado pelo mesmo parceiro privado, pela mesma pessoa jurídica, embora tenha seu controle societário atribuído pelo contrato a outrem, visando a sobrevivência do contrato e a continuidade da atividade pública que constitui o seu objeto.

A Lei 11.079/2004 prevê ainda, como forma de garantia, a emissão de empenho pela Administração Pública em nome da instituição financiadora do projeto (art. 5º §2º, II) e a legitimidade dos financiadores para receber indenizações pagas pela Administração Pública, estatal garantidora ou fundo garantidor (art. 5º §2º, III). Nessas hipóteses o que a lei prevê é a exclusão da SPE da intermediação para o pagamento dos financiadores do projeto.

O intuito do legislador ao permitir o afastamento da SPE do controle sobre os fluxos de recursos provenientes da Administração Pública foi viabilizar que o *project finance* abarque os recebíveis do poder público, com a conseqüente redução dos riscos inerentes ao custo do financiamento do projeto, expresso na taxa de juros cobrada pelas instituições financiadoras. Esse pagamento direto aos financiadores evita que os recursos pagos pelo parceiro público transitem pelo patrimônio da SPE, afastando, assim, a possibilidade de tais recursos serem usados no pagamento de outros débitos da SPE, sejam eles fiscais, trabalhistas ou privados.

Ressalte-se que a permissão de pagamento direto da Administração aos financiadores do projeto de PPP, nos moldes do art. 5º §2º incisos II e III da Lei 11.079/2004 não deve ocorrer em todos os contratos de PPP, mas tão somente nas hipóteses em que esse

¹⁴² ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas - PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.*, p.78

¹⁴³ OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Op. cit.*, p.184.

procedimento for indispensável para o pagamento dos financiadores. Deve-se lembrar que os recursos entregues pela Administração não servem somente para remunerar os financiadores do projeto, mas também os acionistas da SPE, além dos trabalhadores, do fisco e de outros eventuais credores.

No que se refere às garantias conferidas aos parceiros privados, cumpre ressaltar que a idéia inicial constante no projeto de lei que viria a se converter na Lei 11.079/2004 era outorgar privilégios aos pagamentos de contratos de PPP por meio da inserção desses contratos na regra que dispõe sobre limitação de empenho público - o que seria feito através da aplicação do regime do artigo 9º, § 2º da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), de acordo com o qual, não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias. Tal idéia não prevaleceu nos debates realizados no Congresso Nacional. Da mesma forma que não foi aceita a idéia de oferecer privilégio de pagamento aos contratos de PPP em detrimento dos demais. Ambas as hipóteses, constituiriam grandes garantias que poderiam ser dadas ao parceiro privado no sentido de que o poder público iria honrar os compromissos assumidos nos contratos de PPP. Assim, as duas foram rejeitadas: no primeiro caso, por se entender que seria necessária uma alteração na Lei de Responsabilidade Fiscal, e no segundo, em função da dificuldade prática da contabilização da preferência .¹⁴⁴ Optou-se, portanto, pela criação de um fundo garantidor capaz de dar garantias ao parceiro privado, cuja sistemática será abordada mais adiante.

As garantias a serem dadas pela poder público aos parceiros privados devem obrigatoriamente ser especificadas no edital de licitação das parcerias público-privadas, a teor do que dispõe o art. 11, parágrafo único da Lei 11.079/2004. Essa determinação legal trata-se de manifestação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, disposto no art. 3º, *caput* da Lei 8666/1993, que assume importância ainda mais relevante nos contratos de parcerias público-privadas, visto que a questão da garantia estatal é primordial e determinante para atrair o interesse da iniciativa privada nesse tipo de contratação. Neste sentido, podem ser citadas as seguintes garantias:

(i) previsão da arbitragem como legítimo mecanismo amigável de solução das divergências contratuais (desde que realizada no Brasil e em língua portuguesa) art. 11, III da Lei 11.079/2004.

¹⁴⁴ MONTEIRO, Vera. Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil. Aspectos Fiscais desse novo modelo de contratação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Op.cit.*, p.99.

(ii) possibilidade de vinculação de receitas, desde que observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal (art. 8º, I da Lei 11.079/2004);

(iii) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei (art. 8º, II da Lei 11.079/2004);

(iv) contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público (art. 8º, III da Lei 11.079/2004);

(v) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público (art. 8º, IV da Lei 11.079/2004);

(vi) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade (art. 8º, V da Lei 11.079/2004);

A Lei 11.079/2004, em seu art. 11, inciso III, contempla a possibilidade do contrato de PPP prever a arbitragem como modo de solução de litígios entre parceiro privado e o parceiro público. Essa previsão é sintomática da crise do Poder Judiciário em nosso país. Nos parâmetros atuais, a solução judicial ainda corresponde à via usualmente adotada nas controvérsias entre particular e a Administração Pública, entretanto, as deficiências do nosso aparato judiciário são amplamente reconhecidas, dentre as quais se destacam a morosidade das ações judiciais e a variedade de recursos cabíveis contra as decisões. Tendo em vista esse cenário é que se mencionam as vantagens da arbitragem, como meio alternativo de solução de litígios, que são sempre as mesmas citadas: maior celeridade nas decisões e maior especialização dos árbitros.¹⁴⁵

Cumprido destacar que a admissibilidade de arbitragem envolvendo entes da Administração Pública¹⁴⁶ é passível de alguns questionamentos. Embora, a doutrina majoritária admita essa possibilidade, mormente quando haja expressa previsão legal¹⁴⁷, alguns óbices de índole constitucional têm sido opostos à admissibilidade do meio arbitral

¹⁴⁵ Sem embargo dessas vantagens, insta acentuar que no Brasil a arbitragem ainda não recebeu, com algumas exceções, o tratamento sério que lhe é conferido no exterior. Algumas instituições de arbitragem no Brasil têm sido criticadas por serem criadas com a finalidade precípua de comercializar e disponibilizar carteiras de “Juiz Arbitral”. Outrossim, há o risco de captura desses árbitros bem mais acentuado do que no caso de magistrados, posto que há maior possibilidade dos julgamentos dos primeiros não serem imparciais.

¹⁴⁶ É antiga a admissibilidade, no direito brasileiro, da arbitragem envolvendo o Estado. Neste sentido, lapidar foi a decisão do Supremo Tribunal Federal, no “Caso Lage” (AI 52.181) julgado definitivamente em 1973. Tratava da disputa entre União e herdeiros de Henrique Lage. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente a legalidade do juízo arbitral, até mesmo nas causas contra a Administração Pública. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº. 52.181/ GB-Guanabara. Agravante: União Federal. Agravado: Espólio de Henrique Lage. Relator: Ministro Bilac Pinto. Brasília, DF, 14 de novembro de 1973. DJU 15.02.1974. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 27 mar. 2008.

¹⁴⁷ Neste sentido, pode-se citar o posicionamento de BARROSO. Luis Roberto. Sociedade de Economia Mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, t. II, p. 618.

como forma de resolução de conflitos envolvendo contratos firmados pela Administração Pública.¹⁴⁸

Argumenta-se que os princípios da indisponibilidade do interesse público, da legalidade administrativa e da inafastabilidade do controle jurisdicional afastariam os litígios envolvendo contratos firmados pela Administração Pública do campo de abrangência do juízo arbitral.

No que pertine à indisponibilidade do interesse público, afirma-se que todos os interesses e direitos integrantes do conteúdo das relações contratuais firmadas no setor público seriam indisponíveis, coisas *extra-commercium*. Rebate-se esse argumento, pois “nem todos os contratos administrativos envolvem, necessariamente, direitos indisponíveis da Administração”¹⁴⁹. O ordenamento jurídico pátrio, ao admitir a possibilidade da Administração contratar, confere-lhe o direito de negociar e dispor sobre determinados interesses, bens e direitos. Conclui-se, assim, que a Administração Pública ao contratar, tendo em vista a disponibilidade de direitos patrimoniais¹⁵⁰, poderá igualmente convencionar cláusula de arbitragem, sem que isso importe em disposição do interesse público.¹⁵¹

Ao invocar o princípio da legalidade administrativa, alega-se que o Estado necessita de autorização legislativa explícita e específica para se submeter ao juízo arbitral, visto que a cláusula de arbitragem implicaria em ato de disposição da Administração Pública. A doutrina assenta a improcedência desse argumento, posto que ao ser autorizado a celebrar contratos, o administrador também estaria autorizado a fazer uso de todos os meios negociais disponíveis

¹⁴⁸ Por todos: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. As Parcerias Público-Privadas (PPPs). Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=20266>. Acesso em 25 set. 2007.

¹⁴⁹ Tácito, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. **Revista de Direito Administrativo- RDA** 210, pp. 111/115 *apud* OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas**. *Op. cit.*, p.590. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº. 11308/ DF. Agravante: União Federal. Agravado: TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 28 de junho de 2006. **DJU** 14.08.2006, p. 251. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200502127630&dt_publicacao=14/08/2006> Acesso em: 10 abr. 2008.

¹⁵⁰ Esses direitos patrimoniais disponíveis estão atrelados ao chamado interesse público secundário, correlato aos atos de gestão, ou seja, interesses patrimoniais da administração que diferem dos interesses públicos primários, correlatos aos atos de império (aqueles que promovem e concretizam os valores eleitos pela sociedade como um todo), *v.g.*, dignidade da pessoa humana, justiça, democracia, etc., e que são indisponíveis. Dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo. SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e Souza. Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (a Construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado). In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op. cit.* p.291

¹⁵¹ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público-RTDP** 32, p. 20 *apud* BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op. cit.* p.106.

para melhor consecução dos interesses da coletividade. Nesta toada, bem salienta Gustavo Binbenbajm que:

o poder de pactuar arbitragem é implícito ao poder de contratar, restando atendida a legalidade quando a solução arbitral se afigura a juízo do administrador, como aquela que realiza, da forma mais eficiente, o dever de bem administrar.¹⁵²

Inobstante, tal questão não representa um óbice à utilização da arbitragem nos contratos de PPP já que há autorização expressa no art. 11, III da Lei 11.079/2004.

Com relação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF/88), o Supremo Tribunal Federal, já pacificou o entendimento de que não há qualquer incompatibilidade entre o referido princípio e a opção pela cláusula de arbitragem, desde que estejam em jogo direitos disponíveis.¹⁵³ Destarte, ao considerar a disponibilidade dos interesses envolvidos no contrato administrativo, não há que se falar em violação ao princípio da inafastabilidade de jurisdição em sede de contratos administrativos. Isso não significa que a tutela jurisdicional será totalmente afastada. Consoante os arts. 32 e 33 da Lei 9307/1996 (Lei de Arbitragem), eventuais desvios cometidos no curso da arbitragem poderão ser submetidos à apreciação do Poder Judiciário, resguardando-se, assim, os interesses patrimoniais do Estado.

Registre-se, por oportuno, que não se pretende esgotar o assunto da arbitragem como meio de solução de litígios entre particulares e a Administração Pública, pois o tema é demasiadamente polêmico e foge aos objetivos do presente trabalho. Cumpre agora, destacar alguns aspectos atinentes a esse meio alternativo de solução de litígios especificamente nos contratos de PPP.

O art. 11, III da Lei 11.079/2004 estabelece imperativamente que a arbitragem “seja realizada no Brasil e em língua portuguesa”. Há quem critique essa previsão¹⁵⁴ ao argumento de que tais exigências representam um retrocesso em relação à Lei 9307/1996 que autoriza o uso da arbitragem, sem restrição de idioma, admitindo, portanto, arbitragem internacional o que funciona como um estímulo ao investidor estrangeiro.

¹⁵² BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.* p.105.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5206 -7 Reino da Espanha. Agravante: MVB Commercial and Export Management Establishment. Agravado: Resil Indústria e Comércio LTDA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2001. DJU de 30-04-2004, p. 00029. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 27 mar. 2008.

¹⁵⁴ MATTIETO, Leonardo. A Arbitragem nos Contratos de Parceria Público-Privada. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.*, p.339; SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. *Op. Cit.*, p.44.

Embora à primeira vista a norma possa parecer exageradamente nacionalista, as exigências de realização da arbitragem no local onde será executado o contrato e na língua acessível a todos os interessados (os usuários do serviço público objeto do contrato) decorrem, na verdade, da relevância de tais contratos para a coletividade¹⁵⁵. Com isso, as exigências buscam permitir um controle imediato e uma maior transparência nas relações entre poder público e agentes privados. Sendo assim, eventual controle judicial do procedimento e da sentença arbitral figuram como maiores beneficiários da exigência legal.¹⁵⁶

A Lei 11.079/2004 limitou-se a fixar a aplicabilidade da arbitragem aos contratos de PPP nos termos expostos acima. Arnold Wald salienta que a lei poderia ter sido mais completa, “não se limitando a fixar o princípio, mas determinando desde logo, o modo de funcionamento do procedimento arbitral.”¹⁵⁷ Neste sentido, há que se compatibilizar o procedimento arbitral previsto na Lei 9307/1996 às peculiaridades dos contratos firmados pela Administração Pública.

Em primeiro lugar, jamais um pacto de arbitragem firmado pelo poder público poderá expressar a preferência ou opção por critérios alternativos ao critério de direito, tal como é permitido pelo art. 2º da Lei de Arbitragem¹⁵⁸. Os contratos administrativos regem-se pela legislação especial que os disciplina, não podendo os árbitros julgarem as causas com base na equidade¹⁵⁹, sob pena de afronta ao princípio da legalidade (art. 37, *caput* da CF/88), além de representar risco para a previsibilidade jurídica da decisão a ser proferida pelos árbitros.

Em segundo lugar, a possibilidade das partes imporem sigilo ou confidencialidade ao procedimento arbitral (ao reverso do que ocorre, em regra, nas ações judiciais, em virtude do art. 93, IX da Constituição) não se aplica à arbitragem de contratos administrativos, em função do princípio da publicidade, previsto em sede constitucional (art. 37, *caput* da CF/88),

¹⁵⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas-PPPs no Direito Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op. cit.* p.74

¹⁵⁶ No que concerne à obrigatoriedade de língua portuguesa Lauro da Gama e Souza Júnior entende que, em respeito ao princípio da razoabilidade, embora a sua utilização seja obrigatória, nada impede que a arbitragem se desenvolva também em outra língua ao fito de atender à necessidade de eventual parte estrangeira. SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (a Construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público- Privadas**. *Op. cit.* p.318.

¹⁵⁷ WALD. Arnold. As PPP e Infra-Estrutura. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op. cit.* p.170.

¹⁵⁸ Art. 2º: A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

¹⁵⁹ Julgar por equidade, como se infere do disposto no art. 1.109 do Código de Processo Civil, é o julgamento que se faz sem atender ao critério da legalidade estrita, devendo o juiz, sempre motivadamente, dar ao caso a solução mais conveniente, ponderando os interesses e valores em confronto.

que busca inviabilizar o sigilo no trato dos assuntos públicos, a fim de garantir o controle popular.

Em terceiro lugar, insta acentuar que é comum nos contratos submetidos ao juízo arbitral a chamada cláusula de eleição de foro, pois em determinadas situações os árbitros- que são desprovidos do poder de coerção das autoridades estatais- precisam recorrer ao Judiciário para tornar efetivas as suas medidas (cautelares incidentais, condução forçada de testemunhas etc.). Geralmente, o contrato prevê um foro de eleição, que será competente para julgar tais medidas, coincidente com o local da arbitragem. Ocorre que, se um dos contratantes é a Administração Pública, não há que se falar em foro de eleição, visto que a Lei de Licitações fixa o foro da sede da Administração para os litígios porventura oriundos de contratos administrativos (art. 55, §2º da Lei 8666/1993).

À vista do exposto, percebe-se, que diante das especificidades inerentes ao objeto público, será indispensável muita cautela na elaboração do edital de licitação de uma PPP que preveja o emprego de procedimento arbitral. Nessa senda, é que Gustavo Henrique Justino de Oliveira defende a necessidade de serem realizados ajustes na atual legislação brasileira de arbitragem, com a criação de um procedimento arbitral especial, a fim de garantir maior segurança a essa especial relação de natureza contratual.¹⁶⁰

No que pertine às garantias a serem dadas pelo Estado ao parceiro privado previstas no art. 8º da Lei 11.079/2004, pode-se questionar a constitucionalidade desse dispositivo em função do disposto no art. 163, III da CF/88, que exige lei complementar para dispor sobre garantias a serem dadas pelo Estado. A princípio, o vício de inconstitucionalidade parece manifesto, tendo em vista que a Lei 11.079/2004 é uma lei ordinária. Entretanto, o entendimento que tem prevalecido¹⁶¹ é no sentido de já há uma Lei Complementar que trata dessas garantias (Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/2000) e a Lei 11.079/2004 apenas a regulamentou, ou seja, a Lei de PPPs teria tão somente detalhado as garantias previstas no art. 40 da LC 101/2000, afastando, portanto uma possível inconstitucionalidade por vício formal.

Uma segunda linha de raciocínio pode ser invocada para demonstrar que a Lei de PPPs satisfaz a exigência constitucional do art. 163, III da CF/88, refere-se à circunstância do art. 8º da lei em comento não tratar da concessão de garantias por entidades públicas (como consta

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Op.cit.*, p.601

¹⁶¹ Neste sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas-PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.*, p.74; BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas e a Constituição. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.*, p.102.

no caput do art.163 da CF/88), mas sim por um entidade privada, que é o Fundo Garantidor da Parcerias Público-Privadas (FGP).¹⁶²

Com relação, especificamente à garantia prevista no I do art. 8º da Lei 11.079/2004 que permite a vinculação de receitas públicas para garantir as obrigações pecuniárias da Administração Pública em contrato de parceria público privada, desde que observado o disposto no art.167, IV da CF/88, cabe destacar a posição de Kiyoshi Harada ¹⁶³, no sentido de sua inconstitucionalidade. De acordo com o autor, o legislador ordinário partiu da equivocada premissa de que, respeitada a vedação do art. 167, IV, restrita à vinculação da receita de impostos, todas as demais receitas públicas poderiam ser vinculadas para garantia de quaisquer obrigações contraídas pelo poder público. Sucede que, toda e qualquer receita pública, não apenas as oriundas de impostos, constituem bem público indisponível, inegociável e irrenunciável, pois são instrumentos necessários ao cumprimento dos fins do Estado. Destarte, assevera o autor que as receitas públicas não podem garantir obrigações pecuniárias contraídas pelo poder público perante particulares. Do contrário, restariam violados os princípios da moralidade e da impessoalidade (art.37 da CF/188).

Dentre as garantias arroladas no art. 8º da Lei 11.079/2004, a que tem prevalecido até o momento, são as garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade (art. 8º, V) cujas diretrizes básicas são: a União, na forma de Lei 11.079/2004, e os demais entes da federação, seguindo o que dispuser legislação própria, poderão dispor de bens públicos, que sairão do patrimônio público, para integrar patrimônio de natureza privada, consubstanciado no FGP, que a seu turno, por meio da gestão da respectiva instituição financeira controladora, servirá, até o limite do seu patrimônio integralizado pelos cotistas, para respaldar as garantias oferecidas pelo poder público nos contratos de parceria com a iniciativa privada.

Frise-se que o FGP não foi o primeiro modelo a ser cogitado para o fundo garantidor das parcerias público-privadas. Diversos outros foram apresentados no Senado Federal. Cumpre destacar um deles: a proposta legislativa de criação de um regime de alienação fiduciária em garantia por meio do qual o parceiro privado receberia a titularidade de cotas do fundo fiduciário na hipótese de inadimplemento do poder público, isto é, um bem público

¹⁶² BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas e a Constituição. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.*, p.102.

¹⁶³ HARADA, Kiyoshi. Artigo 8 da Lei 11.079/2004, conhecida como Lei das PPP's, que permite a vinculação de receitas públicas e instituição ou utilização de fundos especiais previstas em Lei. In: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 13, n. 63, p. 335-346, jul./ago. 2005. No mesmo sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. As parcerias público-privadas e a observância dos princípios constitucionais. In: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 56, n. 3, p. 205-225, jul./set. 2005.

(cota) ficaria vinculado ao pagamento de um débito, de modo que sua não quitação permitiria a execução direta da cota transferida, sem a intervenção do Poder Judiciário. Ocorreria, portanto, a transferência direta ao particular de bem de titularidade da Administração Pública em flagrante violação do sistema constitucional de precatório. Ademais, a proposta autorizava a transferência da cota antes do adimplemento integral da obrigação do particular, criando um sistema desequilibrado e extremamente favorável ao contratado.¹⁶⁴

Diante desses entraves jurídicos, foi aprovado o atual modelo de fundo garantidor na esfera federal. O art. 16, *caput* da Lei 11.079/2004 autoriza a União, suas autarquias e fundações públicas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, cujos recursos irão garantir o pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais.

A efetividade da natureza garantidora do FGP decorre especificamente da sua natureza privada (art. 16, §1º) e da previsão de seu patrimônio ser separado do patrimônio dos cotistas (União, suas autarquias e fundações), conforme dicção do art. 16, § 5º da Lei 11.079/2004. A distinção de patrimônios - do poder público e do FGP é reafirmada pela regra do § 6º do art. 18 da mesma lei, que prevê o seguinte: “quitação de débito pelo FGP importará sua subrogação nos direitos do parceiro privado”. Conclui-se, portanto, que o Fundo realiza uma garantia em favor do cotista (poder público). Assim, em caso de inadimplência desse cotista, o parceiro privado poderá acionar diretamente a garantia dada pelo FGP para satisfazer a dívida, sendo inclusive expressamente admitida a constrição judicial dos seus bens (art. 18, §4º a 7º).

O patrimônio do FGP¹⁶⁵ é constituído por bens e direitos - tais como dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis ou móveis - transferidos pelos cotistas mediante prévia avaliação por empresa especializada (art. 16, §§ 2º, 3º e 4º da Lei 11.079/2004). A integralização das cotas¹⁶⁶ independe de licitação podendo ser realizada mediante prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da

¹⁶⁴ MONTEIRO, Vera. Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil. Aspectos Fiscais desse novo modelo de contratação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Op.cit.*, pp.100/101.

¹⁶⁵ O Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP) fechou o mês agosto de 2007 com patrimônio líquido de R\$ 5,427 bilhões. Os ativos do FGP estão divididos em duas classes. Na carteira de classe 2, estão participações acionárias na Companhia Vale do Rio Doce, Banco do Brasil e Eletrobrás. A carteira da classe 1 é formada por Notas do Tesouro Nacional série B (NTN-B), operações compromissadas, lastro LTN e dinheiro em conta de depósito à vista. FREGONI, Silvia. Fundo garantidor de PPPs eleva patrimônio em 68,6%. **Estadão.com.br**. Disponível em: <http://www.estadão.com.br/economia/not_eco72970,0.htm> Acesso em: 15 abr. 2008

¹⁶⁶ O Decreto nº. 5411/05 regulamentou parte do FGP, autorizando a integralização das suas cotas pela União mediante a transferência de uma série de ações de sua propriedade, referentes a participações minoritárias em empresas e às participações que forem desnecessárias à manutenção do controle da União sobre suas sociedades de economia mista. ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas-PPPs no Direito Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público- Privadas**. *Op.cit.* p.75.

Fazenda (art. 16, § 6º). O aporte de bens de uso especial e de uso comum no Fundo Garantidor será condicionado à sua desafetação de forma individualizada (art.16,§7º).

Consoante art. 17, caput da Lei 11.079/2004 o FGP deve ser criado, administrado, gerido e representado judicialmente e extrajudicialmente por instituição financeira¹⁶⁷ controlada direta ou indiretamente, pela União, com observância das normas a que se refere o inciso XXII do art. 4º da Lei no 4.595, de 31 de dezembro de 1964, à qual caberá deliberar sobre a gestão e alienação dos bens e direitos do FGP, zelando pela manutenção de sua rentabilidade e liquidez (art. 17, § 3º).

Atualmente, o FGP é administrado pelo Banco do Brasil e tem a União Federal como única cotista. O governo tinha planos de lançar um fundo garantidor de PPPs aberto para investidores institucionais, mas isso ainda não aconteceu. Até o momento, o FGP ainda não contraiu obrigação relativa à prestação de garantia em projetos de PPPs no âmbito federal. O FGP prevê a possibilidade de concessão de garantias para projetos no decorrer do ano de 2008.¹⁶⁸

À vista do exposto, percebe-se que o legislador federal buscou criar um amplo sistema de garantia dos contratos de parcerias público-privadas, mormente por meio do FGP, de forma que eventual débito estatal perante o parceiro privado deixe de se submeter à regra constitucional do precatório (art. 100 da CF/88). Eis o ponto nodal da sistemática de garantias diferenciadas prevista na Lei de PPP: evita-se que um eventual crédito decorrente de um contrato de PPP tenha que se submeter ao regime de precatórios. Como será visto mais adiante, a especialidade do sistema de garantias contemplado na lei de parcerias público-privada vem sendo impugnada por dois motivos: em primeiro lugar, por violar frontalmente o art. 165, § 9º, II, que exige lei complementar para estabelecer “... as condições para instituição e funcionamento de fundos”, outrossim, alega-se, que o FGP viola o art. 100 da CF, criando uma categoria de credores especiais do poder público, que podem ser pagos independentemente de qualquer ordem em relação aos credores em geral.

No que concerne especificamente à garantia prevista no art. 8º, V da Lei de PPPs, a análise da constitucionalidade do FGP e a compatibilidade da execução de suas garantias com o sistema constitucional de precatórios será retratada nas próximas seções.

4.1 Análise da constitucionalidade do Fundo Garantidor

¹⁶⁷ A Resolução nº. 3289/05 disciplina a administração do FGP pelo Banco do Brasil.

¹⁶⁸ FREGONI, Sílvia. Fundo garantidor de PPPs eleva patrimônio em 68,6%. **Estadão.com.br**. Disponível em :<http://www.estadao.com.br/economia/not_eco72970,0.htm> Acesso em 15 abr. 2008.

Tendo em vista o disposto no art.165, § 9º, II da CF/88, segundo o qual cabe à lei complementar “estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento dos fundos”, questiona-se a constitucionalidade do FGP por este ter sido instituído pela lei ordinária n.º 11.079/2004.

Kiyoshi Harada,¹⁶⁹ em parecer elaborado a pedido da Comissão de Precatórios da OAB de São Paulo, sustenta a manifesta inconstitucionalidade do FGP e de todo e qualquer fundo especial que vise a prestar garantias de obrigações pecuniárias, contraídas pelo poder público. Segundo o autor, a Lei 11.079/2004, ao autorizar a participação da União, suas autarquias e das fundações públicas nesse FGP (art. 8º, V c/c art. 16, *caput*) que de acordo com a dicção legal “terá natureza privada e patrimônio próprio, separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeitos direitos e obrigações próprios.” (art.16,§ 1º), viola frontalmente o art.165, §9º, II da CF/88, que exige lei complementar para instituir fundos. Destarte, o legislador ordinário não poderia ter autorizado a instituição de um fundo específico em que a União pode ingressar com a exorbitante quantia de seis bilhões de reais. Essa quantia, que inclusive pode ficar a salvo de contingenciamento e de seqüestros para honrar precatórios descumpridos (art. 21 da Lei 11.079/2004), estaria fora do âmbito de fiscalização e controle externo, a ser exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas (art. 71 da CF/88). Conclui, assim, que a sistemática criada pela Lei 11.079/2004 contraria em bloco dispositivos constitucionais pertinentes à Administração Pública e à matéria financeira.

Outrossim, destaca o autor que o FGP viola o art. 71 da Lei 4320/64 -lei materialmente complementar- posto que segundo prescrição do referido artigo fundo especial não se presta a garantir dívidas pecuniárias, já que a receita dos fundos somente “se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços.”

Inobstante, a doutrina tem defendido a constitucionalidade do FGP¹⁷⁰ com base nos seguintes argumentos: o art. 165, §9º, II da CF/88 não impõe a necessidade de lei complementar para criação de cada fundo específico. O referido artigo prescreve apenas que as condições para instituição e funcionamento de fundos sejam genericamente disciplinadas

¹⁶⁹ HARADA, Kiyoshi. Artigo 8º da Lei 11.079/2004, conhecida como Lei das PPP's, que permite a vinculação de receitas públicas e instituição ou utilização de fundos especiais previstas em Lei. In: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 13, n. 63, p. 335-346, jul./ago. 2005.

¹⁷⁰ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas-PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.* pp.75/76; MONTEIRO, Vera. Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil. Aspectos Fiscais desse novo modelo de contratação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Op.cit.*, pp.100.

por lei complementar, a qual já existe, é a Lei 4320/1964, recepcionada pela Constituição de 1988 como tal, cujos art. 71 a 74¹⁷¹ disciplinam as regras para instituição e funcionamento de fundos, entre as quais está a necessidade de “lei”, portanto, lei ordinária para instituir o fundo. No que pertine à alegada violação ao art. 71 da Lei 4.320/1964, pois as receitas dos fundos somente se vinculam à realização de determinados objetos e serviços e não para garantir dívida pecuniária do poder público, argumenta-se que nada impede que entre esses “objetivos” seja incluído a garantia de dívida necessárias à realização de projetos de infraestrutura essenciais ao desenvolvimento nacional.

Entre os que advogam a tese de constitucionalidade do FGP, cumpre destacar a linha de raciocínio desenvolvida pela Procuradora do Estado do Rio de Janeiro Fabiana Andrada do Amaral Rudge Braga¹⁷². Salienta a autora, a necessidade de se distinguir o fundo garantidor das parcerias público-privada de outros tipos de fundos, v.g., o fundo especial (ou orçamentário) e os fundos de mercado. De acordo com esse entendimento, o que diferencia os diversos tipos de fundo é a finalidade que cada qual se propõe a concretizar. No caso do fundo especial a finalidade é a vinculação de determinada receita com vistas à execução de um determinado objeto. Por meio dele, o poder público executa políticas públicas, que se viabilizam através das receitas públicas vinculadas ao objeto específico de cada fundo. No fundo de mercado financeiro, a finalidade é o investimento, com parceiros que se unem em condomínio para uma aplicação conjunta de recursos em títulos e valores mobiliários, unindo esforços financeiros e maximizando os ganhos. Já o FGP não se confunde com nenhum desses tipos de fundos, tendo natureza e finalidades diversas, posto que não visa ao investimento de recursos, tampouco à execução de um objeto por meio da vinculação de receitas. O FGP possui a finalidade de prestar garantias das obrigações pecuniárias contraídas pelo poder público. Sendo assim, pressupõe a transferência (disposição, alienação) de certos bens e direitos a um patrimônio autônomo e privado para servir, no limite das cotas integralizadas, de garantia à execução de determinadas dívidas, líquidas e certas da Administração Pública com a iniciativa privada nos contratos de parcerias público-privadas. Na execução das

¹⁷¹ **Art. 71.** Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação. **Art. 72.** A aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a turnos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais. **Art. 73.** Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo. **Art. 74.** A lei que instituir fundo especial poderá determinar normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, sem de qualquer modo, elidir a competência específica do Tribunal de Contas ou órgão equivalente

¹⁷² BRAGA, Fabiana Andrada do Amaral Rudge. PPP: Fundo Garantidor, a execução das garantias e a compatibilidade com o sistema constitucional de precatórios. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas.** *Op.cit.* p.235.

garantias e gestão dos recursos do FGP deverão ser observadas as normas de direito financeiro, os limites orçamentários e a Lei de Responsabilidade Fiscal, o que denota a plena possibilidade de fiscalização e controle inclusive externo por parte do Tribunal de Contas (art. 71 da CF). Destarte, o FGP não estaria inserido no conceito de fundo especial, nos moldes dos art. 71 a 74 da Lei 4320/64 e sua instituição prescindiria da observância do disposto no art. 165, § 9º, II da CF/88.

Remarque-se que a despeito das críticas formuladas em relação ao sistema de garantias previsto na Lei 11.079/2004, o entendimento dominante é no sentido da constitucionalidade das garantias conferidas ao parceiro privado e seus financiadores pela Lei de parcerias público-privadas.

Passa-se agora a retratar a outra polêmica em torno da sistemática de garantias diferenciadas criada pela Lei de PPPs, qual seja, a alegada violação ao sistema de precatórios previsto no art. 100 da Constituição Federal.

4.2 Execução de garantias do Fundo Garantidor e a Sistemática Constitucional dos Precatórios.

Outro óbice de natureza constitucional que tem sido oposto ao mecanismo do fundo garantidor- pelo qual, como visto, vincula-se um patrimônio para garantir a satisfação de obrigações contratuais da Administração Pública- tem por fundamento o art. 100 da Constituição Federal, que institui o sistema de precatórios judiciais como forma de execução das dívidas do poder público e impõe a sua liquidação na ordem cronológica da sua apresentação.

O regime de pagamento por meio de precatório, em que o montante de dívida líquida e certa da Fazenda Pública deve ser incluído no orçamento do exercício subsequente, destina-se a impedir que execuções compulsórias, pela via jurisdicional, comprometam a disciplina orçamentária dos gastos públicos.

Os defeitos produzidos na aplicação prática desse mecanismo geraram ausência de certeza quanto à efetiva satisfação das dívidas da Fazenda Pública. É ressabido que a maioria das pessoas jurídicas de direito público não honram as condenações judiciais que lhe são impostas.

Como já salientado no presente trabalho, um dos óbices à implementação das parcerias público-privadas está atrelado à falta de confiança dos investidores privados no parceiro público como pagador¹⁷³. Sobre o desafio a ser enfrentado pelos credores do Estado Alexandre Santos de Aragão acentua que “o problema, infelizmente, não está sequer mais em como se garantir a adimplência do Estado, mas sim em como, diante da inadimplência, fazer valer os seus direitos.”¹⁷⁴ É nesse contexto que a Lei de PPPs institucionalizou essa sistemática de garantias diferenciadas orientada a impedir que um eventual crédito decorrente de um contrato de PPP se submetesse puramente ao regime de precatórios.

Nas PPPs, o parceiro privado, uma vez insatisfeita obrigação líquida e certa do parceiro público (art.18, §§ 4º e 5º da Lei 11.079/2004) poderá, observados os condicionamentos legais, buscar a satisfação do seu crédito diretamente em face do FGP, sem precisar enfrentar o sistema de precatórios, apenas executando a garantia contratualmente conferida, nos moldes do procedimento comum de execução por título extrajudicial.

Tendo em vista essa possibilidade de execução direta de bens e direitos do fundo garantidor, alega-se a violação ao regime constitucional de precatórios com a criação de uma classe diferenciada e preferencial de credores do Estado que podem ser pagos independentemente de qualquer ordem em relação aos credores em geral. Outrossim, argumenta-se que esses bens e direitos que constituem o fundo garantidor não poderiam ser dados em garantia visto que possuem natureza pública, e, portanto, são impenhoráveis.¹⁷⁵

A doutrina majoritária¹⁷⁶ tem admitido a compatibilidade do FGP com o sistema de precatório judicial previsto na Constituição, pois na hipótese em questão, o fundo possui patrimônio privado e autônomo (art.16, § 1º da Lei 11.079/2004) inconfundível com o patrimônio do poder público. Não há no FGP bens públicos indisponíveis. Os bens públicos

¹⁷³ É neste sentido que Lauro da Gama e Souza Júnior destaca o chamado “risco motivacional”, que decorre da confessada penúria financeira da Administração Pública em todos os níveis, para investimentos em projetos de interesse público, e que, pode vir a comprometer, no futuro, a sua capacidade de ressarcimento do investidor privado. SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (a Construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado). In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.* p.291

¹⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas-PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.* p.74.

¹⁷⁵ Neste sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. As parcerias público-privadas e a observância dos princípios constitucionais. In: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, *Op.cit.*, pp.223/224.

¹⁷⁶ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas-PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.* pp.76/77; BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas e a Constituição. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.* pp.103/104; BRAGA, Fabiana Andrada do Amaral Rudge. PPP: Fundo Garantidor, a execução das garantias e a compatibilidade com o sistema constitucional de precatórios. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.* p. 237 e ss; GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. *Op.cit.*, p. 272.

podem integrar o patrimônio do FGP, desde que observados os requisitos legais (art. 16 §§ 4º e 7º), ou seja, tratando-se de bens de uso comum ou uso especial, devem ser devidamente desafetados, deixando de integrar o patrimônio público. Portanto, não se trata de execução contra Fazenda Pública. São fundos privados em que se tem uma execução tipicamente privada.

Outro argumento a favor da possibilidade do FGP poder se submeter ao regime de execução e acionamento de garantias próprios de empresas privadas, refere-se ao fato da União já ser autorizada pela Constituição Federal (art. 37, caput c/c art. 173 § 1º, II) a criar pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista) para desempenhar misteres seus, e para tanto, as exclui, ainda que parcialmente, do regime jurídico de direito público, inclusive da execução de dívidas pelo sistema de precatório, já que o art. 100, CF, aplica-se apenas à Fazenda Pública.¹⁷⁷ Portanto, iniciativas tanto por parte da União como dos demais entes federativos no sentido de criação de pessoas jurídicas de direito privado são legítimas desde que busquem viabilizar a uma finalidade pública. Através do oferecimento de garantias nos moldes do FGP, a União visa tornar mais atrativos os negócios firmados com parceiros privados, almejando uma atuação mais eficiente da Administração Pública na gestão de interesses públicos.

O entendimento que tem prevalecido doutrinariamente¹⁷⁸ é no sentido da compatibilidade do sistema de garantias do Fundo Garantidor com a regra constitucional dos precatórios, pois esta forma de especial de processo executivo só encontra fundamento e se justifica na natureza indisponível dos bens públicos, o que não ocorre na hipótese do FGP. Alega-se, outrossim, que afirmações em sentido contrário, negam o desafio que atualmente se impõe ao poder público de, malgrado a reverência devida aos regramentos constitucionais,

¹⁷⁷ O art. 475, I do CPC traz o conceito de Fazenda Pública: União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, incluindo-se as suas respectivas autarquias, bem como as fundações instituídas pelo poder público que sejam regidas, em relação aos seus bens, pelo regime jurídico de direito público. Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista não se inserem nesse conceito. Não obstante, uma ressalva deve ser feita em relação às empresas estatais prestadoras de serviços públicos. O entendimento consagrado no Supremo Tribunal Federal é no sentido de que se deve diferenciar as empresas estatais que explorem atividade econômica e que, portanto, se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, §1º da CF/88) das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, às quais não se aplica o disposto no art. 173, §1º da CF/88, portanto não são equiparadas às empresas privadas e integram o conceito de Fazenda Pública. Logo, seus bens são impenhoráveis, estando sujeita à execução própria das pessoas públicas (art. 100, CF/88), assim como têm direito à imunidade tributária. Neste sentido, voto do Ministro-Relator Eros Roberto Grau, proferido na Ação Civil Originária nº. 958/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Originária nº. 958/DF. Autor: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Réu: Distrito Federal. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 03 de outubro de 2007. DJU: 09.10.2007 p. 00020. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 15 mar. 2008.

¹⁷⁸ Por todos: BRAGA, Fabiana Andrada do Amaral Rudge. PPP: Fundo Garantidor, a execução das garantias e a compatibilidade com o sistema constitucional de precatórios. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.*, p.223 e ss.

revisar a sua posição nas relações negociais com a iniciativa privada, ao fito de buscar um possível equilíbrio em tais relações, tendo em vista a demanda por uma revisão da estrutura burocrática do Estado. Cada vez mais, exige-se uma atuação mais eficiente e competitiva na gestão dos interesses públicos e a redução dos riscos das atividades negociais do Estado. Sendo assim, defende-se a plena legitimidade do oferecimento das garantias contratuais por parte do parceiro público, “desde que a sua instituição se mantenha consentânea com o sistema de princípios da Carta Constitucional, e, em última análise fiel ao interesse público.”¹⁷⁹

5 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Outro aspecto polêmico que envolve as parcerias público-privadas diz respeito à compatibilidade dos contratos de PPP com a Lei de Responsabilidade Fiscal. As preocupações decorrem do fato da Lei 11.079/2004 permitir a entrega de substanciais quantias pelo parceiro público por um longo período de tempo. Tendo em vista essa circunstância considerou-se o risco dos projetos de PPPs acarretarem o comprometimento desmesurado das finanças públicas.

Com vistas a tentar evitar esses riscos fiscais, a Lei 11.079/2004 procurou se armar com alguns antídotos. Em primeiro lugar, diante do temor de aplicação do regime de PPP a qualquer contrato feito pelo poder público - inclusive àqueles que tradicionalmente seguem a Lei 8.666/1993- como é o caso da execução de obra pública ou de mera prestação de serviços- consagrou-se o caráter residual e excepcional dos contratos de parceria, que é evidenciado pelas exigências a serem observadas pela Administração antes da decisão sobre a celebração dos contratos. Neste sentido, destacam-se a necessidade de verificação da “sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas dos projetos de parceria” (art. 4º, VII). Ademais, como já visto na seção 3.2.1 referente às peculiaridades do procedimento licitatório, a

¹⁷⁹ Ibid.p. 240.

abertura do processo de licitação está condicionada a autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre “a conveniência e oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada” (art. 10, I “a”). É necessário também que a minuta de edital e de contrato seja submetida à consulta pública, que deverá “informar a justificativa para contratação” (art. 10, VI). Outra exigência é a de que concessões patrocinadas em que mais de setenta por cento da remuneração do parceiro privado forem pagos pela Administração Pública dependerão da “autorização legislativa específica” (art.10 §3º).¹⁸⁰ Por fim, há a exigência de observância da “responsabilidade fiscal na celebração e execução de parcerias.” (art 4º, IV).

No capítulo anterior, foi visto que a obediência à Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), tanto na celebração como na execução dos contratos de parceria, foi consagrada como uma das diretrizes nas contratações de parceria público-privada (art. 4º, IV da Lei 11.079/2004). É nesse contexto que se inserem os dispositivos da Lei de PPPs que repetem os preceitos já contidos na LC 101/2000.

O art. 10, I da Lei 11.079/2004, impõe a necessidade de estudo técnico, que além de comprovar a conveniência e oportunidade da contratação (art. 10, I, “a”), deve conter: o demonstrativo de que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei de Responsabilidade Fiscal, havendo a obrigação de que seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, sejam compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa (art.10, I, “b”); e quando for o caso, o demonstrativo de que os limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei de Responsabilidade Fiscal foram cumpridas (art. 10, I, “c”).

Além do estudo técnico, a lei ainda determina que: (i) seja elaborada estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato (art. 10, II); (ii) seja feita declaração do ordenador da despesa no sentido de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e estão previstas na Lei Orçamentária Anual (art. 10, III); Esses dois requisitos são os mesmos condicionantes já impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, no seu art. 16, para qualquer aumento de despesa pública.¹⁸¹ É coerente a exigência do legislador , visto

¹⁸⁰ Antônio Carlos Cintra do Amaral critica o fato de a Lei não exigir essa autorização legislativa específica nas concessões administrativas, já que nessas a contraprestação da Administração é de 100%. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *As Parcerias Público-Privadas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conlicitacao.com.br/futuro/ppp/comentarios/cintra115.php>> Acesso em: 20 fev. 2008.

¹⁸¹ Fernão Justen de Oliveira salienta que essa repetição direta de dispositivos da LC 101/2000 na Lei 11.079/2004, surte ao menos dois efeitos: “a unidade do regime jurídico sobre gestão de finanças públicas

que não se admite que o crescimento de gasto público se dê de forma indiscriminada e sem uma adequada vinculação às leis orçamentárias. A lei também exige que: (iii) seja demonstrada a suficiência do fluxo de recursos públicos para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pelo poder público (art. 10, IV). Busca-se aqui elaborar uma projeção econômica do quantitativo de recursos que serão gastos em cada exercício financeiro que durar o contrato de PPP, o que constitui tarefa complexa, pois os acontecimentos econômicos, sociais e financeiros são imprevisíveis no momento da elaboração da estimativa, mormente se considerar um contrato cujo prazo de duração pode alcançar trinta e cinco anos. Por fim, exige-se (iv) previsão do objeto da parceria no Plano Plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado (art. 10, V). Trata-se de mera explicitação do art. 167, §1º da CF/88, que prescreve que nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão do Plano Plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade fiscal.

Cumprir acentuar que o escopo de todas essas estimativas e declarações, qual seja, evitar comprometimento indiscriminado de gastos públicos, pode restar frustrado, em virtude da dificuldade de se levar em consideração as variantes remuneratórias do parceiro privado. Isto porque, como já visto, a Lei de PPPs, em seu art. 6º, parágrafo único, prevê a possibilidade da remuneração do parceiro privado ser variável, vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. Essa previsão, ao mesmo tempo em que busca incentivar a eficiência do parceiro privado, gerando, portanto, benefícios tanto para a Administração como para a coletividade, pode vir a dificultar as estimativas de gastos do poder público com contratos de PPPs.

De todo modo, os dispositivos citados acima são apenas fixadores do princípio da responsabilidade fiscal e não suscitam intensos debates. Em termos de importância prática, o preceito legal que realmente amenizou a preocupação dos críticos da possibilidade de as parcerias público-privadas propiciarem a irresponsabilidade fiscal foi o art. 22 da Lei 11.079/2004 – o chamado “dispositivo do acordo”¹⁸²- que autoriza a União a celebrar contratos dessa natureza apenas quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um) por cento da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos

para as três espécies de concessão e a redução o campo hermenêutico do intérprete”. OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Op. cit.*, p.157.

¹⁸² ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas-PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.* p.72.

dez anos subseqüentes, não excedam a 1% (um) por cento da receita corrente líquida¹⁸³ projetada para os respectivos exercícios. É dizer: gastos anuais da União com todas as parcerias contratadas deverão ser inferiores a 1% (um) por cento de suas despesas correntes líquidas. A medida almeja reduzir os riscos de incapacidade de pagamentos futuros.

Surgiu, contudo, o problema da constitucionalidade formal desse artigo 22, visto que normas de finanças públicas só podem tratadas por lei complementar, a teor do que dispõe o art. 163, I da CF/88. A solução encontrada foi fazer com o art. 22 se dirigisse apenas à União, como uma autolimitação de gastos e não como uma norma de finanças públicas. Não obstante, persistia a necessidade de fixar esse limite de despesa com contratos de PPP aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Como não era possível forçar esses entes federativos a cumprir o limite sem uma lei complementar que o estabelecesse, a solução dada foi impor essa obrigatoriedade de forma indireta, por meio da criação de regra (art. 28 da Lei 11.079/2004) que impede, pelos idênticos critérios do art. 22, a concessão de garantias e repasse das transferências voluntárias da União para Estados, Municípios e Distrito Federal.

Discute-se a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.079/2004, mormente no que concerne à vedação integral das transferências voluntárias da União para os demais entes federativos, posto que essa regra incidiria em desvio de poder legislativo ao prever um efetivo sancionamento, embora por via transversa, ao Estado ou Município cuja conduta não se conformar à regra restritiva do art. 22 da Lei 11.079/2004.¹⁸⁴

Outro aspecto a ser ressaltado refere-se à regra prevista no § 2º do art. 28 que prevê a inclusão, para fins de cálculo desse limite de 1% (um por cento), dos dispêndios com contratos de PPP efetuados por empresas estatais consideradas não-dependentes. Note-se que no projeto de lei federal, o art. 28, §3º¹⁸⁵ previa uma compensação para esse caso de empresas estatais não-dependentes. Inobstante, tal dispositivo foi vetado pelo presidente da República sob o argumento de que a norma criaria uma injustificada exceção à regra geral, fragilizando o mecanismo de disciplina fiscal pretendido.

¹⁸³ A receita corrente líquida é, basicamente, o somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos, entre outros valores, as transferências constitucionais compulsórias a outros entes da federação (art. 2º, IV e §§ 1º a 3º da LC 101/2000).

¹⁸⁴ Neste sentido: OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Op. cit.*, p.159. MONTEIRO, Vera. Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil. Aspectos Fiscais desse novo modelo de contratação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Op. cit.*, p.107. Em sentido oposto, Alexandre Santos de Aragão, assevera que se a questão for analisada do ponto de vista da necessidade de equilíbrio fiscal global do conjunto das atividades desses entes, o argumento de desvio de poder não se sustenta. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Parcerias Público-Privadas-PPPs no Direito Positivo Brasileiro*. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op. cit.* p.73.

¹⁸⁵ Art. 28, § 3º: "Para os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista, não dependentes, a base de cálculo do limite previsto no caput deste artigo deverá ser ajustada, para cada empresa, de forma a incluir a respectiva receita de vendas e serviços."

Nesse ponto, cumpre diferenciar as empresas estatais dependentes¹⁸⁶ das empresas estatais não dependentes. É ressaltado que somente as primeiras devem obediência a Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 1º, §§ 2º e 3º, inciso I, alínea “b” da LC 101/2000). Tendo em vista que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal trata as empresas não-dependentes de modo que seus indicadores não causam impacto nos índices de endividamento do Estado, questiona-se o fato da Lei 11.079/2004 prever que as despesas das estatais não-dependentes com parcerias devem ser computadas no limite de 1% (um por cento). Destarte, há entendimento¹⁸⁷ no sentido de que o art. 28, §2º somente se aplica às empresas estatais dependentes, visto que eventual complementação de remuneração devida por uma estatal dependente, em um contrato de PPP, será sempre feita com recursos do caixa único do Estado. Como o propósito da restrição de contratação no limite de 1% (um) por cento da receita corrente líquida é proteger o tesouro nacional, faz sentido a imposição da referida restrição às empresas estatais desde que sejam dependentes.

A par dessas discussões, outro intenso debate firmado durante o processo legislativo envolveu a forma de contabilização das obrigações contraídas pelo poder público nos contratos de PPP, se como *dívida pública*, na forma dos art. 29 e ss da Lei de Responsabilidade Fiscal ou como *despesa corrente*, com a aplicação da metodologia estabelecida nos 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Cumpre aqui diferenciar as duas hipóteses: se a obrigação assumida pelo governo com as parcerias público-privadas for contabilizada como dívida, deverá obedecer a uma série de requisitos previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 29 e ss.), como limite de dívida (art. 30) e condições para contratar operações de crédito (art. 32), o que poderia, certamente, dificultar a contratação.¹⁸⁸ Caso seja contabilizada como despesa de caráter continuado somente se aplica controle de fluxo (art. 17) e atendimento aos preceitos de responsabilidade fiscal (art. 16), que como visto, já estão incorporados no art. 10 da Lei 11.079/2004.

¹⁸⁶ Empresa estatal dependente é empresa controlada que recebe do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária. (art. 2º, III da LC 101/2000).

¹⁸⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. As parcerias público-privadas e sua aplicação pelo Estado de São Paulo. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Op.cit.*,p.531;MONTEIRO, Vera. Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil. Aspectos Fiscais desse novo modelo de contratação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Op.cit.*,p.107.

¹⁸⁸ O art. 30, I da LC 101/2000 dispõe que deverão ser fixados, pelo Senado Federal, os limites para a dívida pública consolidada ou fundada e para as operações de crédito dos entes da Federação, na forma do que preceitua o art. 52, VI a IX da CF/88. Embora a fixação de tais limites seja de competência do Senado Federal, a Lei de Responsabilidade Fiscal estabeleceu certos parâmetros no art. 30 § 3º: “Os limites de que tratam os incisos I e II do *caput* serão fixados em percentual da receita corrente líquida para cada esfera de governo e aplicados igualmente a todos os entes da Federação que a integrem, constituindo, para cada um deles, limites máximos.”

A Lei 11.079/2004 se limitou a atribuir à Secretaria do Tesouro Nacional do Tesouro Nacional a competência para editar as “normais gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada” (art. 25 da Lei 11.079/2004). No dia 21 de agosto de 2006, a Secretaria do Tesouro Nacional (STN), por meio da Portaria STN nº. 614 (DOU 22.08.06), expediu a regulamentação de regência da contabilização dos contratos de Parcerias Público-Privadas (PPPs), cujo art. 2º estabelece que o “critério para registro das parcerias nas demonstrações contábeis dos entes públicos, deverá refletir a essência de sua relação econômica com as sociedades de propósito específico (SPE) constituídas para operacionalizar a PPP (art. 2º) ”.

Importa repisar que PPP requer apurado esquema de transferência (compartilhamento) de riscos para o parceiro público, em nítida diferenciação quanto aos contratos administrativos de obras e serviços e aos contratos de concessão comum de serviços públicos. Sendo assim, a Portaria nº. 614 determina que a contabilidade das PPPs (demonstrações contábeis) manifeste claramente a estrutura de compartilhamento de riscos, sejam riscos de demanda, de construção e de disponibilidade.

A doutrina majoritária¹⁸⁹ já vinha defendendo, antes mesmo da regulamentação pela Secretaria do Tesouro Nacional, que contrato de PPP não gerava endividamento público, mas despesa de custeio, na medida em que, se o instituto for corretamente empregado, ou seja, em uma PPP propriamente dita, o que a Administração busca é a gestão de um serviço pelo particular. O Estado não encomenda simplesmente uma obra cujo pagamento será feito em parcelas, mas tão somente a operação contínua de uma utilidade. Nessa senda, assevera Vera Monteiro¹⁹⁰ “que a assunção de obrigação futura pelo Estado, derivada do contrato assinado com o particular para prestação do serviço, não se confunde com obrigação financeira”, termo utilizado no conceito de “dívida pública consolidada”, no art. 29, I da LC 101/2000.¹⁹¹

É evidente que por constituírem obrigações de pagamento do poder público acarretam aumento da despesa global, conseqüentemente a Lei de Responsabilidade Fiscal deve ser

¹⁸⁹ C.f. ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas-PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. *Op.cit.* p.72. MONTEIRO, Vera. Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil. Aspectos Fiscais desse novo modelo de contratação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Op.cit.*, p.113; SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. *Op.cit.*, p.43. Em sentido oposto, defendendo que o endividamento resultante de contrato de PPP gera dívida pública consolidada: BLANCHET, Luiz Alberto. Parcerias público-privadas. Curitiba: Juruá, 2005, p. 62 *apud* GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. *Op.cit.*, p.296.

¹⁹⁰ MONTEIRO, Vera. Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil. Aspectos Fiscais desse novo modelo de contratação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Op.cit.*, p.111.

¹⁹¹ Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições: I - dívida pública consolidada ou fundada: montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses.

cumprida, mormente no que dispõe sobre a necessidade de realização de estimativa do impacto orçamentário-financeiro (art. 16 da LC 101/2000) e demonstrativo da origem dos recursos para seu custeio (art. 17, §1º da LC 101/2000).

A Portaria 614/2006 traçou as linhas gerais para contabilização das contas do setor público e reforçou a necessidade de observância dos limites previstos na legislação de responsabilidade fiscal. Em termos práticos, os entes federados têm definido as despesas relativas aos contratos de PPP como despesas obrigatórias de caráter continuado, a título de exemplo, menciona-se o Estado do Rio de Janeiro, cuja Lei de PPPs nº. 5.068/2007, em seu art. 36, expressamente determina que as despesas relativas ao Programa de Parcerias Público-Privadas são contabilizadas como despesas obrigatórias de caráter continuado. Da mesma forma, o art. 15 da Lei 9.290/2004 do Estado da Bahia, antes mesmo da Portaria nº 614/2006, já estabelecia que os contratos de PPPs implicam em despesas de caráter continuado, submissas ao que disciplina a Lei de Responsabilidade Fiscal.

A despeito da ampla previsão legal no sentido de limitar as despesas da União e dos demais entes federados com contratos de PPP, não há dúvidas de que esse mecanismo contratual constitui uma forma de expandir despesas públicas intertemporalmente. Existe o grave risco das parcerias público-privadas se transformarem em uma forma de fazer despesas públicas sem seguir o processo orçamentário tradicional, comprometendo a sustentabilidade fiscal. Daí a necessidade de transparência nos compromissos futuros assumidos, seja em relação às contraprestações públicas, como também aos riscos que o setor público assumirá em cada contrato. Ademais, é indispensável a complexa tarefa de verificação do impacto fiscal desses compromissos sobre a sustentabilidade das contas públicas do ente envolvido.

6 CONCLUSÃO

Expostos os principais aspectos em torno das parcerias público-privadas no cenário brasileiro, depreende-se que o objetivo do poder público com a adoção do instituto é viabilizar investimentos em infra-estrutura e provisão de serviços públicos pela iniciativa privada, em um cenário de escassez de recursos públicos para realização de tais investimentos. É neste contexto que a Lei 11.079/2004, que institucionalizou as parcerias público-privadas, foi anunciada pelo governo federal como um grande avanço e instrumento crucial para viabilizar o desenvolvimento econômico do país.

Entretanto, não se pode perder de vista que as PPPs consubstanciam meras fórmulas jurídicas, que não possuem, em si mesmas, capacidade de atrair investimentos e resolver os sérios problemas de infra-estrutura que assolam o país. Além das perplexidades suscitadas pela própria Lei - que têm sido discutidas no âmbito doutrinário, mas ainda não foram submetidas ao devido exame judicial para análise de eventuais inconstitucionalidades, mormente em relação ao amplo espectro de garantias oferecidas pelo poder público ao parceiro privado e aos financiadores dos projetos de PPP, assim como a questão da compatibilidade dos ditames da Lei 11.079/2004 com a Lei de Responsabilidade Fiscal - em termos práticos, o processo de implementação desse mecanismo tem se mostrado extremamente complexo tanto para o setor público como para a iniciativa privada.

Presentes no cenário nacional desde 2003 (âmbito estadual) e 2004 (âmbito federal), as parcerias público-privadas, como alternativa para implementação de projetos de infra-estrutura e prestação de serviços públicos, ainda não constituem uma realidade nem no plano

federal e nem na maioria dos Estados e Municípios brasileiros. Enquanto as PPPs federais continuam sendo apenas uma promessa, a adoção do mecanismo anda em ritmo lento nos poucos Estados que conseguiram retirar do papel ao menos um projeto de PPP. Esse cenário decorre fundamentalmente da ausência de projetos claros, bons estudos de viabilidade, da falta de segurança que impera nos contratos a longo prazo com a Administração Pública e da instabilidade institucional e regulatória do país. Na pendência de tais esclarecimentos, dificilmente terá êxito o propósito das parcerias público-privadas, qual seja, viabilizar a realização de investimentos, permitindo a redução de gargalos da infra-estrutura econômica.

As PPPs exigem estudos e planejamentos aprofundados, que devem anteceder a escolha dos projetos, para identificar informações como a perspectiva de fluxo de usuários e de receitas e a capacidade de pagamento por parte dos usuários (nas concessões patrocinadas); o volume de investimentos necessários para construir o empreendimento; estimativa dos custos de operação e manutenção e dos riscos para os parceiros; desafios técnicos e de engenharia; realização de licitações que se prestem à efetiva comparação dos distintos aspectos das propostas apresentadas para seleção do melhor negócio - assim entendido aquele que atende não só aos interesses imediatos da Administração, mas, sobretudo, aos interesses de médio e longo prazo da sociedade.

Outro aspecto que deve ser cuidadosamente analisado no processo de implantação das parcerias público-privadas diz respeito à questão da contabilidade dos contratos de PPPs. Uma das principais justificativas para a implantação do instituto está atrelada ao fato que por meio das PPPs, o poder público poderia viabilizar investimentos em infra-estrutura, sem que isso causasse impactos imediatos sobre o quadro de endividamento público. Em sede de investimento público tradicional, *v.g.*, uma execução de obra pública regida Lei 8666/1993, a contabilização é feita de forma que a despesa é registrada no momento da execução dessa obra, visto que se exige o desembolso praticamente imediato do Estado para efetuar o pagamento. Diferentemente, as PPPs são orçadas e registradas ao longo do tempo, havendo a possibilidade de se diluir por vários anos (podendo chegar em até trinta e cinco anos) o montante de recursos necessários para cumprir com as obrigações do poder público. Dessa forma, é possível que governantes assumam pesados compromissos futuros para que as próximas gerações arquem como o ônus do pagamento, fazendo com que as PPPs sejam identificadas como uma forma de simplesmente realizar despesa para a qual não se dispõe, presentemente, de recursos orçamentários, projetando-se para o futuro o pagamento. Frise-se que essa conta pode não demorar a chegar, pois, como visto, em Portugal, o governo já

enfrenta sérios problemas para honrar os compromissos de PPP resultantes dos contratos de rodovias sob o formato de pedágio-sombra.

Tendo em vista a notória complexidade em torno dos projetos de PPP, o amplo conjunto de garantias conferidas pelo Estado aos parceiros privados e seus financiadores, assim como, o grave risco de comprometimento da sustentabilidade fiscal dos entes envolvidos nesses projetos, é intuitivo que a adoção desse mecanismo contratual deve ser a última opção do poder público. Se não for assim, a PPP não será uma alternativa, mas a única opção aceitável pelas empreiteiras do setor privado, que só consentirão em participar de concessões sem risco de mercado, fazendo com que a contratação por meio de PPPs sirva tão somente para o melhor conforto dos capitais privados.

À vista do exposto, conclui-se que o Brasil não deve se lançar impensadamente em projetos de PPP sem estimar, do modo mais intenso possível, as possíveis dificuldades a serem enfrentadas no âmbito das parcerias público-privadas. É errônea a crença de que a tal modalidade de arranjo entre iniciativa pública e privada representa a solução definitiva para os gargalos de infra-estrutura do país. Se for mal concebida e, sobretudo mal administrada, a PPP além de falhar como mecanismo de atração de investimentos, poderá acentuar crises fiscais, assim como pode ser fonte de profunda iniquidade entre os agentes privados que atualmente operam nos setores de infra-estrutura (concessionários comuns) e aqueles que chegarão já protegidos pelo mecanismo de garantias criado pela Lei 11.079/2004.

Repise-se que o mero arcabouço legal da parcerias público-privadas não é suficiente para solucionar os problemas de falta de investimento em infra-estrutura do país. A busca por possíveis soluções para os gargalos de infra-estrutura perpassa por outras questões, tais como: a necessidade de estabilidade econômica e política; disseminação de uma sólida expectativa de cumprimento dos contratos administrativos; estabelecimento de uma clara política regulatória. Sem a superação dos obstáculos previamente apontados, parecem simplificadores da realidade os ares de solução definitiva para o déficit de investimentos em infra-estrutura, que por vezes são atribuídos a essa iniciativa tão complexa e amplamente dependente de legitimação popular como a parceria público-privada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Mansueto.F; PESSOA, Samuel de Abreu. **Parceria Público-Privada - Princípios básicos que devem nortear a nova legislação**. Assessoria Econômica do Gabinete do Senador Tasso Jereissati. Junho de 2004. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/senador/tassojereissati/NoticiasCapa/ppp7.htm> >. Acesso em: 10 fev. 2008.

ALVARENGA, José Eduardo. Parcerias Público-Privadas: breves comentários. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº.2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 05 jan. 2008.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. As Parcerias Público-Privadas no Brasil. Disponível em:<<http://www.conlicitacao.com.br/futuro/ppp/comentarios/cintra115.php>> Acesso em: 20 fev. 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Delegações de serviço público. In:**Interesse Público**, São Paulo, v. 8, n. 40, p. 109-161, nov./dez. 2006.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRA-ESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE (ABDIB). Levantamento dos projetos federais de PPPs. Disponível em:<http://www.abdib.org.br/index/destaque_abdib_detalhes.cfm?id_destaque=289> Acesso em: 10 maio 2008.

BAHIA. Lei nº. 9290, de 27 de dezembro de 2004. Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado da Bahia - PPP Bahia e dá outras providências. **Diário Oficial [do] Estado da Bahia**, 28 dez. 2004. Disponível em: <<http://www2.casacivil.ba.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>> Acesso em 24 maio 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Tomos II.

BELLO, Enzo. **Política, cidadania e direitos sociais: um contraponto entre os modelos clássicos e a trajetória da América Latina**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Orientador: Prof. Dr. José María Gómez. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio Janeiro, 2007. 199 f.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Decreto nº. 5.411, de 06 de abril de 2005. Autoriza a integralização de cotas no Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP, mediante ações representativas de participações acionárias da União em sociedades de economia mista disponíveis para venda e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 abr. 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5411.htm> Acesso em 20 abr. 2008.

_____. Lei nº. 4320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 mar. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm> Acesso em: 30 abr. 2008.

_____. Lei nº. 8666/1993, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> Acesso em: 19 dez. 2007.

_____. Lei nº. 8987/1995 de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm> Acesso em 19 dez. 2007.

_____. Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade

de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 jul. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm> Acesso em: 02 maio 2008.

_____. Lei nº.11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2004/Lei/L11079.htm> Acesso em 19 dez. 2007.

_____. Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 maio 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm> Acesso em 30 abr. 2008.

_____. Portaria nº. 614, de 21 de agosto de 2006 da Secretaria da Fazenda Nacional. Estabelece normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada - PPP, de que trata a Lei nº. 11.079, de 2004. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 ago. 2006. Disponível em: <http://www.stn.fazenda.gov.br/ppp/downloads/Portaria_614_210806.pdf> Acesso em 30 abr. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº. 11308/ DF. Agravante: União Federal. Agravado: TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 28 de junho de 2006. **DJU** 14.08.2006, p. 251. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200502127630&dt_publicacao=14/08/2006> Acesso em: 10 abr. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº.927-3/RS. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 03 de novembro de 1993. **DJU** 11.11.1994, p. 00039. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 30 mar. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. nº. 52.181/ GB-Guanabara. Agravante: União Federal. Agravado: Espólio de Henrique Lage. Relator: Ministro Bilac Pinto. Brasília, DF, 14 de novembro de 1973. **DJU** 15.02.1974. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 27 mar. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5206 -7 Reino da Espanha. Agravante: MVB Commercial and Export Management Establishment. Agravado: Resil Indústria e Comércio LTDA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2001. **DJU** de 30-04-2004, p. 00029. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 27 mar. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Originária nº. 958/ DF. Autor: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Réu: Distrito Federal. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 03 de outubro de 2007. **DJU**: 09.10.2007 p. 00020. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 15 mar. 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPP's) e desafios regulatórios. In: **Ajuris**, Porto Alegre, v. 32, n. 100, p. 201-228, dez. 2005.

FREGONI, Silvia. Fundo Garantidor das PPPs eleva patrimônio em 68,6%. **Estadão.com.br**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/economia/not_eco72970,0.htm > Acesso em: 15 abr. 2008.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Parcerias Público-Privadas**. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XVII, Editora Lumen Juris, 2006.

GOIÁS. Lei nº. 14.910, de 11 de agosto de 2004. Dispõe sobre a instituição do Programa de Parcerias Público-Privadas, da constituição da Companhia de Investimentos e Parcerias do Estado de Goiás e dá outras providências. **Diário Oficial [do] Estado de Goiás**, 17 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.gabinetecivil.goias.gov.br> > Acesso em 24 maio 2008.

GOVERNADORES do Nordeste querem ampliar limite das PPPs. **Valor Econômico**. São Paulo, 15 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.udop.com.br/link.php?cod=89328&item=noticia1>>. Acesso em 28 abr. 2008.

GOVERNO quer usar BNDES para dar agilidade às PPPs. **Valor econômico**. São Paulo. 05 jul. 2007. Disponível em: <<http://www.udop.com.br/geral.php?item=noticia&cod=72556>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

HARADA, Kiyoshi. Artigo 8º da Lei 11.079/2004, conhecida como Lei das PPP's, que permite a vinculação de receitas públicas e instituição ou utilização de fundos especiais previstas em Lei. In: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 13, n. 63, p. 335-346, jul./ago. 2005.

_____. Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 597, 25 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>>. Acesso em: 17 nov. 2007.

_____. Parcerias Público-Privadas – PPPs. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 25 set. 2004. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/2287>. Acesso em: 15 ago. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. As Parcerias Público-Privadas(PPPs). Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=20266>. Acesso em 25 set. 2007.

_____. As parcerias público-privadas e a observância dos princípios constitucionais. In: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 56, n. 3, p. 205-225, jul./set. 2005.

MINAS GERAIS. Lei nº. 14.868, de 16 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas. **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, 17 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/legislacao/legislacao-de-ppp-em-minas>> Acesso em: 20 mar. 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. Breves notas sobre a parte geral da Lei das parcerias público-privadas. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 848, p. 11-26, jun. 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006

NATIONAL AUDIT OFFICE (NAO). PFI: Construction Performance. Report by the comptroller and auditor general HC 371-Session 2002-2003: 5 February 2003. Disponível em: <http://www.nao.org.uk/publications/nao_reports/02-03/0203371.pdf> Acesso em: 02 abr. 2008.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria Público-Privada: aspectos de Direito Público Econômico**(Lei 11.079/2004). Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto (Coord.). **Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PAC 4º Balanço janeiro a abril de 2008. Disponível em:
<<http://www.brasil.gov.br/pac/balancos/4balanco/>> Acesso em: 17 jun. 2008.

RIO DE JANEIRO. Lei nº. 5.068, de 10 de julho de 2007. Institui o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas-PROPAR. **Diário Oficial [do] Estado do Rio de Janeiro**, 11 jul. 2007. Disponível em: < <http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm> > Acesso em 25 maio 2008.

RITTNER, Daniel. O fracasso das PPPs. **Valor Econômico**, São Paulo, 11 set. 2007. Disponível em: <<http://www.udop.com.br/link.php?cod=76884&item=noticial1.>> Acesso em 20 jan. 2008.

SANTA CATARINA. Lei nº. 12.930, de 04 de fevereiro de 2004. Institui o marco regulatório dos programas de parceria público-privada no âmbito do Estado de Santa Catarina, entre outras providências. **Diário Oficial [do] Estado de Santa Catarina**, 05 dez. 2004. Disponível em: <http://200.192.66.20/alesc/docs/2004/12930_2004_lei.doc > Acesso em: 25 maio 2008.

_____. Decreto nº. 1.932, de 14 de junho de 2004. Regulamenta a Lei nº. 12.930, de 04 de fevereiro, de 2004, que institui o marco regulatório dos programas de parcerias público-privada no âmbito do Estado de Santa Catarina, entre outras providências. **Diário Oficial [do] Estado de Santa Catarina**, 15 jun. 2004. Disponível em:
< http://www.spg.sc.gov.br/menu/ppp/arquivos/Decreto_1932_SC.doc > Acesso em: 24 maio 2008.

SÃO PAULO. Lei nº. 11.688/2004, de 19 de maio de 2004. Institui o Programa de Parcerias Público-privadas PPP, e dá outras providências. **Diário Oficial [do] Estado de São Paulo**, 20 maio 2004. Disponível em: <<http://www.planejamento.sp.gov.br/ppp/default.asp#> > Acesso em: 25 maio 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Direito Administrativo das Parcerias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito Administrativo em Debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros 2007.

TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005.

TALENTO, Biaggio. Lula diz que Lei de Licitações atrapalha obras. **O Globo**. Rio de Janeiro, 10 maio 2008.

WORLD Bank .International Bank for Reconstruction and Development and International Finance Corporation Country Assistance Strategy Progress Report for Federative Republic of Brazil for the period 2004-2007. Disponível em:<siteresources.worldbank.org/INTBRAZIL/Resources/CASProgressReport.pdf> Acesso em 11 abr.2008