

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

JULIANA ANDRADE CARNEIRO

A INFLUÊNCIA INGLESA E AS INOVAÇÕES DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA
NO BRASIL

FORTALEZA/CE
2006

JULIANA ANDRADE CARNEIRO

A INFLUÊNCIA INGLESA E AS INOVAÇÕES DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA
NO BRASIL

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. MARIA CELINA AQUINO
SERRA

FORTALEZA/CE

2006

JULIANA ANDRADE CARNEIRO

A INFLUÊNCIA INGLESA E AS INOVAÇÕES DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA
NO BRASIL

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Profa. Maria Celina Aquino Serra (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará

Profa. Fernanda Cláudia Araújo da Silva Vaccari
Universidade Federal do Ceará

Louise Araújo Barbosa

À Deus.

Aos meus pais, Ayrton e Juracimira pelo apoio e amor incondicional.

“Tudo vale a pena se a alma não é pequena”.

Fernando Pessoa

RESUMO

Relata a experiência inglesa nos contratos de parceria público-privadas, bem como, sua influência no instituto de outros países, principalmente, o Brasil. Aborda, ainda, a Lei brasileira nº 11.079/2004, relacionando didaticamente seus aspectos, falhas, riscos e benefícios. Expõe dados das experiências, inglesa, portuguesa e chilena, bem como, seus erros e acertos. Traz histórico mundial e brasileiro que levou ao surgimento da PPP nos ordenamentos mundiais. a base legislativa existente no âmbito jurídico nacional. Apresenta o conceito e características, natureza jurídica, além de todos os aspectos de aplicação da Lei nº 11.079. Destaca as possibilidades de sucesso e fracasso da aplicação do instituto no Brasil, baseado na experiência internacional.

Palavras-chave: Parceria público-privada. Experiência inglesa. Lei nº 11.079.

SUMARIO

Introdução.....	1
1) A experiência inglesa nos contratos de parceria público privada	
1.1 Aspectos mundiais antecedentes que ensejaram a parceria público privada.....	3
1.2 Histórico das PPP's no Reino Unido.....	5
1.3 Influência inglesa nos contratos de parceria publico privada e a experiência de outros países.....	9
1.3.1 A experiência de Portugal.....	10
1.3.2 A experiência do Chile	11
2) A parceria publico privada no Direito brasileiro.....	15
2.1 Considerações gerais.....	15
2.2 Conceito e natureza jurídica dos contratos de parceria público privada.....	17
2.3 Aspectos gerais da Lei 11.079/2004.....	20
3) Criticas e os riscos e benefícios da Lei 11.079/2004.....	31
3.1 Principais criticas à Lei 11.079/2004.....	31
3.2 Possíveis risco e benefícios das PPP's no Brasil.....	35
Conclusão.....	39
Referencias.....	41

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo, em conceito simplificado e abrangente, é aquele que trata das relações entre o Estado e a coletividade. Desta forma, qualquer mudança ou revolução, que afete as características e tragam novas correntes teóricas sobre o Estado e a sociedade gera modificações em tal ramo do Direito.

Desta forma, as diversas transformações do pensamento político refletem na forma de intervenção do Estado na vida social. Portanto, desde a passagem do estado absolutista, ao estado liberal ao intervencionista e ao neoliberal atual, que as formas de contratação com os particulares vem se aperfeiçoando.

Assim, tendo em vista as novas tendências neoliberais de desestatização e a necessidade crescente de investimentos em serviços de infra-estrutura estatal, que surgem no cenário internacional os contratos de parceria público-privada.

Foi no Reino Unido que esta forma de contratação teve início e deu-se com maior intensidade, como reflexo da reorganização do setor patrimonial público inglês. Devido a sua forma de atração de capital privado para investimentos no setor público, as PPP's tem sido utilizadas em vários países da Europa, África, América latina, dentre outros.

Portanto, dentro do cenário em que se encontrava a economia nacional e, em função do sucesso que a contratação sob a forma de PPP vinha conseguindo em outros países, também o Brasil editou a sua própria Lei.

Desta feita, foi publicada no Diário oficial de 31 de dezembro de 2004, a Lei 11.079, que dispõe sobre os contratos de parceria público-privada e que será alvo de comentários neste trabalho.

Neste estudo, enfocaremos a experiência inglesa nos contratos de parceria público-privada, por ser a mais emblemática e bem sucedida, como também, a sua influência no instituto português e chileno, por serem os mais parecidos com o Brasil, e no brasileiro.

Após, de forma mais aprofundada, passaremos a análise da lei em comento com objetivo de perquirir de melhor conhecê-la. Além de tentar analisar sua efetividade, constitucionalidade e adequação a realidade brasileira.

Buscaremos chegar a conclusões sobre a PPP, se não seria ela mais uma forma de estatizar o prejuízo e privatizar o lucro? Quais os riscos da utilização das PPP's na administração pública? Quais suas vantagens?

Desta forma, o que se intenta com este trabalho é conhecer a experiência inglesa nas parcerias público-privadas, para a partir de então analisarmos a lei que disciplina o recente instituto aqui no Brasil, buscando contribuir pra o melhor entendimento e aplicação das PPP's.

1. A EXPERIÊNCIA INGLESA NOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Por ser pioneira e mais emblemática, a experiência dos contratos de parceria público-privada na Inglaterra tem grande importância neste trabalho, como ponto inicial de uma nova forma de contratação com particularidades que vem se difundindo com sucesso pelo mundo.

1.1 Aspectos históricos mundiais antecedentes que ensejaram a parceria público-privada

Em combate ao feudalismo, ao mercantilismo, as exigências de monarcas absolutistas e circunstâncias que impunham tributação indiscriminada e a manutenção de um estado de guerra constante, que somente traziam prejuízos à vida econômica e social da população, surge no século XVIII, o Liberalismo, corrente política baseada na filosofia iluminista.

Foi, então, através de três movimentos político-sociais, que o Estado Liberal passou do plano teórico para o plano prático. Primeiramente, a Revolução Inglesa, fortemente influenciada por John Locke e que teve sua expressão mais significativa no documento constitucional (*Bill of Rights*) de 1689; em segundo a *Revolução Americana*, cujos princípios foram expressos na Declaração de Independência das treze colônias americanas, em 1776; e em terceiro, e de maior importância, a *Revolução Francesa*, que teve sobre os demais a virtude de dar universalidade aos seus princípios, os quais foram expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Desta forma, no século XIX, principalmente após a Revolução Francesa tem-se o estabelecimento do Estado liberal, apoiado pela burguesia enriquecida e ávida por poder. O Estado mínimo ou Estado polícia era caracterizado pela intervenção mínima do Estado na vida social, pelo constitucionalismo e pela separação dos poderes, “pois ambos implicavam o enfraquecimento do Estado e, ao mesmo tempo, a preservação da liberdade de comércio e de contrato” (DALLARI, 1998, p.277).

No liberalismo, portanto, no qual vigorava a doutrina do *laissez-faire*, competia à Administração Pública apenas o poder de polícia, a garantia da ordem.

No entanto, o crescimento da injustiça social, já que o Estado não podia proteger os menos favorecidos, a exploração do proletariado e o impacto negativo da Primeira e o advento da Segunda Guerra Mundial, fizeram com que o liberalismo entrasse em crise, estimulando o intervencionismo da Administração Pública, como forma de superar a grave crise social e econômica.

Desde, então, (...) o Estado-polícia foi substituído pelo Estado de serviço, que emprega seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por uma intervenção decidida, algumas consequências mais penosas da desigualdade econômica. (DALLARI, 1998, p.279)

O Estado intervencionista e do bem-estar social passa, então, a ser o gestor da economia, assumindo os encargos de assegurar a prestação dos serviços fundamentais a todos os indivíduos. Desta feita, o Estado passou a não se limitar à polícia e a administração da justiça: financia, fabrica, comercia, gera a economia (DALLARI; 1998, p.280).

Contudo, a crise do petróleo na década de 70 e o aumento dos gastos públicos, ajudadas pelas baixas taxas de crescimento e as altas taxas de inflação contribuíram para a desarticulação do Estado intervencionista.

È nesse contexto que a partir da década de 80, o Estado reduz seu papel de executor assumindo o caráter de regulador, passando por processos de desburocratização, desregulamentação e desconstitucionalização de alguns setores importantes da máquina estatal.

Assim, diante da nova realidade neoliberal, caracterizada pela busca da estabilidade da moeda, baixos índices de inflação, pelas privatizações e quebra dos monopólios estatais, que surge novos mecanismos no Direito Administrativo para se alcançar a coordenação entre Estado e particulares na busca pelo bem estar social.

Nesse sentido, já na década de 90, é que começa a se desenvolver na Inglaterra uma nova modalidade de contratação entre o setor público e o particular, visando a atração do capital deste em investimentos de infraestrutura, através do compartilhamento do risco do empreendimento.

A Parceria Público-Privada, então, se apresenta como uma das alternativas para a superação da crise do Estado Intervencionista, conduzindo ao crescimento do chamado setor público não-estatal.

1.2 Histórico das PPP's no Reino Unido

Os anos 80 marcaram o início de profundas modificações na ação econômica estatal pelos governos dos países membros da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE). Tendo na vanguarda as administrações Reagan e Thatcher, respectivamente nos EUA e no Reino Unido, esse processo traduziu-se numa ampla tendência de desregulamentação setorial, particularmente no âmbito financeiro, acompanhada de reversão da progressividade da ordem tributária e indução seletiva à competição internacional. Com variada intensidade, esses movimentos estenderam-se a praticamente todos os países do globo, refletindo-se no padrão das relações entre os setores público e privado (BRITO & SILVEIRA; 2005, p.8).

É neste contexto de mudanças econômicas que os governos de diversos países encontraram, na parceria entre o setor público e o privado, alternativas para o financiamento e a execução de projetos de infra-estrutura.

Contudo, foi no Reino Unido que o projeto foi primeiramente introduzido, em 1992 no governo de Jonh Major, em sua embrionária forma, a Private Finance Initiative (PFI), cujo objetivo era aumentar os investimentos em áreas sócias, já que a capacidade de o estado implementá-los de forma tradicional estava reduzida pelo Tratado de Maastrich ¹.

No entanto, os objetivos dos primeiros contratos sob a forma de PFI fracassaram pela falta de prioridade e desorganização do governo inglês, que ao mesmo tempo executava diversos projetos e de forma rápida. Tais problemas foram superados como estabelecimento de uma força tarefa do Tesouro inglês o qual passou a coordenar os projetos, criar cartilhas explicativas, definir prioridades, colaborando para o crescimento das PPP's.

É, então, no governo de Tony Blair, que após de aprofundado e ampliado o programa de contratação é denominado de Public-Private Partnerships, tendo como objetivo principal a busca da eficiência na contratação de serviços públicos.

Assim, o avanço da legislação inglesa permitiu o crescimento das PPP's, que passaram a admitir vários modelos, a flexibilidade se tornou a marca deste tipo de contratação. Ao longo de sua prática os contratos foram standardizados e classificados em quatro modalidades de PPP:

1) Design, build, finance and transfer (DBFT), esta foi a modalidade utilizada para construção do Channel Tunnel em 1996, na qual o setor privado projeta, constrói, financia e transfere ao setor público a planta construída;

2) Build, operate and transfer (BOT), o ente privado constroi a obra, transfere ao ente público que o arrenda, por meio de contratos a longo prazo, ao parceiro privado o qual recuperará seu investimento e obterá lucros mediante a exploração da obra ou serviço;

¹ Cria a União Européia, estabelecendo políticas favoráveis à liberalização, livre concorrência, disciplina fiscal, entre outras.

3) Build, operate and own (BOO), neste caso o parceiro privado constrói, opera e fica em definitivo com a obra, havendo portanto uma redução de custos para o ente público;

4) Design, build, finance and operate (DBFO), modalidade mais utilizada na Inglaterra, na qual o parceiro privado concebe, constrói, financia e opera a obra.

Os governos locais do Reino Unido também podem firmar contratos de PPP, porém o governo central responde por cerca de 70% do valor total dos contratos.

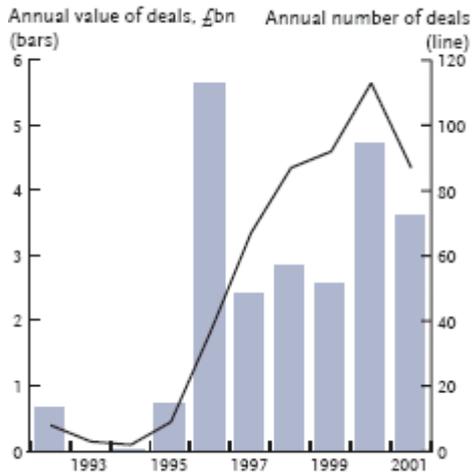
A experiência inglesa demonstra o sucesso do instituto, pois no período de pouco mais de 10 anos de introdução das PPP's, o governo britânico, até julho de 2002, já havia assinado cerca de 530 projetos, que totalizaram um valor capital aproximado de 24 (vinte quatro) bilhões de libras esterlinas, conforme gráfico I, e até 2003 já assinou compromissos superiores a 100 (cem) bilhões em contratos de PPP com vencimento até 2006. Mais de um terço do total de investimentos foram usados na área de transportes, conforme gráfico II.

Gráfico I

Contratos de PFI assinados no Reino Unido

Valor anual de acordos em bilhões de libras esterlinas (barras), número anual de contratos (linha)

Chart 4 Signed PFI deals in the UK



Source: Public Private Finance database

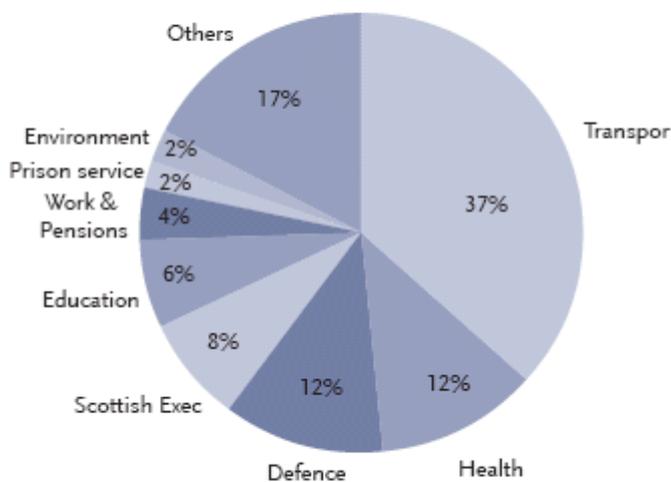
fonte: PFI database.

Gráfico II

Valor acumulado, em porcentagem, de contratos PFI assinados ate julho/2002, conforme dados do Departamento de governo do Reino Unido.

Chart 5 PFI deals in the UK

Cumulative value of signed PFI deals up to July 2002 by Government Department, % share



Source: Public Private Finance database

Fonte: PFI database.

No que tange à avaliação e auditoria dos contratos de PPP, cabe a National Audit Office, órgão ligado ao parlamento britânico, o seu controle. Em relatório divulgado em janeiro de 2000 pelo governo, concluiu-se que os projetos executados sob a forma de PPP permitiram uma economia de 17% em relação às formas convencionais de contratação, 75% dos projetos foram concluídos dentro do prazo e 80% dentro do orçamento. Desta forma, os contratos de parceria público-privada têm obtido um alto grau de satisfação das autoridades na relação preço qualidade, motivo, entre outros, do sucesso do instituto.

Da bem sucedida experiência inglesa pode se destacar como fatores importantes: o compromisso político caracterizado pela estabilidade econômica, política e social, legislação flexível e adequada, priorização dos projetos, modelos minuciosos e padronizados de contratos.

Apesar do sucesso, as PPP's, também, são alvos de críticas no Reino Unido, entre elas o alto custo dos contratos, o longo prazo de retorno para o investimento, a dificuldade de empresas menores participarem dos contratos devido ao porte dos projetos, dentre outras.

Assim, a experiência do Reino Unido é importante por demonstrar a possibilidade de sucesso das parcerias entre o setor público e o privado, porém a expertise inglesa não deve ser considerada como fórmula ideal e estaque para todos os países, tendo em vista que a diferenciação de legislação, engajamento político e econômico pode levar os projetos de PPP a ter seus objetivos frustrados.

Desta forma, os projetos de parceria público-privada devem ser desenvolvidos sob medida para as necessidades e especificidades de cada país, não havendo, portanto, uma forma padronizada de PPP e, sim, uma influência positiva da valiosa experiência inglesa.

1.3 Influência inglesa nos contratos de parceria público-privada e a experiência de outros países.

A influência inglesa nos contratos de parceria público-privada é bastante marcante, tendo em vista ter esta forma de contratação sido concebida no Reino Unido. O sucesso do instituto em tal nação tem sido motivo da sua adoção em diversos países, como: Finlândia, França, Grécia, Austrália, Canadá, Alemanha, Holanda, Irlanda, Itália, Portugal, África do Sul, Espanha, Estados Unidos, Chile, México e, recentemente, Brasil.

O interesse pela PPP pode ser atribuído pelos seguintes fatores: a necessidade de investimentos para o desenvolvimento e aperfeiçoamento da infraestrutura em serviços públicos, a busca por uma maior eficiência no uso dos recursos públicos e a necessidade da geração de um valor comercial para os ativos do setor público, através do investimento em tecnologia.

Desta forma, o sucesso da experiência inglesa demonstra a possibilidade de a parceria com o setor privado gerar lucros, menores gastos e maior eficiência na realização dos projetos. Por esses motivos, diversos países influenciados pelo emblemático programa inglês buscam introduzir em suas legislações o conceito de parceria público privado.

1.3.1 A experiência de Portugal

Implementado a partir de 1997, o programa de PPP português tinha como objetivo principal a aceleração do ritmo de construção de estradas, para possibilitar o crescimento econômico do país, já que o Estado português não tinha capacidade de arcar com os custos de tais investimentos.

Na legislação portuguesa a parceria público privada é conceituada como o contrato ou união deles, por meio dos quais os parceiros privados se obrigam perante o público, de forma duradoura, a assegurar a consecução de atividade ou serviço, por meio de investimento, financiamento e execução no todo ou em parte; com o objetivo de satisfazer a coletividade.

Assim, Portugal lançou mão amplamente das PPP's para, principalmente, desenvolver sua rede rodoviária. Houve, portanto, um avanço na infra-estrutura do país, porém a falta de coordenação pelo poder público, acabou gerando um desequilíbrio fiscal, que demonstrou uma série de falhas no projeto.

Entra as principais falhas, conforme exposição de Álvaro Costa e Cecília Silva, podemos enumerar: a falta de estimativa do custo anual de todos os projetos, o que gerou uma subestimativa dos custos futuros; a composição contratual entre os concessionários, que gerava desvantagem entre eles; reestruturação do setor público rodoviário, levando a atrasos nos processos de concessões e o menosprezo das desvantagens e riscos, como os fatores ambientais, as modificações unilaterais pelo concedente, dentre outros.

A experiência com as concessões rodoviárias do tipo SCUT (sem custo para o usuário), mostra claramente os erros do projeto de PPP português. Devido ao programa mal elaborado, dados do Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações já estimam encargos financeiros insustentáveis para os próximos 25 anos. O problema é tão extenso que quando do lançamento do programa SCUT a previsão de gastos era de 1,34 bilhões de euros. Atualmente, em razão das alterações contratuais e dos reequilíbrios financeiros dos parceiros privados, o custo estimado está em 3,675 bilhões de euros.

Desta forma, o governo português busca soluções para viabilizar seu projeto de parceria público-privada, principalmente no setor rodoviário, no qual tem defendido a introdução da cobrança de pedágios, baseado no princípio do utilizador-pagador, com intuito de obter fundos para a continuidade do projeto.

No que tange às falhas ocorridas com os projetos das PPP's em Portugal, a principal delas é que investimentos em projetos sobre a forma de PPP's envolvem prazos de amortização que ultrapassam o tempo normal de uma legislatura e chegam a passar de gerações, gerando, portanto, a necessidade de existir um consenso político duradouro que possa garantir a execução dos projetos e, desta forma, incentivar maiores investimentos privado. Além disso, estudos rigorosos sobre as desvantagens e riscos uma avaliação técnica acertada.

1.3.2 *Experiência do Chile*

As PPP's foram implantadas no Chile, a partir de 1993, diante da necessidade do Estado de retomar os investimentos na área de infra-estrutura, principalmente, no setor transporte que sofria com a depreciação, em especial das rodovias, largamente utilizadas para escoamento e deslocamento da produção do país.

Assim, visando se tornar uma economia competitiva, o Estado chileno aprovou por unanimidade a legislação que regulamenta os contratos de parceria público privada.

Desta forma, as PPP's chilenas se concentraram nos seguintes processos: infra-estrutura para integração social, internacional e para o desenvolvimento produtivo. No primeiro momento, foram assinados uma série de contratos do tipo DBFO, onde o concessionário financia, constrói, opera e transfere para o estado a obra pronta.

Os projetos de parceria público privada encontraram grande suporte no governo chileno, como salienta Luiz Guilherme Schymura²:

[...] o governo faz aportes - contabilizados como gastos correntes, e não como dívida - para garantir receita mínima para o parceiro privado (...), o exemplo chileno mostra que o essencial na implementação das PPPs é a criteriosa medição de custos, benefícios, desembolsos ao longo do tempo e riscos. Trata-se sim de um relaxamento de restrição orçamentária. Deve haver, portanto, critérios técnicos norteando a parceria.

Conforme informação oficial do Ministério de Obras Públicas Transportes e Telecomunicação, o projeto de parceria público-privada no Chile tem alcançado resultados positivos com vários projetos em andamento (tabela I). Outro ponto importante a se ressaltar é significativo crescimento de investimentos do setor privado

² Professor da FGV e ex-presidente da Agência Nacional de Telecomunicações.

em infra-estrutura (gráfico III), o que demonstra a efetividade das mudanças implementadas no país.

Tabela I - Experiência de PPP no Chile

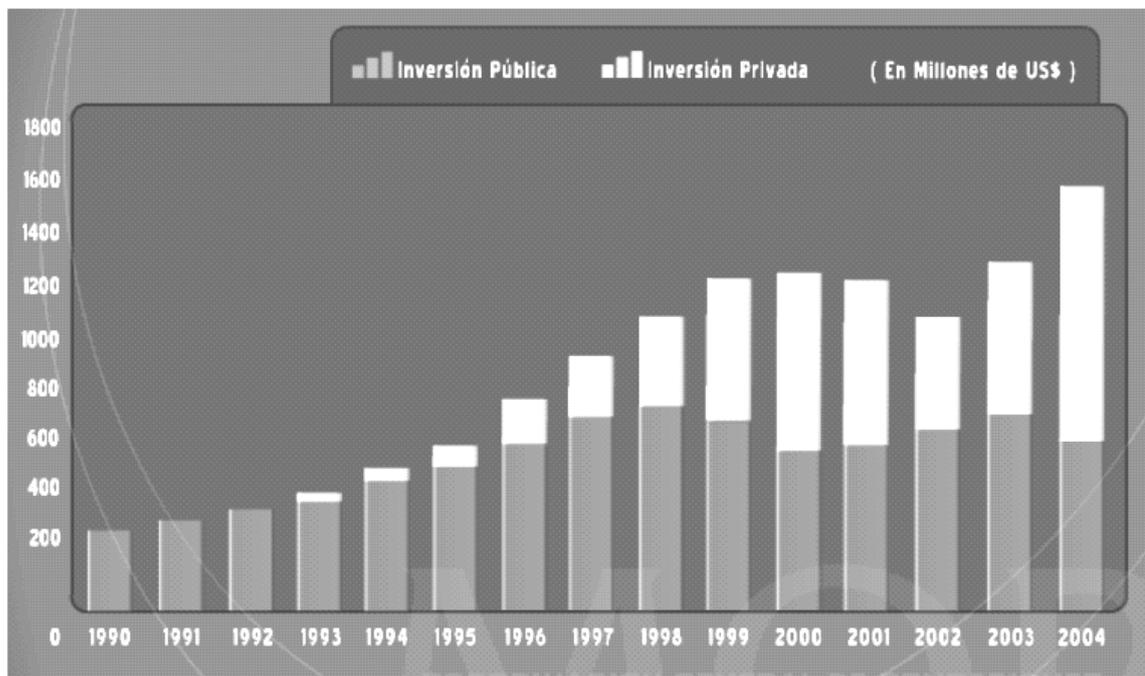
Tipo de Projeto	Número de Projetos	Valor(em milhões de US\$)
Estradas Interurbanas	20	3.805
Transportes Urbanos	9	1.822
Aeroportos	10	272
Penitenciárias	8	205
Represas	2	140
Edificações Públicas	4	114
Mega Ponte	1	410
Total	54	6.768

FONTE: Ministério de Obras Públicas – Coordenação Geral de Concessões.

Tabela III – Investimento em Infra-estrutura do Ministério de Obras Públicas do Chile

Investimento público X Investimento privado. (em milhões de dólares)

Inversión en Infraestructura del MOP



Fonte: Ministério de Obras Publicas do Chile.

Além de projetos relacionados ao setor de transportes, o governo chileno começa a investir em infra-estrutura social lançando projetos para construção de hospitais e penitenciárias.

A experiência do Chile com as PPP's é de grande importância, tendo em vista ser o primeiro país da América Latina a promover reformas para desenvolver o projeto de parceria com o setor privado.

Desta forma, apesar de ainda não apresentar resultados concretos, devido a recente utilização desse tipo de contratação, é inegável o sucesso dos chilenos quanto à efetividade das mudanças econômicas, a busca pela recuperação do investimento estatal e o conceito de equidade na prestação do serviço público.

2. A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a partir de 2002, começaram às discussões acerca da adoção dos contratos de parcerias público-privadas pelo direito pátrio. Em dezembro de 2004, foi, então, aprovada a Lei das PPP, Lei nº 11.079/2004, que institui normas gerais de licitação e parceria público-privada no âmbito da administração pública.

2.1 Considerações gerais

No Brasil, como no resto do mundo, as últimas décadas foram de profundas modificações para o Estado e administração pública. Tais mudanças foram propostas, principalmente, quando o Estado brasileiro se viu impossibilitado de investir nos

diversos setores da sociedade, tendo em vista o esgotamento de seus recursos e o alto endividamento público.

O que aconteceu no Brasil foi que, desde as primeiras décadas do século XX, o ente estatal recebeu os encargos de ser o órgão produtor e fornecedor principal da economia. Para possibilitar o fornecimento e produção de bens, além dos investimentos em infra-estrutura, o Estado lançava mão de recursos fiscais, das empresas estatais e de empréstimos nacionais e internacionais.

Assim, o alto grau de endividamento somado ao esgotamento das fontes internacionais, da década de 50 a 70, levou a um colapso dos serviços públicos brasileiros, que sem recursos para investimentos ficaram estagnados.

Para mudar a realidade dos serviços públicos e da falta de investimentos estatais, a partir da década de 90, o Estado passa a implantar uma série de modificações na legislação brasileira, visando racionalizar o setor público.

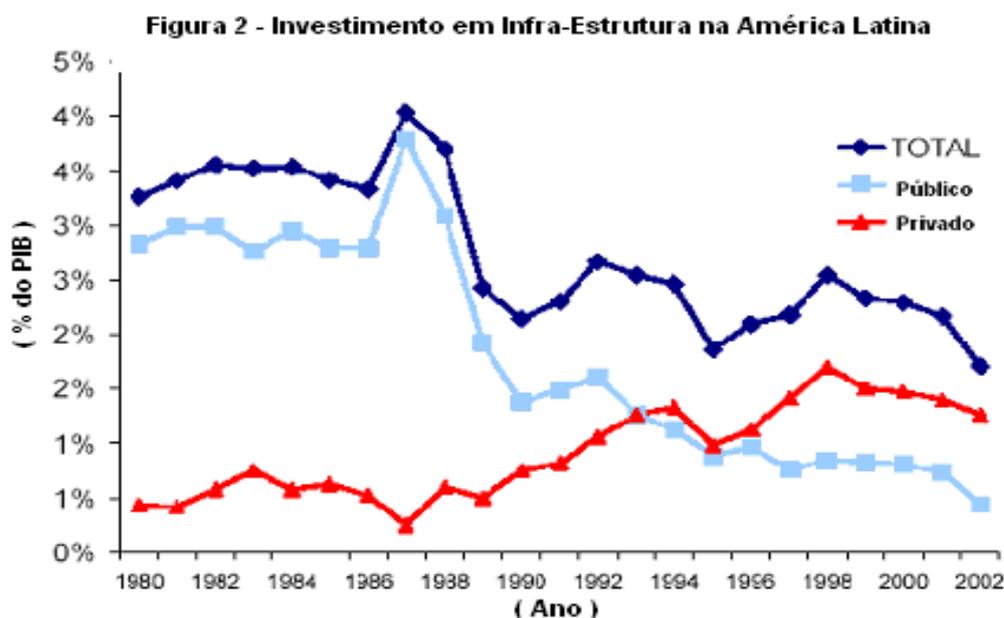
O primeiro passo para transferir o papel de Estado prestador para Estado mediador foi dado pelo Programa Nacional de Desestatização³, instituído pela Lei 8.031, de 12/04/1990, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491, de 09/09/1997.

É nesse novo contexto estatal, que as PPP's surgem como forma de atração do capital privado para investimentos em infra-estrutura, já que o Estado brasileiro está incapacitado de realizar investimentos necessários ao bem estar da sociedade em geral.

Valendo-se, também, da experiência bem sucedida de um país da América Latina, no caso o Chile, e do crescimento dos investimentos privados no continente, conforme gráfico IV, o Brasil se volta para a elaboração da lei de parcerias público-privada.

³ Cabe aqui distinguir os termos desestatização e privatização conforme nos ensina acertadamente JOSE DOS SANTOS CARVALHO FILHO, na obra “ Manual de Direito Administrativo”, 2005, p. 279.”... desestatizar significa retirar o Estado de certo setor de atividades, ao passo que privatizar indica tornar algo privado, converter algo em privado.

Gráfico IV



Fonte: Banco Mundial (2004)

Portanto, tendo em vista a prerrogativa da Administração pública prevista no artigo 22, XXVII, da Carta Magna:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Foi apresentado o projeto de lei nº 2.546/2003, posteriormente alterado por seu substitutivo nº 2.547.

Após um ano de discussão, foi editada a Lei nº 11.079, em 30 de dezembro de 2004, a qual instituiu normas gerais para a licitação e contratação de Parceria Público-Privada no âmbito da Administração Pública.

2.2 Conceito e natureza jurídica dos contratos de parceria público privada

A parceria público-privada nasce no Brasil como uma forma de atração do capital privado para o investimento e execução de obras públicas e prestação de serviços, na qual a administração pública será usuária direta ou indireta. O que se almeja com tais contratos é o suprimento da escassez de recursos públicos para investimentos em infra-estrutura.

A diferença da PPP está no compartilhamento dos riscos e no financiamento privado. Como bem ressalta, Luís Nassif, em artigo no Jornal Folha de São Paulo⁴:

A PPP é instrumento para o Estado entrar com recursos para reduzir o risco privado em obras que não são auto-sustentáveis ou cujo processo de maturação é indefinido. É uma forma de reduzir os riscos não administráveis (que não dependem da empresa) do projeto.

No Brasil, é empregada a terminologia de PPP em seu sentido estrito, como bem explicam Brito e Silveira (2005, p.8 e 9):

[...] é uma forma de provisão de infra-estruturas e serviços públicos em que o parceiro privado é responsável pela elaboração do projeto, financiamento, construção e operação de ativos, que posteriormente são transferidos ao estado. O setor público torna-se parceiro na medida em que ele é o comprador, no todo ou em parte, do serviço disponibilizado. O controle do contrato passa a ser por meio de indicadores relacionados ao desempenho na prestação do serviço, e não mais ao controle físico-financeiro da obra.

As PPP's não devem ser confundidas com as privatizações, já que nesta o setor público aliena bens para o setor privado, enquanto naquela o setor privado financia o projeto e após seu término transfere-o ao estado.

⁴ Mitos sobre a parceria público-privada, edição de 02 de setembro de 2004, caderno Folha Dinheiro.

Vejamos o que fala sobre o tema o ilustre mestre Hely Lopes Meirelles (2003, p. 744):

“a Lei (8.031/90) considera desestatização a **alienação**, pela união, de direitos que lhe assegurem o controle da sociedade e a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente, ou através de entidades por ela controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.” (grifo nosso)

Nos termos da Lei nº 11.079/2004, dentro de seus objetivos, podemos conceituar os contratos de parceria público-privada, como:

[...] o acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços público, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do poder público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes. (FILHO, 2005, p.340)

Assim, trata-se de acordo de natureza contratual, tendo em vista ser dependente da manifestação da vontade do parceiro público e do privado; cujo objeto principal é a realização ou prestação de serviço de interesse público, mediante contraprestação pecuniária do ente estatal ao parceiro privado e compartilhamento de riscos e ganhos, havendo, portanto, uma responsabilização solidária entre os parceiros.

Em seu Art. 2^o⁵, tal lei estabelece a qualificação do instituto no direito brasileiro, vale ressaltar que a Lei nº 11.079/2004, apesar de instituir normas sobre a contratação de parceria público-privada, não a definiu, limitando-se a estabelecer sua qualificação legal como contrato administrativo de concessão.

Por sua vez, a concessão de serviço público, de forma gera, é o instituto através do qual o Estado delega ao particular um serviço ou obra pública, para que o mesmo o explore por sua conta e risco, nas condições regulamentares e contratuais fixadas e alteráveis unilateralmente pela Administração Pública, sob garantia do

⁵ “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”

equilíbrio econômico financeiro, remunerado mediante tarifas diretamente cobradas dos usuários do serviço ou obra.

Desta forma, apesar de caracterizá-las como contratos de concessão, há diferenças entre as concessões comuns, regidas pela Lei nº 8.987/95 e as parcerias público privadas, nas quais a lei de concessão deve ser aplicada somente de forma subsidiária.

Santos Filho (2005, p.338), prefere distinguir as concessões comuns das parceria público privada, caracterizando-as como concessões especiais, já que a PPP é uma modalidade especial dos contratos de concessão.

A natureza jurídica das parcerias público-privadas é de contrato administrativo de concessão de serviço público, como se infere da leitura do Art. 2º. Por se tratar de uma concessão, e ter como subsidiárias as Leis nº 8.666/93 (Lei de licitações) e nº 8.987/95 (Lei das concessões), possui determinadas características previstas em tais leis como: o princípio da desigualdade das partes, as cláusulas exorbitantes, que se manifestam através da alteração e rescisão unilateral do contrato e a aplicabilidade de sanções administrativas.

2.3 Aspectos gerais da lei 11.079/2004

Conforme dispõe em seu artigo 1º, a Lei nº 11.079/2004 “institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Trata-se, portanto, de lei federal, com âmbito de incidência de norma geral, ou seja, incidem sobre todas as pessoas federativas, bem como, às autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedade de economia mista, fundos especiais e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Além de veicular norma de caráter geral, a Lei de parceria público-privada, também, estabeleceu normas específicas direcionadas somente à União Federal⁶.

A parceria público-privada, contrato administrativo de concessão, admite duas modalidades: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

Na modalidade patrocinada, é a concessão de serviço público ou obra pública de que fala a lei 8.987/95, quando há duas fontes de recursos, uma decorrente do pagamento de tarifas pelo usuário e outra referente a contraprestação adicional paga pelo ente público ao parceiro privado(art. 2º, § 1º).

Na modalidade administrativa, é o contrato de prestação de serviços, no qual a Administração pública é usuária direta ou indiretamente, mesmo que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, cabendo, então, a ela o pagamento integral ao parceiro privado (art 2º, § 2º).

Quanto à incidência normativa subsidiária, na concessão patrocinada sujeita-se à aplicação subsidiária da lei 8.987/95, já na modalidade administrativa há a especificação de alguns artigos das Leis nº 8.987/95 e 9.074/95, para a aplicação subsidiária, são eles: arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da primeira lei e art 31 da segunda lei.

Tais artigos dizem respeito, respectivamente, ao ressarcimento por parte do vencedor de despesas relativas a projetos, estudos dentre outros; às cláusulas essenciais dos contratos de concessão; responsabilidade do concessionário quanto ao prejuízo que cause ao concedente, usuários e terceiros; transferência da concessão, encargos do poder concedente, possibilidade de responsabilização econômica e possibilidade de participação da licitação pelos responsáveis pelo projeto básico.

Desta feita, conforme Santos Filho (2005, p. 341):

⁶ Arts. 14 a 22, da lei 11.079/2004.

“ os contratos de concessão de serviços públicos continuam regidos pela Lei 8.987/95 (...), não se lhes aplicando as disposições da Lei nº 11.079. Da mesma forma, os contratos administrativos em geral, não classificados como contratos de concessã, seja qual for a modalidade desta, sujeitam-se à disciplina exclusiva da Lei nº 8.666/93”

Assim, são características gerais da parceria público-privada, segundo a Lei: financiamento pelo setor privado, tendo em vista ser sua incumbência os investimentos no projeto; compartilhamento dos riscos entre o parceiro público e o privado e a pluralidade compensatória, uma vez que é admitida a contraprestação de varias espécies.

No plano formal, conforme disposto no §4º, do art.2º, as PPP's devem ser contratos de valor mínimo de 20 (vinte) milhões de reais, cujo período de prestação dos serviços não seja inferior a 5 (cinco) anos nem superior a 35 (trinta e cinco), já incluindo possíveis prorrogações e que não tenha como objetivo único o fornecimento de mão-de-obra ou equipamentos.

O art. 4º, por sua vez, indica as diretrizes a serem observadas nas PPP, alguns extraídos dos Princípios da Administração Pública⁷, como o da eficiência, o respeito aos interesses e direitos dos envolvidos, a responsabilidade fiscal e a transparência de procedimentos e decisões.

Além desses assegura, ainda, a indelegabilidade das funções próprias ou exclusivas do Estado (*jus imperii*)⁸, a sustentabilidade econômico-financeira dos projetos de parcerias, nos quais é necessário a verificação custo-benefício do empreendimento e a repartição objetiva dos riscos entre as partes, inclusive as referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, conforme dispõe o art. 5º, III, da citada lei.

Tem-se, portanto, o caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável. No caso de evento inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza,

⁷ Art. 37, CF.

⁸ As atividades jurisdicionais, de regulação e decorrentes do poder de polícia não comportam delegação ao setor privado.

configurar-se-á a força maior. Já o fato príncipe ocorre quando a administração, mediante ato lícito, modifica as condições contratuais, gerando prejuízo ao contratado. Por fim, a álea econômica se referem aos risco normais do negocio, risco empresarial.

Quanto às cláusulas dos contratos de parceria público-privada, são essenciais as que constam no art. 23, da Lei nº 8.987/95, que segundo Santos Filho (2005, p.312) podem ser agrupadas em cinco categorias:

“A primeira consiste nas cláusulas relativas ao serviço, que são as que definem o modo, a forma e condições de prestação do serviço, bem como as que fixam os critérios de sua avaliação; as que indicam o objeto, a área e o prazo da concessão; e as que fixam o preço e os critérios de reajuste. A segunda categoria é a das cláusulas relativas aos direitos e obrigações, ou seja, aqueles que definem os direitos e obrigações do concedente, do concessionário e dos usuários. Uma terceira categoria é a das cláusulas de prestação de contas, aquelas que impõe ao concessionário prestar conta ao concedente e que lhe exigem a publicação das demonstrações financeiras periódicas. A quarta consiste nas cláusulas de fiscalização, pelas quais o concedente acompanha a execução do serviço pelo concessionário e, quando for o caso, aplica-lhe as devidas sanções. E a última corresponde às cláusulas relativas ao fim da concessão, que são as que prevêm os casos de extinção, os bens reversíveis, o cálculo indenizatório, as condições de prorrogação do contrato e as que definem o foro para divergência contratuais.

São ainda essências as que se encontram dispostas no art. 5º, da lei nº11.079/2004:

Art. 5º (...)

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

O inciso III do art. 5º, o qual permite que a alocação de riscos seja feita contratualmente, segundo Brito e Silveira (2005, p.14), “é uma importante inovação no direito administrativo brasileiro”.

A falta ou distorção de quaisquer das cláusulas essenciais causa a nulidade do contrato. Quanto às vedações, ao valor (art.2º, § 4º, I), ao tempo (art.2º, § 4º, II) e ao objeto (art.2º, § 4º, III), a sua inobservância leva à invalidação do contrato por vício de legalidade.

A Lei 11.079/2004 admite, ainda, a inclusão de cláusulas não obrigatórias, que dependerão da conveniência dos contratantes (art. 5º, § 2º, I a III).

O art. 6º trata das formas de contraprestação da Administração Pública ao parceiro privado elemento característico da PPP, que pode ser, além da pecuniária, feita por ordem bancária, cessão de créditos não tributáveis, outorga de direitos em face da administração pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais e outros meios admitidos por lei. Vigorando, portanto, o princípio da variabilidade remuneratória.

Vale ressaltar, ainda, que a Lei 11.079/2004 vincula a contraprestação à disponibilidade do serviço, mesmo que dividido em etapas, e ao cumprimento das

metas e padrões de qualidade dispostos no contrato. “Resulta daí que a antecipação do pagamento pode configurar improbidade administrativa⁹” (SANTOS FILHO, 2005, p.345).

Como forma de evitar que o concessionário sofra prejuízos ou riscos diante de eventual não cumprimento de suas obrigações pecuniárias, os contratos de PPP, tem uma série de garantias como: a vinculação de receitas, observado o disposto no art. 167, IV, CF; criação ou utilização de fundos especiais; contratação de seguro garantia com empresas não controladas pelo Poder Público; garantias prestadas por organismos multilaterais; instituição de fundos especiais; garantia prestada por fundo garantidor ou empresa estatal; entre outros instrumentos admitidos por lei (art. 8º, I a VI).

Na esfera federal, conforme se infere do art. 16, a lei autoriza a União, suas autarquias e fundações públicas a participar no limite de 6 bilhões de reais do FGP, fundo garantidor das parcerias público-privadas, como forma de garantia ao parceiro privado. Conforme ensinamentos de Bandeira de Melo (2005, p. 725):

“Tal Fundo, com natureza privada e com patrimônio separado do de seus cotistas, será criado, gerido, administrado e representado, judicial e extrajudicialmente, por instituição financeira controlada direta ou indiretamente pela União (art. 17). As cotas podem ser integralizadas em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais e ações de sociedade de economia mista federal até o limite da manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial (art. 16, § 4º)”.

Desta forma, dentre os dispositivos aplicáveis à União, a Lei das PPP's em seu art. 14, define as competências do órgão gestor de parcerias público privadas, o qual será instituído por decreto. Tal órgão será composto por representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, da fazenda e da Casa Civil da Presidência da República. Segundo Brito e Silveira (2005, p. 16):

⁹ Lei 8.429, de 2 de junho de 1992.

“(...) o órgão gestor tem a competência de definir os serviços a serem contratados por meio de parcerias , disciplinar os procedimentos para a celebração dos contratos, autorizar abertura de licitação, aprovar seu edital e apreciar os relatórios de execução dos contratos. (...) A deliberação do órgão gestor sobre um projeto de parceria público-privada deverá estar baseada em pronunciamento do Ministério do Planejamento sobre o mérito do projeto e do Ministério da Fazenda sobre a viabilidade e forma de concessão de garantias, relativamente aos riscos fiscais a ao cumprimento do limite de despesa com contratos de PPP”.

Com o fito de evitar desmandos dos administradores públicos, o art. 22 estabelece o limite de contratação de PPP, no âmbito da União:

Art. 22. A União somente poderá contratar parceria público-privada 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 10 (dez) anos subseqüentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

No âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o art. 9º da Lei 11.079/2004 criou a sociedade de propósito específico a qual deverá ser constituída para implantar e gerir o projeto de parceria. De acordo com Santos Filho (2005, p. 347), “Pretendeu o legislador colocar em apartado a pessoa jurídica interessada na parceria, de um lado, e a pessoa jurídica incumbida da execução do objeto do contrato”. Tal inteligência da lei permitirá maior fiscalização do Poder Público sobre o desempenho, atividades, gastos e contas do parceiro privado.

Conforme definição de Lima, Paula e Paula (2005, p. 16):

“A Sociedade de Propósitos Específicos – SPE é uma das formas societárias existentes no ordenamento brasileiro e tem natureza de uma *Corporate joint venture* formada entre os setores privado e público, não estando o controle societário nas mãos da administração, para que assim não se caracterize uma sociedade de economia mista. A SPE no âmbito da PPP em seu art. 9º e parágrafos estabelece algumas restrições censitárias qualitativas e quantitativas ao quadro de sócios.”

Descumprida a obrigação de constituir a SPE, a administração pública não poderá celebrar o contrato com o parceiro privado. A sociedade de propósito

específico assumirá a forma de companhia aberta, sob o modelo de S/A¹⁰, com valores mobiliários negociáveis no mercado conforme se infere do art. 9, § 2º. Já para a transferência de controle da SPE será necessária autorização expressa da Administração (art. 9º, §1º). Há, também, na Lei vedação expressa que a Administração Pública seja titular da maioria do capital votante deste tipo de sociedade. Desta forma, segundo Santos Filho (2005, p. 348) “a lei quis afastar qualquer ingerência de órgãos públicos no controle dessas sociedades”.

A exceção a essa regra está posta no art. 9º, § 5º e ocorrerá no caso de inadimplemento de contratos de financiamento, quando instituição financeira controlada pelo Poder Público poderá adquirir maioria do capital votante da SPE.

Conforme lição de Lopes Meirelles (2003, p.262 e 263) sobre a necessidade da licitação, “(...) o contrato administrativo exige licitação prévia, só dispensada, dispensável ou inexigível em casos expressamente previstos em lei, (...). Assim, a licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o conseqüente lógico da licitação”.

Desta forma, a Lei nº 11.079/2004, apesar de possuir normas específicas para a Licitação de PPP's, serão também aplicadas as normas da Lei 8.666/93 em caráter subsidiário. Segundo Santos Filho deve-se considerar da mesma forma no que for aplicável as normas da Lei nº 8.987/95, apesar de não citada no art. 12.

A licitação nos contratos de parceria público-privada será na modalidade de concorrência, não sendo possível ser adotada modalidade diversa. Para a instauração do processo licitatório a lei, em seu art. 10, impôs a presença de certas condições, são elas: autorização da autoridade competente, elaboração de estimativa do impacto orçamentário financeiro, declaração de que as obrigações contraídas são compatíveis com a lei orçamentária; estimativa do fluxo de recursos públicos para o cumprimento do contrato; objeto estar previsto no plano plurianual, consulta pública, licença ambiental e autorização legislativa específica.

¹⁰ Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas)

Tais condições fazem referência, ainda, a Lei Complementar nº 101/2000 que trata da responsabilidade na gestão fiscal como forma de condicionar a atuação do poder público.

Quanto ao edital, a lei das PPP's indicou elementos específicos deste tipo de contratação, assim como fez remissão à dispositivos da lei de licitações e de concessões. O art. 11 faz expressa citação dos §§ 3º e 4º da art. 15 e os arts. 18,19 e 21 da Lei nº 8.987/93, os quais respectivamente dispõe sobre a recusa de propostas manifestamente inexeqüíveis ou financeiramente descompassada em relação aos fins da licitação e a prioridade, no caso de iguais condições, a oferta de empresa brasileira; os requisitos do edital; a possibilidade de participação de empresas em consórcios e a disponibilizarão aos interessados de estudos, projetos, obras já efetuados pelo concedente.

O inciso I, do art. 11, faz remissão à lei 8.666/93, na qual a garantia da proposta esta limitada a um por cento do valor estimado do objeto da contratação¹¹. Quanto às garantias da Administração Pública, dispostas no art. 8º, deverão ser especificadas no edital.

A lei nº 11.079/2004 inova ao prever a arbitragem¹² como mecanismo de resolução de disputas em conflitos relacionados aos contratos. Conforme ensinamento de Santos Filho (2005, p. 351):

“O instituto da arbitragem (...) visa a que conflitos sejam resolvidos por um juízo arbitral, fora, portanto, dos órgãos judiciais. O emprego desse mecanismo pode dar-se de duas formas: a cláusula compromissória (...) e o compromisso arbitral (...). Como o dispositivo em foco já prevê no edital a adoção da arbitragem e a esta adere o licitante, a hipótese melhor se enquadra como cláusula compromissória, uma vez que, já de antemão, os interessados pactuam voltados para a arbitragem na solução de possível litígio (...).”

O art. 12 dispõe sobre o procedimento adotados na licitação para contratação de parceria. Primeiro a possibilidade de uma etapa classificatória de

¹¹ Art. 31, III.

¹² Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996.

aferição da qualificação técnica (art. 12, I). Tal possibilidade é uma inovação importante, tendo em vista que desclassifica os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima.

Os critérios de julgamento serão os previstos no art. 15, I a V, que se referem ao menor valor da tarifa; maior oferta paga ao poder concedente; a combinação menor tarifa – maior oferta, menor tarifa-melhor oferta e maior oferta-melhor-oferta; melhor proposta técnica e melhor proposta relacionada a menor tarifa-melhor técnica. Além dos especificados no inciso do II do art. 12 da lei nº 11.079, que se referem ao menor valor da contraprestação a ser paga pela administração, bem como a combinação deste com a melhor técnica.

A lei admite duas modalidades de formalização das propostas econômicas, que devem ser definidas no edital e podem ser escritas e apresentadas em envelopes lacrados ou escritas seguindo-s de lances de viva voz. Quanto a esses, há peculiaridades formais dispostas nos incisos I e II do parágrafo primeiro do art. 12, “os lances em viva voz serão sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances”; “o edital poderá restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% (vinte por cento) maior que o valor da melhor proposta”.

As bases de aferição das propostas deverá seguir o regime da motivação de acordo com os elementos objetivamente definidos no edital, com intuito de serem bem claras as razões da aferição evitando possíveis abusos administrativos.

O art. 13, por sua vez, introduz a possibilidade de inversão das fases de habilitação e julgamento, como ocorre, por exemplo, no procedimento do pregão, já que é mais lógico julgar as propostas para depois verificar a documentação do vencedor.

Tal inversão de fases parece, contudo, mostrar-se incompatível com o tipo melhor técnica, que pressupõe a classificação das propostas para posterior julgamento. Desta forma, tal critério não tem aplicação prática às PPP's.

Finalmente, após todo o procedimento será divulgado o resultado final e mesmo não está previsto, segundo entendimento de Santos Filho é necessária a homologação, por ser nesta fase verificada aspectos como legalidade e mérito da licitação e o contrato, sendo após isto praticado o ato da adjudicação.

Encerra-se, o estudo desta lei, passando-se a comentar as disposições gerais, no qual vale ressaltar, a atribuição ao Conselho Monetário Nacional para estabelecer, na forma da legislação pertinente, as diretrizes para a concessão de crédito destinado ao financiamento de contratos de parcerias público-privadas, bem como para participação de entidades fechadas de previdência complementar (art 24).

À Secretaria do Tesouro Nacional, por sua vez, cabe a competência para editar “normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parcerias público privadas” (art. 25).

Importante, também frisar o art. 28, o qual proíbe que a União conceda garantia ou faça transferências voluntárias aos Estados, Distrito Federal e Municípios que não estiverem dentro dos limites previstos para a União no art. 22, onde deverá ser observado o comprometimento do limites de 1% da Receita Corrente Líquida com contratos de Parceria Público-Privado, para evitar endividamentos e comprometimento do orçamento público.

3. CRITICA E OS RISCOS E BENEFICIOS DA LEI 11.079/2004

Tal capítulo será dedicado ao estudo e anotações de possíveis falhas ou imprecisões da Lei nº 11.079/2004. Tentaremos, pois, contribuir para o melhor entendimento e interpretação do diploma, analisando seus aspectos jurídicos ante o direito brasileiro, propondo, ainda, algumas conformações da lei à ordem vigente.

3.1 Principais críticas a lei nº 11.079/2004

O art. 1º da lei de parceria público privada faz menção aos fundos especiais, como se fossem entidades integrantes da administração pública, in verbis: “Esta Lei se aplica aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais”. Trata-se, pois, de uma impropriedade da lei, já que os fundos não tem personalidade e apenas integram a estrutura de alguma pessoa governamental.

Como bem retrata Santos Filho (2005, p.339), quanto ao nome do instituto a lei se mostra bastante confusa:

“ A correta denominação deveria ser a de contrato de concessão especial de serviço público (...). A expressão contrato de parceria é tecnicamente imprópria. Primeiramente há inegável contradição nos termos: onde há contrato (tipicamente considerado) não há parceria em seu sentido verdadeiro. Além disso, o denominado parceiro privado nada mais é do que uma pessoa comum do setor privado, que, como tal, persegue lucros e vantagens na execução do serviço ou obra pública.”

Quanto às modalidades de contratação de PPP's, a administrativa traz caracterização bastante controvertida e nebulosa. A lei ao defini-la não traz especificação quanto à espécie de prestação de serviço, que segundo Pedro Câmara Raposo Lopes¹³ (2005), “nada mais são que pura prestação de serviços à Administração Pública, não se instaurando por intermédio delas, a relação jurídica triangular¹⁴ ínsita às concessões”.

Neste mesmo sentido é a fervorosa crítica de Bandeira de Mello (2005, p. 721) à concessão administrativa:

“Na parceria administrativa o particular se remunera exclusivamente por tarifas de um serviço público do qual a administração pública é a usuária direta ou indireta. Ocorre que dificilmente se poderá conceber um serviço que possa ser mantido por meras tarifas nas quais a administração compareça como simples usuária, mas na quantidade e frequência suficiente para acobertar tais serviços (...). Logo o que a Administração teria que pagar para acobertar os dispêndios da prestação de serviço, embora devesse ser uma tarifa, não seria tarifa alguma, mas uma remuneração contratual como qualquer outra – o que, evidentemente, descaracteriza a parceria como uma concessão. Assim, parece que o que a lei visa, na verdade, por meios transversos, não confessados, é a realizar um simples contrato de prestação de serviços – e não uma concessão – segundo um regime diferenciado e muito mais vantajoso”.

Trata-se de instituto de difícil aplicação à realidade brasileira, tendo em vista a dimensão da contraprestação que a administração publica como usuária direta ou indireta irá arcar no caso de contratação deste tipo.

¹³ Procurador da Fazenda Nacional.

¹⁴ Concedente, concessionário e o usuário.

A previsão disposta no inciso III, do § 4º, art. 2º é dispendiosa e desnecessária, já que contratos que tenha por objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obras públicas não configuram uma concessão, motivo pelo qual não poderiam ser alvo desta lei.

Fato interessante na Lei 11.079/2004 é a visível disposição de inúmeras e vantajosas garantias para os financiadores, postas no art. 5º, § 2º, incisos I a III, como por exemplo à transferência de controle da SPE para os financiadores não necessitar atender as exigências de capacidade técnica, regularidade jurídica ou fiscal (art. 27, I, da Lei 8.987/95)¹⁵.

Ainda sobre as Sociedades de Propósito Específico, em seu art. 9º, a Lei das PPP's não fixou claramente o momento de instituição da referida sociedade. O dispositivo legal limita-se a empregar a expressão "Antes da celebração do contrato". Desta forma, pode-se entender que após a licitação e antes do contrato deva ser constituída a SPE.

Quanto às formas de remuneração ao parceiro privado, o art 6º, inciso III traz previsão inconsistente e imprecisa, quando admite a outorga de direitos em face da Administração pública. Como bem ensina Santos Filho (2005, p. 346), "é de supor-se, no entanto, que o legislador se tenha referido a direitos que tenha o caráter de conversibilidade em pecúnia". Tal suposição se faz necessária sob pena de tornar inócuo tal inciso.

O art. 11 dispõe que o edital conterá a minuta do contrato, tal disposição, porem, está mal colocada, tendo em vista a previsão do art. 40, § 2º, inciso III, da Lei 8.666/93:

Art. 40 (...)
§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: (grifo nosso)
(...)

¹⁵ Art. 27 (...)

I – atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço;

III – a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;

Desta forma, a minuta do contrato não se insere nos termos do edital, já que é considerada parte integrante do instrumento convocatório.

No que tange aos mecanismos de resolução de conflitos, o art. 11, inciso III prevê, de forma inovadora, o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem para dirimir os conflitos relativos ao contrato

Tal dispositivo, no que diz respeito a legalidade e adequabilidade ao direito brasileiro, tem dividido as opiniões da doutrina. Assim, conforme entendimento do Professor Toshio Mukai (2005, p. 20):

“se a Lei das PPP’s faculta a utilização da arbitragem nos termos da Lei no. 9.307/96, o objeto da discussão deverá ser obrigatoriamente um bem disponível, já que referida lei determina que a arbitragem só poderá ser usada para dirimir litígios que envolvam bens disponíveis.(...) Portanto, a arbitragem só poderá ser utilizada no âmbito de um contrato de PPP quando as partes estiverem diante de questões que não envolvam bens e direitos públicos indisponíveis.”

Já para o Professor Celso Bandeira (2005, p. 722) a arbitragem é inadmissível:

“que sejam empregados, como prevê o art.11, III, mecanismos privados de resoluções de disputas, inclusive a arbitragem, o que seria inadmissível nos contratos administrativos em geral e *a fortiori* nas concessões de serviço ou obra pública, seja em que modalidade for, por estar em causa o interesse público, que não é bem disponível, mas *res extra commercium*, e a respeito do qual só o Poder Judiciário poderia emitir juízo decisório. Assim, tal dispositivo consideramo-lo inconstitucional.”

Cretella Neto (2005, p. 102-103), sobre a admissibilidade da arbitragem nos contratos de PPP, ensina que:

“a previsão constante da Lei das PPPs é desnecessária, pois, mesmo que não houvesse nada exposto neste sentido, o emprego da arbitragem seria aceito, como já verificado em outros contratos administrativos, apesar de nenhum deles trazer qualquer menção ao instituto da arbitragem.”

Além disso, o mesmo entende que não deveria haver, no edital, menção à solução arbitral de conflitos nos contratos de PPP, posto que inexistente arbitragem obrigatória, a não ser quando as partes, de livre e espontânea vontade, a ela se obrigarem previamente. Para ele, as partes deveriam inserir a cláusula prevendo a arbitragem ou qualquer método de solução de litígios que não passe pelo viés do Poder Judiciário num momento posterior, durante a fase de negociação das cláusulas do contrato. Entretanto, como o contrato de concessão vinculado ao edital é de adesão, não há, portanto, espaço para discussão das suas cláusulas. Segundo Cretella, a forma para que esta regra não seja considerada inconstitucional, violadora do disposto no inciso XXXV, artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁶ é que:

"Terá, então, o órgão Público, caso deseje resolver litígios oriundos do contrato de PPP por via *não judicial*, o cuidado de observar os ditames da *Lei de Arbitragem*, seja destacando em negrito a *cláusula compromissória* [...], seja apresentando-a em documento anexo ao contrato, para aceitação específica dessa cláusula pelo empreendedor privado".

Desta forma, será necessário o uso somente da cláusula compromissória, no caso de solução de litígios por meio da arbitragem, já que as partes, de antemão, deixam ajustados no contrato que eventuais litígios serão dirimidos pelo regime da Lei 9.307/96:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em

¹⁶ Art. 5º (...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Nota-se, pois, que a constitucionalidade do art. 11, III, da lei 11.079/2004, está ligada ao cumprimento do disposto no § 2º, do art. 4º, da Lei de Arbitragem. Assim, a forma denominada compromisso arbitral, no qual os interessados resolvem submeter o litígio à arbitragem após sua ocorrência, é vetado sob pena de inconstitucionalidade.

3.2 Possíveis riscos e benefícios das PPP`s no Brasil

Apesar de já testados em alguns países, os contratos de parceria público-privada são recentes no Brasil, motivo pelo qual precisam ser bem estruturados para evitarem desastres na sua implementação.

Desta feita entre os riscos apresentados para a implementação das PPP`s podemos citar a possibilidade de endividamento público, tendo em vista tratar-se de contratos que tem estrutura contratual complexa e envolvem elevados custos de transação a longo prazo, nos quais a Administração publica arcará com a contraprestação que deverá ser suportado pelos orçamentos posteriores à assunção da dívida.

Assim, deverá o parceiro público seguir com rigor a legislação, já que a mesma prevê varias formas de assegurar que a contraprestação pela Administração Pública seja suficiente para o período da vigência do contrato, cobrindo, desta forma, o compromisso financeiro assumido, bem como os riscos.

Deve haver também uma previsão de prioridades para evitar a contratação de vários projetos independentes de sua importância. Segundo Lima, Paula e Paula (2005, p. 20):

“Os critérios na escolha de projetos devem obedecer a um programa de investimento para assegurar o melhor uso dos recursos públicos na execução da provisão de serviços públicos. Assim devem ser considerados

na contratação de uma PPP: a demanda social, as opções de contratação, e a estimativa do montante mínimo de recursos públicos capazes de viabilizar o projeto.”

Outro ponto importante a ressaltar é que a Administração Pública deverá observar para que as contratações não se revistam de instrumento para o crescimento sustentável e encontrem espaço para interferir em matérias de soberania nacional. É bastante razoável, pois, que as áreas vitais de interesse nacional e importância estratégica sejam preservados, como por exemplo: a exploração e produção de petróleo e gás natural; e, setor elétrico com a instalação de usinas hidroelétricas e termoeletricas. Portanto, a transferência de domínio dos bens e direitos da União deve seguir este raciocínio de preservação estratégica.

Deve-se, também, tentar minimizar os efeitos dos ciclos da economia brasileira e das mudanças de políticas públicas, bem como, evitar o comprometimento de capitais com prejuízo fiscal e a escolha viciada dos parceiros privados, pois todos esses fatores revelam-se como risco para a efetividade dos contratos de parceria público-privada.

Entre os principais benefícios das PPP's podemos ressaltar a possibilidade deste instrumento viabilizar investimentos através da captação de recursos privados em infra-estrutura necessários ao país, fornecendo, assim, meios para a retomada do crescimento econômico da nação.”Contudo, para um crescimento sustentável em longo prazo, devem ser observados os parâmetros dispostos na Lei de Responsabilidade Fiscal, como forma de garantir a transparência na utilização de recursos públicos no decorrer de variadas gestões”.(Lima, Paula e Paula 2005, p. 22)

Tal forma de contratação permite suprir a demanda de investimentos públicos em variadas áreas como segurança pública, habitação, saneamento básico, infra-estrutura viária ou elétrica, através do investimento do parceiro privado. Além disso a influência do setor privado trará maior capacidade administrativa e de inovação tecnológica, o que emprestará um nível mais elevado de eficiência ao setor público, resultando na reforma e modernização dos serviços.

A lei da PPP também incentiva à eficiência na gestão dos contratos, pois determina a vinculação do retorno financeiro à qualidade da obra, assim a contraprestação do Poder Público esta vinculada à disponibilidade do serviço e ao atendimento de metas de resultados.

O compartilhamento de risco, também, é um ponto positivo do contrato de parceria público-privada, por atrair o investimento do capital privado para os serviços públicos.

Desta forma, para uma melhor execução dos contratos de PPP deve ser observado aspectos como o contingenciamento orçamentário, a subordinação e adequação dos projetos ao estatuto das cidades, detalhado estudo do impacto ambiental e a mitigação dos riscos políticos através de instrumentos institucionais ou de organismos internacionais, já que se tratam de projetos e gestão de contratos demorados e complexos, que podem gerar atraso e frustração nas expectativas, além disso, a sua recente legislação pode requerer tempo para o aprendizado e padronização dos contratos.

Desta forma, os contratos de parceria público privada devem seguir tais regramentos, com o fito de alcançarem o sucesso tão esperado.

Conclusão

Os programas de parcerias público privada têm se destacada no cenário mundial, principalmente, pela possibilidade que abrem para investimentos em infraestrutura estatal com maior eficiência.

Tal análise pode, ainda, ser viciada tendo em vista ser instituto recente e na maioria das vezes baseado em pesquisas elaboradas por instituições oficiais de cada país, o que possibilita uma apreciação menos crítica do programa.

A experiência internacional, por sua vez, tem mostrado que há necessidade de intensivos estudos e análises para que as PPP's possam ser implementadas e, assim, representem meio de viabilizar empreendimentos de forma eficiente e eficaz.

Ademais, tais contratos, se mal implementados podem gerar efeitos negativos por décadas, inclusive, o aumento da dívida externa, já que os riscos da atividade são compartilhados.

No Brasil, a Lei 11.079/2004 incorporou pontos considerados como necessários para o sucesso do instituto, como a preocupação com a disciplina fiscal, a repartição de riscos, o enquadramento do sistema legal, dentre outros.

Ressalte-se, ainda, que o diploma brasileiro é uma forma de enquadrar os contratos administrativos às garantias desejadas pela iniciativa privada, por isso devem ser bem implementadas para evitar o arbítrio do administrador público e o comprometimento das divisas internas.

A lei, portanto, apresenta-se como o primeiro passo para viabilizar investimentos que o país tanto necessita, porém deve-se observar que as parcerias público privadas não são a única forma de obtenção de financiamento e realização de projetos, por isso não deve ser encarada como forma de salvação dos problemas estruturais brasileiros, sob pena de condena-las ao mau uso e fracasso.

Desta forma, a parceria público privada deve ser considerada como mais uma alternativa para a crise de financiamento, devendo-se verificar a sua conformação a cada caso, os riscos do projeto, seus benefícios, além da elaboração criteriosa do contrato.

REFERENCIAS

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo, Do Estado Liberal ao Estado Social, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete (organizadora), Coletânea de legislação administrativa, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos, Manual de Direito Administrativo, 14ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MUKAI, Toshio. "Parcerias Público-Privadas: comentários à Lei Federal no. 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES" – 1ª ed, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

CRETELLA NETO, José. "Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs", 1ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

www.tce.ro.gov.br/nova/publicações/Entendendo_PPP.doc, acessado em 25/01/06.

http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/ppp/artigos_apresentações/Artigos_PP_RSP_Brito_Silveira.pdf. acessado em 28/01/06

www.ifsl.org.uk/uploads/PPP_report_2002.pdf. Acessado em 28/01/06

<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/seminario/PPP4.pdf>, acessado em 05/01/06

www.moptc.pt. Acessado em 12/01/06

www.moptt.cl. Acessado em 30/01/06

www.cni.org.br/produtos/infra/src/ppp-experienciainternacional.pdf. Acessado em 27/01/06