

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO**

**PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS:
REFLEXÃO SOBRE O INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO**

RITA DE CÁSSIA COSTA SOUTO

**BELO HORIZONTE
2006**

RITA DE CÁSSIA COSTA SOUTO

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS:
REFLEXÃO SOBRE O INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO

Dissertação apresentada à Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Edimur Ferreira de Faria

BELO HORIZONTE
2006

RITA DE CÁSSIA COSTA SOUTO

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: REFLEXÃO SOBRE O INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO

Dissertação apresentada à Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Belo Horizonte, 2006.

Edimur Ferreira de Faria (Orientador) – PUC-MINAS

Marinella Machado Araújo – PUC-MINAS

Vicente de Paula Mendes – UFMG

Dedico aos meus pais, meu marido, meus
irmãos e aos meus sogros.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Edimur pela orientação precisa, criteriosa e, sobretudo, pelo carinho que me dispensou.

Ao Erick, meu marido, eterno companheiro, pela paciência e principalmente por estar ao meu lado durante esta jornada, incentivando-me, auxiliando-me e apoiando-me, sempre com muito amor e carinho.

Aos meus pais e irmãos, que abdicaram de minha companhia durante esses dois anos e por sempre me apoiarem em todos os desafios de minha vida.

Ao meu sogro e minha sogra pelo carinho, boa vontade e colaboração não só nesta etapa, mas desde o início do nosso relacionamento.

Aos colegas e professores da PUC pela incansável presteza, simpatia e amizade, ajudando a tornar este período muito prazeroso.

Aos funcionários das diversas bibliotecas em que procurei ajuda, atendendo-me sempre com toda a paciência e dedicação.

"Interpretar a lei não é só criticá-la: é inserir-se nela, e fazê-la viver. Com a antipatia não se interpreta, — ataca-se; porque interpretar é pôr-se do lado que se interpreta, numa intimidade maior do que permite qualquer anteposição, qualquer contraste, por mais consentinte, mais simpático, que seja, do intérprete e do texto. Portanto, a própria simpatia não basta. É preciso compenetrar-se do pensamento que esgota nas regras jurídicas escritas; e, penetrando-se nelas, dar-lhes a expansão doutrinária e prática, que é o comentário jurídico. Só assim se executa o programa do jurista, ainda que, de quando em vez, se lhe juntem conceitos e correções de lege ferenda."

Pontes de Miranda

RESUMO

De modo geral, o objetivo deste trabalho é apresentar uma visão global do instituto das Parcerias Público-Privadas, instituído recentemente no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Especificamente, o trabalho objetiva demonstrar que: as parcerias do Estado com a iniciativa privada, em sentido *lato*, sempre ocorreram em intensidades maiores ou menores de acordo com a forma de Estado adotada; a instituição de tais parcerias faz parte dos objetivos da reforma gerencial do Estado brasileiro, cuja implementação se iniciou na década de 90 do último século; o que a experiência internacional demonstra das PPPs; e os pontos controvertidos da legislação que as instituiu no Brasil. Ao final do presente estudo, chegou-se à conclusão de que o desafio que se apresenta é a compatibilização dos diversos interesses envolvidos: do ente privado investidor e executor (lucro), do Estado (interesse público primário), da Administração Pública (interesse público secundário) e do cidadão. E planejamento, fiscalização e controle são as palavras-chave para a mitigação dos riscos que essas parcerias apresentam e o meio para se atingir essa coexistência.

Palavras-chave: Parcerias Público-Privadas; Administração Pública e Controle.

ABSTRACT

In general way, the objective of that work is to present a global vision of the institute of the Public-Private Partnerships, recently instituted in the legal system of Brazil by the Law nº 11.079, of the 30th of December of 2004. More particularly, the work aims to show that: the Partnerships between State and private sector, in *lato* meaning, have always occurred in larger or minor scopes according to the form of State adopted; the institution of such partnerships is part of the objective of the managerial reform of the Brazilian State, whose implementation initiated in the early 90's the last century; it has also demonstred international experience about the PPPs; in addition, controversial points of the legislation that instituted them in Brazil. The conclusion of the study was that the challenge presented is to match diverse interests involved: of the private entity investor and executor (profit), the State (primary public interest), the Public Administration (secondary public interest) and the citizen. Planning, inspection and control are the keywords for the mitigation of the risks that these partnerships present and the means themselves aiming to match the objectives involved.

Keywords: Public-Private Partnerships; Public Administration and Control.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
AI	Ato Institucional
Art.	Artigo
Atual.	Atualizada
BCV	Bakerloo, Central and Victoria Lines
BEE	Black Economy Empowerment
BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
BOO	Build, operate and own
BOT	Build, operate and transfer
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
DASP	Departamento Administrativo do Serviço Público
DBFO	design, build, finance and operate
DBFT	Design, build, finance and transfer
DJ	Diário da Justiça
DOU	Diário Oficial da União
EUA	Estados Unidos da América
FGP	Fundo Garantidor das Parcerias
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
IIPV	The Infrastructure Investment Policy
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
IPPR	Institute for Public Policy Reserch
JNP	Jubilee, Northern and Piccadilly Lines

LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MARE	Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado
MIU	Municipal Infrastructure Investment Unit
MOPHT	Ministério de Obras Públicas, Habitação e Transportes de Portugal
MPOG	Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
NAO	National Audit Office
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONG	Organização Não-Governamental
OSCIP	Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público
PFI	Private Finance Initiative
PIB	Produto Interno Bruto
PPA	Plano Plurianual de Investimentos
PPP	Parceria Público-Privada
RCL	Receita Corrente Líquida
SCUT	Sem Custo para o Utilizador
SPE	Sociedade de Propósito Específico
SSL	Sub-Surface Lines
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STN	Secretaria do Tesouro Nacional
TCU	Tribunal de Contas da União
TFR	Tribunal Federal de Recursos
TJ	Tribunal de Justiça
UK	United Kingdom
v.g.	verbi gratia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PARADIGMAS DE ESTADO, DE DIREITO ADMINISTRATIVO E DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	17
2.1 A PRÉ-MODERNIDADE	18
2.2 O ESTADO MODERNO ABSOLUTISTA	21
2.3 O ESTADO LIBERAL DE DIREITO	23
2.4 O ESTADO SOCIAL DE DIREITO	25
2.5 PRESSÃO NEOLIBERAL.....	30
2.6 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	31
2.6.1 <i>Princípio da Subsidiariedade</i>	33
3 REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO.....	39
3.1 REFORMA ADMINISTRATIVA DA ERA VARGAS	40
3.2 REFORMA ADMINISTRATIVA DO DECRETO-LEI Nº 200/67	43
3.3 REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL.....	45
4 PARCERIAS ENTRE OS SETORES PÚBLICO E PRIVADO E A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL	54
4.1 CONCEITO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA	54
4.2 ORIGEM DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	60
4.3 A EXPERIÊNCIA DO REINO UNIDO	62
4.3.1 <i>O Exemplo do Metrô Londrino</i>	71
4.4 A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA.....	75
4.5 EXPERIÊNCIAS DE OUTROS PAÍSES	79
4.5.1 <i>PPP no Chile</i>	80
4.5.2 <i>PPP no Estado de Victoria, na Austrália</i>	81
4.5.3 <i>PPP e Inclusão Social na África do Sul</i>	83
4.5.3.1 Black Economy Empowerment nas PPPs	84
4.5.3.2 A Experiência Municipalista na África do Sul	86
5 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS DA LEI Nº 11.079/2004.....	88
5.1 MODALIDADES DE PPPS INSTITUÍDAS PELA CONCEITUAÇÃO LEGAL	90
5.1.1 <i>Concessão Patrocinada</i>	91
5.1.2 <i>Concessão Administrativa</i>	95
5.1.3 <i>Concessões Comuns</i>	101
5.2 NORMA GERAL	103
5.3 DIRETRIZES	106
5.4 LICITAÇÃO DAS PPPS E INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 11.079/2004	115
5.4.1 <i>Necessidade de Justificativa pela Adoção da PPP Previamente à Abertura do Procedimento Licitatório</i>	119
5.4.2 <i>Desnecessidade de Projeto Básico</i>	122
5.4.3 <i>Licença Ambiental</i>	125
5.4.4 <i>Consulta Pública</i>	127
5.4.5 <i>Novos Critérios de Julgamento das Propostas</i>	129
5.4.6 <i>Lances em Viva Voz</i>	131

5.4.7 Saneamento de Falhas no Curso da Licitação	133
5.4.8 Inversão de Fases	134
5.5 O CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA	137
5.5.1 O Objeto do Contrato.....	138
5.5.2. Da Divisão de Riscos.....	139
5.5.3 Da Constituição de Sociedade de Propósito Específico.....	142
5.5.4 Da Contraprestação do Parceiro-Público	144
5.5.5 Das Garantias.....	145
5.6 A ADOÇÃO DA ARBITRAGEM	153
5.7 PERSPECTIVAS DAS PPPS NO BRASIL	161
6 O CONTROLE DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	165
6.1 O CONTROLE PELO PARCEIRO PÚBLICO	166
6.2 O CONTROLE PELO PODER LEGISLATIVO E PELO TRIBUNAL DE CONTAS	172
6.3 O CONTROLE JURISDICIONAL	177
6.4 O CONTROLE SOCIAL.....	182
7 CONCLUSÃO	187
REFERÊNCIAS.....	192

1 INTRODUÇÃO

O ingresso de um novo instituto no campo do Direito positivado dá-se quase sempre, com significativa repercussão, através de nova modalidade negocial ou mudança substantiva no *modus operandi* do que já está posto, repercutindo ainda mais quando ocorre no campo do Direito Público. Foi assim com a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que trata de licitações e contratos; com a de Concessões, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; com a Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2002, intitulada Lei de Responsabilidade Fiscal. Logo, por que seria diferente com a implantação dos procedimentos autorizados pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que introduz no âmbito federal a possibilidade de Parcerias Público-Privadas, as chamadas PPPs?

Essa nova modalidade de interação do capital privado com o Estado nasce sob a égide da polêmica e do questionamento, uma vez que pode gerar comprometimentos estranhos aos órgãos da Administração Pública brasileira.

Muito atraente se mostra o tema das parcerias ao verificar-se que surgem em um contexto de globalização, desenvolvimento tecnológico, escassez de recursos públicos, impossibilidade de aumento da carga tributária e demandas sociais crescentes.

No Brasil, o maior envolvimento da iniciativa privada em funções públicas surge com a reforma do Estado iniciada na década de 90 do século passado, atingindo seu ápice no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso com a adoção da política de privatização, flexibilização de monopólios públicos e estímulo ao denominado Terceiro Setor. Mas é no governo do Presidente Luiz Inácio Lula da

Silva que a expressão “Parcerias Público-Privadas” toma força, com a edição da Lei nº 11.079/2004.

Objeto de estudo de vários autores ligados à Administração Pública, este instituto se mostra como a alternativa mais viável para a realização do papel do Estado sem o aumento da carga tributária, muito embora seus críticos temam a sua desvirtuação, transformando-se na maneira legal de transferência de recursos públicos para a iniciativa privada, mesmo que por despreparo na formulação dos contratos.

O discurso oficial apresenta as Parcerias Público-Privadas como “uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado”.¹

Cabe ressaltar ser de essencial importância que o relacionamento do setor público com o privado seja feito nos limites do Direito, mais especificamente do Direito Administrativo, sendo que o desafio que se apresenta é a compatibilização dos diversos interesses envolvidos: do ente privado investidor e executor, do Estado (interesse público primário), da Administração (interesse público secundário) e do cidadão.

É no contexto das discussões que vêm ocorrendo, que se propõe o presente trabalho, buscando distanciar-se dos acalorados debates sob essa nova modalidade de negócios com o Estado, para, a partir de estudos doutrinários, pesquisas bibliográficas, análises da legislação e leitura de artigos de jornais e revistas, apresentar uma visão isenta e tecnicamente construída no sentido do

¹ Mensagem de Encaminhamento nº 355/2003/MP/MF, anexa ao Projeto de Lei nº 2.546/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/182910.htm>>. Acesso em: 06 jun 2004.

questionamento dos objetivos, fundamentos e estrutura legal do novo modo de relacionamento da iniciativa privada e o Estado.

Para melhor exposição e compreensão do raciocínio desenvolvido, este trabalho apresenta um capítulo que arrazoa as fases históricas e jurídicas que delimitam a atuação estatal, desde seu surgimento, enfocando a relação entre sociedade, Estado e Administração Pública.

No capítulo seguinte, primeiramente são expostas as duas grandes reformas pelas quais o Estado brasileiro passou – a Reforma DASP e a instituída pelo Decreto-Lei 200/67 –, para no momento seguinte analisar a reforma gerencial, na qual as parcerias entre os setores público e privado se apresentam como um de seus objetivos.

No Capítulo 4 será feita uma incursão sobre as origens das parcerias público-privadas em seu sentido *lato*, oportunidade em que se buscará sistematizar relatos da experiência estrangeira, em especial a *expertise* do Reino Unido; sem, contudo, ter a pretensão de fazer Direito Comparado, apenas sistematizando informações com o objetivo de ressaltar os aspectos positivos e negativos, para orientação da prática brasileira.

Compreendida a relação Estado-sociedade, analisado o escopo da administração gerencial e exposta a experiência internacional, o quinto capítulo detém-se na análise das PPPs no sentido estrito da Lei nº 11.079/2004, quanto à sua conceituação, criação de duas novas modalidades de concessão (administrativa e a patrocinada), suas diretrizes, licitação e contratação do parceiro privado, bem como garantias apresentadas; apresentando, ao final, uma proposta de sistematização da conveniência das PPPs no Direito brasileiro, tentando estabelecer empiricamente suas vantagens, desvantagens e potencial.

No Capítulo 6 discutem-se as formas de atendimento do princípio democrático do controle dos negócios do Estado, pelos vários segmentos responsáveis pela fiscalização e garantia da lisura da relação surgida do novo instituto legal debatido neste trabalho.

No último capítulo, formula-se uma síntese das conclusões atingidas no decorrer do trabalho, buscando responder às seguintes perguntas: O que são efetivamente as Parcerias Público-Privadas? Quais seus objetivos? Qual é sua estrutura legal e os aspectos contratuais? Por que a instituição de duas novas modalidades de concessão?, abordando também questões surgidas no bojo da pesquisa, tais como a legalidade do subsídio pelo Poder Público, a forma de escolha do parceiro público, quais seriam as principais salvaguardas da cidadania em relação aos “empresários públicos”, os meios de controle e mitigação dos riscos dessas parceiras, e até mesmo se seriam as PPPs o auge da evolução na prestação de serviços públicos.

Espera-se, após o decorrer da dissertação, que o presente estudo contribua para a reflexão das inúmeras interações que o Estado é autorizado a realizar com o capital privado, em especial sob o instituto das Parcerias Público-Privadas, sempre sob a ótica da proteção do interesse público primário.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PARADIGMAS DE ESTADO, DE DIREITO ADMINISTRATIVO E DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Na linha de tempo da evolução das relações humanas através da história, a forma do Estado como conhecemos tomou força com as idéias iluministas, que podem ter sido assimiladas por maior número de pessoas por causa da invenção da prensa por Gutenberg, no século XV. Fruto do pensamento de Locke, Voltaire, Rousseau e Montesquieu, o pensamento iluminista já traçava as linhas do Estado voltado para os cidadãos e a prestação de serviços públicos, evidenciando os primeiros passos dos institutos do Direito Administrativo.

Como expõe Odete Medauar, “o modo pelo qual se configuram as relações entre o Estado e a sociedade repercute no Direito Administrativo”.² É justamente em razão dessa repercussão que se torna necessário fazer uma pequena digressão histórica para se verificar como vem ocorrendo essa evolução do Estado, bem como identificar o papel da sociedade civil, a relação entre os indivíduos e os detentores do poder, as mudanças de paradigma do Direito Administrativo e dos serviços públicos, com o objetivo de esclarecer se seriam as Parcerias Público-Privadas o auge da evolução na prestação de serviços públicos, ou se esse tipo de relacionamento já existia desde a pré-modernidade.

No entanto, é mister lembrar que não é possível fazer a divisão do Estado em épocas através de marcos historiográficos, visto que a evolução de seus tipos não ocorreu ao mesmo tempo em todo o mundo. Desta feita, a trajetória que se seguirá é a que se pode chamar de didática ou acadêmica, podendo ser dividida em cinco

² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 512p. p.28.

fases: a pré-modernidade, o Estado Absolutista, o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito.

2.1 A PRÉ-MODERNIDADE

Em processo de digressão na busca dos paradigmas da pré-modernidade, deve-se ter em mente a *polis*, “aparelho de organização social”, na qual a sociedade era estabelecida em castas e o Direito se baseava em ordenamentos sucessivos e excludentes entre si, consagradores dos privilégios de cada casta e facção de casta.

Nas palavras de Maria Coeli Simões Pires, a sociedade pré-moderna, “dividida em castas, não laicizada, apresenta escasso grau de mobilidade, enquanto permanecem indistintas as esferas da religião, da tradição, dos costumes, da moral, dos valores e das normas jurídicas, transcendentalmente justificadas”.³

Ao expor sobre a função administrativa na antiguidade clássica, Diógenes Gasparini assim relata:

As cidades eram dotadas de serviços administrativos e, conseqüentemente, direitos e deveres decorrentes da respectiva fruição por parte dos administrados eram previstos. Em Esparta existiam servidores encarregados de orientar a formação dos jovens e de dirigir cultos religiosos voltados a um e a outro sexo de seus habitantes. Em Atenas sobressaía a legislação concernente à fiscalização dos dinheiros públicos, que segundo alguns teria sido a origem dos atuais Tribunais de Contas.⁴

³ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito Adquirido e ordem pública**: Segurança Jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 1016p. p.26.

⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. 924p. p.36.

Em Roma, nas suas três fases – Monarquia, República e Império –, o Direito era basicamente dividido em dois grandes grupos; o público e o privado, embora este tenha alcançado maior desenvolvimento do que aquele. O *jus publicum* – que tratava das relações entre Roma e seus cidadãos – apresentou grande contribuição para o Direito Administrativo, visto que existiam os serviços públicos e, por conseguinte, direitos e deveres entre os agentes do soberano e os cidadãos. Nas Institutas de Justiniano há normas jurídicas — as quais se pode chamar de administrativas — acerca dos terrenos utilizados pelos navios romanos pertencentes ao Senado ou ao Império, do conceito jurídico romano de “praia” como coisa comum a todos e da regulamentação das construções nas áreas pertencentes ao Senado Romano.

Sobre as “formas contratuais de colaboração entre a administração e os particulares” em Roma, Maria João Estorninho, utilizando-se dos ensinamentos de Armando Marques Guedes, explica:

No Direito Romano era largamente utilizada ‘como processo de criar receitas para o erário e de confiar a pessoas particulares o desempenho de funções públicas. Esta última utilização tinha a dupla vantagem de libertar a Administração do fardo de uma organização dispendiosa, e de lhe permitir ao mesmo tempo fixar com antecipação o montante dos créditos a receber. Parece não ter sido outro o motivo da multiplicação das *societates publicanorum*, poderosas e florescentes empresas que no período da República e nos primeiros tempos do Império foram as concessionárias da lavra de minas, da cobrança de impostos, da exploração de alfândegas, de portos de salinas, de estradas, de pontes, de aquedutos e outras obras públicas’.⁵

Com a crise do Império Romano, devido principalmente às invasões bárbaras e à retração do comércio, promoveu-se uma ruralização, envolvendo tanto a nobreza como a massa plebéia, determinando o desenvolvimento de uma nova estrutura

⁵ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado:** Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra – Portugal: Almedina, 1999. 407p. p.42.

socioeconômica, de base agrária, sendo a pecuária, a mineração, a produção artesanal e mesmo o comércio considerados atividades secundárias.

Apesar de existir a figura do rei, durante o feudalismo, a estrutura de poder não era centralizada. As categorias de público e privado fundiam-se numa inseparável unidade e emanavam de um único poder: os bens fundiários — o poder econômico.

Na Idade Média, há confusão entre “soberania e propriedade, ao atribuir ao titular do domínio poderes próprios do Estado”,⁶ cujo único elemento limitador era a influência da Igreja Católica, que ditava as normas de comportamento social na época. No entendimento de Maria Coeli Simões Pires, “o Direito Público entra em crise, ficando aberto o campo à expansão do Direito Privado, que passa a regular as funções públicas, as quais se colocam, por isso mesmo, como objeto de alienação ou transmissão por via hereditária”.⁷

Maria Elisa Braz Barbosa⁸ expõe que, nesse período, “o poder econômico se apodera de parte da ‘prestação de serviços’ como exploração econômica lucrativa” e, com apoio em Rogério Medeiros Lima Garcia, relata que os serviços públicos de infra-estrutura como estradas, feiras e mercados eram desempenhados pela união de comunidades feudais, enquanto as funções sociais, como educação e cultura, estavam a cargo da Igreja Católica e suas instituições.

⁶ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito Adquirido e ordem pública:** Segurança Jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 1016p. p.358.

⁷ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito Adquirido e ordem pública:** Segurança Jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 1016p. p.26.

⁸ BARBOSA, Maria Elisa Braz. **O regime jurídico administrativo e as parcerias público-privadas.** Belo Horizonte: UFMG, 2005. 265p. Dissertação (Mestrado). p.51.

2.2 O ESTADO MODERNO ABSOLUTISTA

Durante a transição da pré-modernidade para a modernidade, surgiu a primeira manifestação do Estado Moderno, em sua forma absolutista.

L'état c'est moi, dizia Luiz XVI aos franceses. Esta era a principal característica do Estado Absolutista. O Estado era o rei, os bens de ambos confundiam-se e nele estava a soberania.

O Estado Absolutista é caracterizado pelo fato de o rei concentrar nas mãos poder incontrolável sobre outras instituições, “cujo exercício não é contido por nenhuma lei limitativa, seja esta lei de ordem positiva ou natural-divina: o titular do poder é *legibus solutus*”.⁹

O Estado Absolutista era fortemente centralizado e atuava limitando e restringindo os direitos dos súditos em favor dos interesses do rei. De acordo com Onélia Setúbal Rocha de Queiroga, o “Poder Central [Monarca] apresenta autonomia em relação à instância econômica, e não sendo limitado por qualquer lei, os privilégios medievais dão lugar a um sistema jurídico escrito, regulamentando as relações do Estado com o Poder Central”. Poder este que não se submetia a qualquer direito ou regra.

O aparecimento da vida urbana, ou seja, a fixação dos comerciantes nas cidades, a sensação de que vida urbana torna os homens livres, bem como a realização periódica de grandes feiras resultam no despertar de cidades. No entanto a expansão dos negócios à época exigia governo forte, com a centralização do poder.

⁹ QUEIROGA, Onélia Setúbal Rocha de. **A origem do Estado Moderno**. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 1998. 53p. p.40.

Como expõe Paulo Bonavides, “a ordem econômica da burguesia se implanta no ocidente, e os reis conferem-lhe toda a sorte de proteção”,¹⁰ ao mesmo tempo em que “com o mercantilismo os monarcas fazem o primeiro intervencionismo estatal dos tempos modernos: subsidiam empresas e companhias de navegação, fomentam o comércio e a indústria, amparam a classe empresarial, robustecem o patronato, conhecem o capital (...)” formando uma verdadeira Parceria Público-Privado.¹¹

No entanto, na segunda etapa do Estado Absolutista, ao mesmo tempo em que este servia aos interesses da burguesia (comerciantes, industriais, empresários), a falta de limitação aos poderes do rei e sua confusão com o Estado geravam problemas a essa nova classe, que agora passava a aspirar ao Poder Político¹² e, conseqüentemente, a uma maior liberdade em seus negócios.

Esse movimento levou o Estado Absolutista à fase seguinte, desencadeando as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, que indubitavelmente representaram um marco na história da transição do Estado Absolutista para o Liberal.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 498p. p.135.

¹¹ De acordo com o relato de Antônio Augusto Junho Anastásia, nesse período, “os banqueiros Frugger, de Augsburg na Alemanha (...) financiavam as armadas e tinham participação na exploração do novo Mundo” sendo um exemplo de Parceria Público-Privada na época. (ANASTASIA. Antônio Augusto Junho. Aspectos gerais das parcerias público-privadas no contexto da reforma do Estado. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte. v.56, n.6, jul./set. 2005. 171-204p. p.174.)

¹² “a fim de mudar o eixo do Estado Moderno, da concepção doravante retrograda de um rei que se confundia com o Estado no exercício do poder absoluto, para a postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas de iniciativa econômica” (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 498p. p.136.)

2.3 O ESTADO LIBERAL DE DIREITO

O liberalismo original não tinha apenas dimensão política, mas também econômica e filosófica. Os pensadores e ideólogos desse movimento: Locke; Voltaire; Rousseau; Montesquieu; Diderot e D'Alembert, dentre outros, faziam críticas à sociedade absolutista-monárquica, que em muito influenciaram um processo revolucionário de caráter político-social: a Revolução Francesa. A Primeira Revolução Industrial, fenômeno de caráter científico-tecnológico, em processo simultâneo e convergente, aliou-se à Revolução Francesa dando origem a um novo tipo de sociedade: a sociedade capitalista, e a um novo tipo de Estado: o Estado Liberal-Burguês.

O Estado Liberal, caracterizador do Estado de Direito, dominou o final do século XVIII e grande parte do século XIX, e teve como princípios norteadores a limitação do poder do rei e a não-intervenção do Estado nos negócios, que por tantos anos agiu de forma arbitrária através dos soberanos absolutos.¹³

¹³ Segundo Hidelbrando Pereira Neto – baseado em Roy Macridis, em Ideologias políticas contemporâneas –, o liberalismo é caracterizado pela idéia de direitos econômicos e da propriedade privada, individualismo econômico e economia de mercado livre do controle estatal. Já no campo político jurídico, esta forma de Estado se baseia em quatro bases: “a) consentimento individual, principalmente a matriz lockeana, que representa a fonte da autoridade política e dos poderes do Estado, através do contrato; b) representação, ou seja, as decisões eram tomadas pela legislatura eleita pelo povo, no entanto, restringida pela própria convenção que a originou. Ressalte-se que a representação era censitária, isto é, ligada à riqueza do indivíduo além de outras limitações; c) constitucionalismo, vai se materializar através de um documento fundamental – uma Constituição escrita – que a par de estabelecer limitações ao poder político para garantir os direitos fundamentais dos indivíduos institucionaliza a separação dos poderes [funções executivas, legislativas e judiciárias atribuídas a órgãos distintos] em que há o controle de um sobre o outro (é o sistema de pesos e contrapesos ou checks and balances dos americanos), o Judiciário aparece para salvaguardar eventuais rupturas; e d) soberania popular, que é o ideal rousseaniano da participação popular direta na formação da vontade geral.” (PEREIRA NETO, Hidelbrando. **Estado, Constituição e Globalização**: As Novas Possibilidades do Constitucionalismo. Ijuí/RS: Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, 2004. 134p. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania) p.29-30.)

Há clara predominância do Direito privado sobre o público, pois “para o liberalismo, o Direito privado é o coração de toda a vida jurídica, e o Direito público, pelo contrário, apenas uma leve moldura que deve servir de proteção ao primeiro, e particularmente, ao direito de propriedade”.¹⁴

Referida forma de Estado veio regulamentar, por meio das denominadas “Constituições liberais”, os direitos individuais e políticos, não se preocupando, entretanto, com problemas sociais e econômicos. Quanto aos direitos políticos, em uma primeira fase, estavam ligados à propriedade, e com a evolução do conceito de cidadania, em um segundo momento, esses direitos se desvinculam do poder econômico, atingindo certa igualdade jurídica.

Igualdade que tem que ser avocada com ressalvas, pois a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) afirma em seu art. 1º que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”. Porém, por tratar todos de forma igual, sem considerar suas desigualdades, cometiam-se profundas injustiças sociais. Como resultado, o Estado não interventor, na busca dessa igualdade incondicional, e o acirramento da competição no século XIX levaram a uma maior concentração de riquezas, e a miséria da população chegou a níveis alarmantes.

Nessa fase de grandes revoluções, a exploração do homem pelo homem desperta forte reação ao liberalismo dominante, e os primeiros problemas desta estrutura estatal surgem em meados do século XIX, na forma de reações contra o *status quo*, com as grandes empresas monopolizando setores importantes da economia, aniquilando as menores companhias e tolhendo a livre iniciativa.

Por ser a miséria dominante entre os proletários, não restou aos liberais detentores do poder político, na busca por se manterem no poder, outro caminho

¹⁴ RADBRUCH. Filosofia do Direito. p 253. Citado por: PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito Adquirido e ordem pública:** Segurança Jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 1016p. p.360.

que não a adoção de teses sociais, incorporando as reivindicações dos trabalhadores para combater a marginalidade, a criminalidade e as revoltas sociais, e instituindo legislações anti-truste de forma a garantir a livre concorrência e iniciativa, pelo menos em parte.

2.4 O ESTADO SOCIAL DE DIREITO

No início do século XX, principalmente após a I Guerra Mundial e o *crack* da Bolsa de New York em 1929, a ordem liberal entra em crise, e a manutenção do paradigma liberal de Estado fica insustentável. Alguns Estados¹⁵ tornam-se mais assistencialistas, incorporando em sua Constituição direitos sociais, trabalhistas e econômicos, assumindo a forma de Estado Social-Liberal, que é a busca do bem-estar social aliada ao capitalismo.

A teoria do economista britânico John Maynard Keynes provê ao Estado o instrumental teórico para intervir na economia. Essa teoria pregava que cabia ao Estado — uma vez que o mercado por si só não o fazia e o *laissez-faire* já não funcionava como pregavam os clássicos — assumir a função da demanda. Ao encomendar grandes obras públicas e estimular determinados projetos de impacto (auto-estradas, pontes, ginásios, represas, etc.), o Estado fez com que o setor privado voltasse a ter vida, rompendo o bolsão do desemprego. Nessa linha, no

¹⁵ Como o Estado mexicano, o qual foi o primeiro a incorporar os direitos sociais em sua Constituição em 1917.

paradigma do Estado Social, o Estado não é mais considerado um entrave aos negócios, mas um parceiro, um financiador.¹⁶

Enquanto isso, em outros países, como a Rússia, o caos econômico e social foi tamanho que o Estado rompeu com o modelo capitalista e os valores liberais, tornando-se um Estado socialista, resumindo-se tal modelo da seguinte forma:

As Constituições socialistas consagram uma economia socialista, garantindo a propriedade coletiva e estatal e abolindo a propriedade privada dos meios de produção. Há uma clara ênfase aos direitos econômicos e sociais e uma proposital limitação dos direitos individuais, pois o exercício destes direitos no Estado socialista está condicionado a evolução do Estado e da sociedade socialista que devem ser capazes de educar e preparar o cidadão a viver no futuro em uma sociedade completamente livre, onde não haja Estado, poder ou hierarquia: a sociedade comunista.¹⁷

Nesse momento histórico, o desenvolvimento do Estado Social sofre uma ruptura provocada pelos movimentos nacionalistas “nazi-facistas”, renascendo com mais força após a II Guerra Mundial, assim como o Estado socialista, que, apesar de tais movimentos, continua sua expansão.

No pós-Segunda Guerra, os Estados da Europa ocidental implementam de vez o Estado do Bem-Estar Social, também denominado *Welfare State*, Estado-Providência, ou Estado Social de Direito, que é marcado por um assistencialismo ainda maior. Neste estágio, o Estado abandona totalmente sua postura abstencionista liberal e passa a intervir no domínio econômico regulando e, em alguns casos, até mesmo exercendo atividade econômica.

Atribui-se ao Estado a missão de buscar a igualdade pregada pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e da recém editada

¹⁶ Com a crise de 1929 e a eleição do democrata Franklin Delano Roosevelt em 1932, a teoria keynesiana orientou todo o plano de recuperação dos Estados Unidos da América, o *New Deal*. Convém ressaltar que, mesmo defendendo a busca do pleno emprego, a teoria de Keynes não significa uma aproximação da ideologia socialista.

¹⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Globalização e Exclusão**. 1997. Disponível em: <http://www.datavenia.net/artigos/Direito_Constitucional/mundi.html>. Acesso em: 23 jan 2005.

Declaração dos Direitos Humanos de 1948. Para atingir este *telos* e ajudar os menos favorecidos, o Estado deveria intervir na ordem econômica e social. Verifica-se uma preocupação com o “bem comum”, com o “interesse público”, ao contrário do individualismo do período anterior.

Com a inclusão dos direitos sociais e econômicos em seu ordenamento jurídico, o Estado ampliou consideravelmente seu rol de atribuições. Algumas destas foram assumidas como serviços públicos, e para isso o Estado criou empresas públicas e fundações. A título de intervenção no domínio econômico, passou a instituir sociedades de economia mista e empresas públicas em concorrência com a iniciativa privada, bem como a fomentar, através de incentivos fiscais, subvenções ou regulação do mercado, as atividades que entendia como de interesse da comunidade.

No Estado Liberal, o poder de polícia era restrito à área de segurança, apenas buscando restringir direitos individuais em prol da ordem pública. Neste novo paradigma há ampliação das atividades do Estado a todos os setores da vida social, e o poder de polícia não se abstém da manutenção da ordem pública, pois este conceito foi alterado para englobar não só a segurança, mas também a ordem econômica e social.

Dessa concepção política de Estado Social, decorre a relativização da dicotomia do Direito; a divisão público-privado passa a ter cunho meramente didático: todo direito é público, oriundo de um Estado superior, conforme sustenta Hans Kelsen. Esse estado confunde-se com o público, e a ele cabe prover todas as necessidades.¹⁸

¹⁸ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito Adquirido e ordem pública:** Segurança Jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 1016p. p.39.

Esse paradigma de Estado Social, prestador de serviços, empresário e investidor, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹⁹ também trouxe como consequência a idéia de supremacia da função executiva sobre a legislativa e a judiciária, uma vez que “o grande volume de atribuições do Estado concentrou-se, em sua maioria, em mãos do Poder Executivo que, para atuar, não podia ficar dependendo de lei, a cada vez, já que sua promulgação depende de complexo e demorado procedimento legislativo”.

Por influência do positivismo jurídico e do modelo burocrático weberiano, há uma supervalorização do formalismo; as normas são vistas pelo seu caráter formal e totalmente despidas do *telos* de justiça ou de bem comum. Via de consequência, o Judiciário torna-se mero adaptador do caso concreto à lei, não analisando sua finalidade, sua juridicidade.

O Estado torna-se protagonista de políticas econômicas e sociais, forma buscada também por Estados de economia pouco desenvolvida. Apesar da promulgação de Constituições sociais, a implementação dessas políticas nos países com essa característica não chegou a se completar, ficando a população, em sua maioria, à margem de qualquer amparo público. Mesmo nos países europeus, esse paradigma de Estado não se mostrou eficiente, pois:

(...) ao mesmo tempo em que foi chamado a agir nos campos social e econômico, para assegurar a justiça social, passou a por em perigo a liberdade individual, pela crescente intervenção que vai desde a simples limitação ao exercício de direitos até a atuação direta no setor da atividade privada, com a agravante de não alcançar a realização do objetivo inerente ao Estado Social de Direito, de assegurar o bem comum, pela realização desses direitos sociais e individuais nos vários setores da sociedade.²⁰

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. 328p. p.21.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. 328p. p.23.

Como mudança de paradigma do Estado Liberal, sem se desvincular totalmente de seus princípios, o Estado do Bem-Estar Social via os direitos sociais por uma ótica liberal, tanto é que os direitos individuais e políticos descritos nas Constituições eram classificados como normas de eficácia plena, enquanto os direitos sociais e econômicos eram considerados normas programáticas.

Enquanto houve crescimento econômico e alta arrecadação tributária, o Estado Social, em países europeus, pôde se sustentar e prestar alguns dos serviços públicos a que se dispunha: educação pública e gratuita, assistência médica, previdência, dentre outros. Entretanto, com o crescimento excessivo e distorcido da organização do Estado; a demanda crescente por sua atuação, o choque do petróleo e a conseqüente crise da década de 1970 foram inevitáveis, e esse panorama começou a mudar, abrindo caminho para reformas liberais orientadas para o mercado. Neste sentido, José Luiz Quadros de Magalhães assim expõe:

Com a crise econômica há uma diminuição da arrecadação tributária. Para isto o Estado Social estava preparado, pois vinha trabalhando com a idéia de *superávit* e *déficit* orçamentário. Poupar nos momentos de crescimento e investir para recuperar a economia nos momentos de crise. Entretanto a crise profunda diminui a capacidade do Estado responder a crescente demanda social, estando mais frágil justamente no momento onde é mais requisitado.²¹

Frente a este quadro de escassez de recursos financeiros e a uma sociedade cada vez mais desejosa da ação positiva do Estado, manifesta-se a crise do paradigma de Estado Providência. Por outro lado, o fracasso do regime socialista e a crise político-econômica do Leste-Europeu criam um ambiente propício para uma rediscussão do papel do Estado.

²¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Globalização e Exclusão**. 1997. Disponível em: <http://www.datavenia.net/artigos/Direito_Constitucional/mundi.html>. Acesso em: 23 jan 2005.

2.5 PRESSÃO NEOLIBERAL

É justamente nesse período de crise econômica e da derrocada do regime socialista que se intensificam as críticas dos opositores ao Estado Providência – Margareth Thatcher na Inglaterra e Ronald Reagan nos Estados Unidos da América –, que o vêem como causador de grandes dispêndios com sua política assistencialista e burocrática. Pregam a necessidade de minimização do papel do Estado, reputando-lhe como tarefas básicas a de manter a ordem e a de administrar a justiça, tarefas por si só consideradas demasiadamente vastas. A este movimento se convencionou chamar de neo-liberal.

Ao mesmo tempo, o crescimento dos mercados mundiais e a ascensão dos mercados financeiros, gerados pela facilidade tecnológica nos campos da informação, do transporte e da comunicação, aliados à formação de uma rede cada vez mais forte de relações internacionais – desta vez não exclusivamente entre Estados, mas também entre indivíduos, empresas, associações e organizações não-governamentais – conduzem a um repensar da atuação estatal.

Nesse momento histórico, o capital se apresenta cada vez mais global e começa a se deslocar com enorme facilidade à procura de Estados que lhe ofereçam melhores condições para expansão dos seus lucros.

Como resultado desse processo evolutivo, constata-se que não há mais lugar para uma máquina estatal poderosa como a existente nos Estados Sociais; de outro lado, não se pode permitir um retorno ao paradigma liberal sob pena de fomentar a exclusão social e piorar a condição de existência para a maior parte da humanidade. É nesse cenário complexo de reformulação do papel do Estado que surge a proposta de um Estado Democrático de Direito, “mediante a reconstrução da idéia

de Estado e de sociedade civil, em lógica de complementaridade, superando a noção de auto-excludência e redefinindo-se o espaço público e o espaço privado.”²²

2.6 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Frente ao questionamento do desgaste da estrutura estatal social, dos dogmas liberais, dos objetivos, dos fundamentos, da estrutura e, até mesmo, da razão de ser do Estado; surge o Estado Democrático de Direito, por alguns visto como uma síntese evolutiva dos dois paradigmas de Estado anteriores; por outros, como um conceito novo.

José Joaquim Gomes Canotilho²³ destaca que o objetivo primordial do Estado Democrático de Direito é a superação das desigualdades sociais e regionais, através da instauração de um regime democrático que realize a justiça social. Para atingi-lo utiliza como princípios reguladores a constitucionalidade;²⁴ a democracia (pluralista, representativa e participativa); o sistema de direitos fundamentais (compreendendo este os individuais, coletivos, sociais e culturais); a justiça social (como princípio da ordem econômica e da ordem social); a igualdade; a divisão de poderes, a independência do juiz; a legalidade e a segurança jurídica.

²² PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito Adquirido e ordem pública:** Segurança Jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 1016p. p.44.

²³ Citado por Hidelbrando Pereira Neto. PEREIRA NETO, Hidelbrando. **Estado, Constituição e Globalização:** As Novas Possibilidades do Constitucionalismo. Ijuí/RS: Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, 2004. 134p. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania). p.41.

²⁴ Segundo este autor lusitano, o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional.

No Estado Democrático de Direito, almeja-se a efetiva participação popular no processo político de deliberação e no controle da Administração Pública, como condição para legitimação e pressuposto do princípio da soberania; o conceito de interesse público se humaniza e o princípio da legalidade deixa de ser formalista e passa a ser mais principiológico.

Nesse paradigma de Estado, tem-se redimensionada a relação entre público e privado,²⁵ uma vez que a democracia impõe a necessidade de um amplo espaço de deliberação social, apresentando uma outra visão do que seja o espaço público de decisão, que não pode ser confundido simplesmente com o Estado. Maria Tereza Fonseca Dias alerta:

a esfera pública, nesse sentido, não pode mais se confundir com a esfera estatal, mas deve consistir numa estrutura intermediária entre o sistema político, por um lado, e os setores privados do mundo da vida e os sistemas funcionais, por outro, segundo a perspectiva da teoria habermasiana.²⁶

Há ainda autores, como José Alfredo de Oliveira Baracho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, dentre outros, que acrescentam a esse momento a idéia de Estado Subsidiário, que não é absenteísta como o Liberal, tampouco totalizador como o Social. Neste sentido, Maria Coeli Simões

²⁵ “Hoje em dia, não é somente o Estado o responsável direto pela satisfação das necessidades públicas, pois o setor privado também passou a ter papel fundamental. A temática da rearticulação das relações Estado/Sociedade adquire nova perspectiva: o fortalecimento da sociedade civil se faz solidário com a construção da democracia e da cidadania e remete a apropriada democratização do Estado, ainda que não se reduza a isto (Cunill, 1995). Cada vez mais, a esfera do público tem relação com aqueles assuntos e bens que são do interesse de toda a comunidade, e não com a natureza e identidade do órgão encarregado de satisfazer a demanda respectiva.” (URREJOLA, Sebastián Cox. Políticas sociais e justiça comunitária – ações de interesse público, a partir da sociedade civil no Chile. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos e GRAU, Nuria Cunill (Org.). **O Público Não-Estatal na Reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p.191.)

²⁶ DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 268p. p.151.

Pires²⁷ observa que este novo Estado que surge nesse período de “revisão paradigmática” deve ter uma atuação estatal “de caráter subsidiário, com vistas à superação da situação de excludência social”.

2.6.1 Princípio da Subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade apresenta papel de destaque “no estudo de uma nova tendência na execução das tarefas desenvolvidas pelo Estado”,²⁸ e tem como origem,²⁹ no plano filosófico, as idéias de Aristóteles, Dante Alighieri, Francisco De Victória e Francisco de Suarez; e, no plano da doutrina social da Igreja, as encíclicas papais, em especial as encíclicas *Rerum Novarum*³⁰ e *Quadragesimo Anno*,³¹ do Papa Pio XI em 1931; a *Mater et Magistra*,³² do Papa

²⁷ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito Adquirido e ordem pública: Segurança Jurídica e transformação democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 1016p. p.56.

²⁸ ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes. O Princípio da Subsidiariedade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo. v.8, n.33 , p.125-140, out./dez. 2000. p. 125.

²⁹ HORTA, Raul Machado. Federalismo e o Princípio da Subsidiariedade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Org.) **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. 461-472p. p.461.

³⁰ “Dissemos que não é justo que o indivíduo ou a família sejam absorvidos pelo Estado, mas é justo, pelo contrário, que aquele e esta tenham a faculdade de proceder com liberdade, contando que não atentem contra o bem geral, e não prejudiquem ninguém. (...) Os poderes públicos não podem, pois, legitimamente, arrogar-se nenhum direito sobre elas [sociedades], atribuir-se a sua administração; a sua obrigação é antes respeitá-las, protegê-las e, em caso de necessidade, defendê-las. Justamente o contrário é o que Nós temos sido condenados a ver, principalmente nestes últimos tempos. Em não poucos países, o Estado tem deitado a mão a estas sociedades, e tem acumulado a este respeito injustiça sobre injustiça: sujeição às leis civis, privações do direito legítimo de personalidade, espoliação dos bens”. (Grifo nosso) (Papa LEÃO XIII. **Carta Encíclica Rerum Novarum.** Roma. 1891. nº 19/31. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_en.html>. Acesso em: 19 dez 2005.)

³¹ “79. As history abundantly proves, it is true that on account of changed conditions many things which were done by small associations in former times cannot be done now save by large associations. Still, that most weighty principle, which cannot be set aside or changed, remains fixed and unshaken in social philosophy: Just as it is gravely wrong to take from individuals what they can accomplish by their own initiative and industry and give it to the community, so also it is an injustice

João XXIII em 1961; e a *Centesimus Annus*,³³ do Papa João Paulo II em 1991. Porém o tema tomou maior relevo a partir do Tratado de Maastricht, assinado em 7 de fevereiro de 1992, relativo à União Européia, e está sendo objeto de estudo nas áreas do Direito Internacional, Administrativo e Constitucional, gerando a expressão “Estado Subsidiário”.

Na doutrina social da Igreja, como expõe Raul Machado Horta,³⁴ “o princípio da subsidiariedade está articulado com a preservação dos corpos intermediários da

and at the same time a grave evil and disturbance of right order to assign to a greater and higher association what lesser and subordinate organizations can do. For every social activity ought of its very nature to furnish help to the members of the body social, and never destroy and absorb them.

80. The supreme authority of the State ought, therefore, to let subordinate groups handle matters and concerns of lesser importance, which would otherwise dissipate its efforts greatly. Thereby the State will more freely, powerfully, and effectively do all those things that belong to it alone because it alone can do them: directing, watching, urging, restraining, as occasion requires and necessity demands. Therefore, those in power should be sure that the more perfectly a graduated order is kept among the various associations, in observance of the principle of "subsidiary function," the stronger social authority and effectiveness will be the happier and more prosperous the condition of the State.” (Papa PIO XI. **Carta Encíclica Quadragesimo Anno**. Roma. 1931. nº 79-80. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_en.html>. Acesso em: 19 dez 2005.)

³² “Iniciativa pessoal e intervenção dos poderes públicos em matéria econômica

51. Devemos armar desde já que o mundo econômico é criação da iniciativa pessoal dos cidadãos, quer desenvolvam a sua atividade individualmente, quer façam parte de alguma associação destinada a promover interesses comuns.

52. Mas nele, pelas razões já aduzidas pelos nossos predecessores, devem intervir também os poderes públicos com o fim de promoverem devidamente o acréscimo de produção para o progresso social e em benefício de todos os cidadãos.

53. **A ação desses poderes, que deve ter caráter de orientação, de estímulo, de coordenação, de suplência e de integração, há de inspirar-se no "princípio de subsidiariedade"**, formulado por Pio XI na encíclica Quadragesimo Anno(...)” (Grifo nosso) (Papa JOÃO XXIII. **Carta Encíclica Mater et Magistra**. Roma 1961. nº 51-53. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_po.html>. Acesso em: 19 dez 2005.)

³³ “Para a realização destes objectivos, o Estado deve concorrer tanto directa como indirectamente. Indirectamente e **segundo o princípio de subsidiariedade, criando as condições favoráveis ao livre exercício da actividade económica, que leve a uma oferta abundante de postos de trabalho e de fontes de riqueza**. Directamente e segundo o princípio de solidariedade, pondo, em defesa do mais débil, algumas limitações à autonomia das partes, que decidem as condições de trabalho, e assegurando em todo o caso um mínimo de condições de vida ao desempregado.” (Grifo nosso) (Papa JOÃO PAULO II. **Carta Encíclica Centesimus Annus**. Roma. 1991. Cap. II. Rumo às “Coisas Novas” de Hoje. Disponível em: <http://www.vatican.va/edocs/POR0067/___P4.HTM>. Acesso em: 19 dez 2005.)

³⁴ HORTA, Raul Machado. Federalismo e o Princípio da Subsidiariedade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Org.) **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. 461-472p. p.462.

sociedade pluralista para realização do bem comum”, e, de acordo com o que expõem as fichas técnicas do parlamento europeu, no Direito Comunitário:

O princípio da subsidiariedade prossegue dois objectivos opostos. Por um lado, permite que a Comunidade intervenha, quando as medidas individualmente adoptadas pelos Estados-Membros não possibilitem uma solução cabal. Por outro lado, visa manter a competência dos Estados-Membros nos domínios que não podem ser melhor regidos por uma intervenção comunitária. A inclusão deste princípio nos Tratados europeus deverá permitir que as decisões comunitárias sejam adoptadas a um nível tão próximo quanto possível dos cidadãos.³⁵

De forma bastante didática, Odete Medauar³⁶ divide o princípio da subsidiariedade em dois aspectos; o vertical e o horizontal. O primeiro:

aparece na União Européia como critério de distribuição de competências entre esta e os Estados-membros, no sentido de que a comunidade intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros.

Ainda em relação ao aspecto vertical, no campo interno, o princípio diz respeito à repartição de competências entre entes federados ou entre unidades administrativas nos Estados unitários.

Quanto ao aspecto horizontal, a autora expõe que é utilizado nas relações entre a esfera estatal e a não estatal, dada a primazia à iniciativa privada e caráter residual à estatal, “seria, pois, um critério para fixar a distribuição entre a atuação pública e a atuação privada no âmbito interno de um Estado”.

A subsidiariedade horizontal também é aplicável nas acepções de proximidade – “a atuação deve ser conferida ao órgão mais próximo do cidadão” – e

³⁵ PARLAMENTO EUROPEU. **Características essenciais da ordem jurídica comunitária**: O princípio da subsidiariedade. Fichas Técnicas 1999-2002. Disponível em: <http://www.europarl.eu.int/factsheets/1_2_2_pt.htm>. Acesso em: 22 dez 2005.

³⁶ MEDAUAR. Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. 298p. p.245-246.

de suficiência, pela qual “a tarefa deve ser dada ao órgão que pode realizá-la com eficiência”.

Como principais características, Maria Sylvia Zanella Di Pietro dispõe:

Algumas idéias são inerentes ao princípio da subsidiariedade: de um lado, a de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa idéia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível o sucesso na condução de seus empreendimentos. E uma terceira idéia ligada ao princípio da subsidiariedade seria a de parceria entre público e privado, também dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja deficiente.³⁷

Segundo Paulo Medina,³⁸ o princípio da subsidiariedade “aponta no sentido da *valorização da liberdade individual*, não nos moldes imperantes na época do Liberalismo, mas uma liberdade *responsável* e condicionada pelo *bem comum*”, tendo como principais características a primazia da iniciativa privada sobre a estatal, a limitação da intervenção estatal, a repartição de competências, e “na atividade de fomento e incentivo a ser praticada pelo Estado, aparece, crescentemente a idéia de parceria entre público e privado como forma de subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja deficiente”.

No mesmo diapasão da liberdade individual responsável, que coloca o bem comum acima da liberdade soberana do indivíduo, José Alfredo de Oliveira Baracho ensina:

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. 328p. p.25.

³⁸ MEDINA, Paulo. O Princípio da Subsidiariedade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. 243-252p. p.247.

A subsidiariedade não deve ser interpretada como um princípio que propõe o Estado mínimo e débil, que se retrai a simples funções de vigilância, resguardo ou arbitragem. Com isto estaria declinando de toda promoção do bem-estar, de toda presença ativa para orientar e articular as atividades humanas. Não objetiva destruir as competências estatais, mas reordená-las, de maneira idônea e responsável.³⁹

Para esse autor, o que separa a idéia de Estado Providência e de Estado Subsidiário é que neste o Estado é o responsável pela execução de suas tarefas para concretização do interesse geral, porém não o único, pois cabe à sociedade civil contribuir para a execução das mesmas,⁴⁰ enquanto naquele o Estado é por tudo responsável.

Segundo Diana Helena de Cássia Guedes Mármora Zainaghi,⁴¹ o “princípio de subsidiariedade tem como finalidade afiançar e fortalecer o regime municipal”, visto que, dada a proximidade entre autoridade e cidadão, o regime facilita o “diagnóstico dos problemas sociais” e fomenta a “participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas”, gerando confiança, controle e credibilidade.

Quando se trata da análise do princípio da subsidiariedade em relação ao mercado, Maria Coeli Simões Pires relata que:

As privatizações, o retorno às concessões, as terceirizações e o apelo forte às parcerias do setor privado, por um lado, e a redução da intervenção indireta do Estado no mercado, representada pelo seu papel normativo, regulador, fiscalizador, fomentador e planejador (arts. 174, §§ 3º e 4º, e 179), operada especialmente pela política de desregulamentação da economia, com a prevalência das regras de mercado, por outro, concretizam a ideologia da subsidiariedade, que, extremada ou distorcida pela política abstencionista, ganha a conotação de liberalismo.
(...)

³⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio de subsidiariedade: Conceito e Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 95p. p.48.

⁴⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio de subsidiariedade: Conceito e Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 95p. p.60.

⁴¹ ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes. O Princípio da Subsidiariedade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo. v.8, n.33, p.125-140, out./dez. 2000. 133-135p.

Assim, relações de complementariedade e de cooperação entre o Estado e o mercado, tendentes a suprir as demandas do aparelhamento administrativo e a insuficiência de recursos da sociedade, são inevitáveis e até desejáveis. Contudo, devem ser travadas sob o pálio da ética, que há de informar toda a aplicação do princípio da subsidiariedade. Não podem, portanto, ser olvidados os limites à liberdade de negociação, sendo intangível o interesse público por transação entre agentes públicos e a iniciativa privada. Isso, por imperiosa imposição do princípio republicano – fundamento de ordem política que rejeita o trato privado da coisa pública – e da isonomia – que obstaculiza o estabelecimento de privilégios em favor de qualquer agente do mercado.⁴²

É nessa atuação subsidiária do Estado que as Parcerias Público-Privadas se fortalecem, de forma a reservar ao Estado as funções de fiscalizador e garantidor do interesse público. Porém o desafio constitui a identificação de mecanismos que permitam assegurar a efetiva democracia no processo de deliberação da vontade do Estado e da Administração Pública e o controle dos interesses da sociedade, em um mundo globalizado e plural como hoje se apresenta.

⁴² PIRES, Maria Coeli Simões. Descentralização e Subsidiariedade. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Ano XVIII, n.3, jul-set 2000. p.35-72.

3 REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO

No Brasil, como nos demais países em desenvolvimento, não se chegou a completar o modelo de Estado do Bem-Estar Social. Esse fato não quer dizer que o Estado brasileiro não tenha se tornado assistencialista, prestador de serviços, empresário e investidor. Assim como nos demais países, no Brasil também se verificou uma supremacia da função executiva sobre a legislativa e a judiciária, com a agravante de que se vivia em um regime de exceção, situação que tornou o Estado extremamente centralizador se propondo a um número enorme de atribuições que, logicamente, não conseguiu efetivar.⁴³

No entanto, com os movimentos de “redemocratização” no País, que culminaram com a promulgação da Constituição Federal de 1988, verifica-se, apesar da afirmação literal da concepção de um Estado Democrático de Direito, que historicamente há posituação das características do Estado Social em convívio com a importância da participação popular e do controle social típicos do Estado Democrático de Direito.

Porém, toda vez que se fala em mudar os contornos do Estado e da relação Estado-sociedade, vem à tona o tema de uma necessária reforma administrativa. No Brasil não é diferente, as Parcerias Público-Privadas surgem em um momento de

⁴³ “A incompletude baseia-se no fato de que, em comparação com as denominadas democracias consolidadas, o estado no Brasil é uma construção inacabada. Primeiramente, o estado patrimonial não é residual no Brasil. Há um estado patrimonial que foi herdado de Portugal, mesclado com as elites agrárias e que se encarnou na política e na burocracia sob uma forma estamental que vem exercendo, para o bem e para o mal, papel ativo no desenvolvimento do País. (Faoro, 1982) No que se refere ao modelo de gestão pública, nunca chegamos a apresentar um modelo de burocracia pública, senão um padrão híbrido de burocracia patrimonial. Há uma trajetória de construção burocrática e outra de construção democrática, mas ambas parecem reciprocamente disfuncionais (Martins, 1997). O estado patrimonial está visceralmente incrustado na cultura política brasileira e se manifesta no clientelismo, no corporativismo, no fisiologismo e na corrupção.” (Palestra proferida em novembro de 2001, por: MARTINS, Humberto Falcão. **Reforma do Estado: A predominância do ajuste fiscal.** Rio de Janeiro: nov. 2001. Palestra: Pontifícia Universidad Católica del Peru. Disponível em <http://palestra.pucp.edu.pe/pal_int/impresora/reforma/martins.htm>. Acesso: em 17 mai 2005.)

redefinição dos papéis do Estado brasileiro em um plano de reforma dita gerencial. No entanto, o tema merece atenção maior. Assim, antes de tratar da reforma gerencial, cabe analisar as duas outras reformas implementadas no Brasil: uma instituída na década de 30 do século XX, na Era Vargas, e outra na década de 60, após o Golpe Militar, ambas com a finalidade de fortalecimento do Estado Nacional e com a intervenção deste no domínio econômico.

3.1 REFORMA ADMINISTRATIVA DA ERA VARGAS

Considerada a primeira reforma administrativa brasileira, a da “Era Vargas”, também conhecida como “Reforma do DASP”, ocorreu em momento de instituição e consolidação, no Brasil, do paradigma de Estado do Bem-Estar Social, com o fortalecimento do Estado Nacional, intervenção deste no domínio econômico e expectativa de ruptura com a Administração Pública patrimonialista/coronelista, em que há confusão entre o público e o privado, de traço marcante no Brasil. Buscou-se, principalmente, com essa reforma, adotar os princípios da burocracia clássica.⁴⁴

O ato que deu início ao processo de reforma foi o Decreto-Lei nº 284, de 28 de outubro de 1936, que em substituição à Comissão Permanente de Padronização de 1935 criou o Conselho Federal do Serviço Público,⁴⁵ mais tarde sendo

⁴⁴ “Burocracia é a instituição administrativa que usa, como instrumento para combater o nepotismo e a corrupção — dois traços inerentes à administração patrimonialista —, os princípios de um serviço público profissional e de um sistema administrativo impessoal, formal e racional.” (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Orgs). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998. 316p. p.26.)

⁴⁵ Alguns autores consideram o manifesto da Aliança Liberal de 3 de janeiro de 1930, que enumerava os principais problemas da administração pública, o primeiro documento da reforma administrativa, porém esta só foi iniciada com o Decreto-Lei nº 258/36.

substituído, através do Decreto nº 579 de 30 de julho de 1938, pelo Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), que tinha competência para reger a organização administrativa, elaborar a proposta de orçamento e fiscalizar a execução orçamentária. No entanto com a queda de Vargas, a partir de 1945, o DASP tornou-se órgão assessor e não mais normativo/fiscalizador, quando finalmente, em 1986, foi extinto.

Nessa reforma administrativa, buscou-se implementar no País uma administração pública nos moldes da burocracia clássica⁴⁶ proposta por Weber, denominada de racional-legal, que cria uma série de processos e procedimentos a fim de evitar a corrupção e o patrimonialismo. Buscou-se organizar a administração pública implantando sistemas de padronização, melhoria da mão-de-obra através de concurso público, instituição de uma função orçamentária e uma simplificação, padronização e racionalização do material adquirido pela Administração Pública.

Porém os primeiros sinais da disfuncionalidade desse sistema centralizador rapidamente começaram a aparecer com a criação da primeira autarquia, a partir da idéia de certa descentralização e moderada flexibilização dos serviços públicos.

Os críticos do modelo burocrático clássico, como Bresser-Pereira no Brasil, David Osborne e Ted Gaebler nos Estados Unidos, Roberto Dromi na Argentina e Mário Rusciano na Itália entendem que esse sistema é falho, não só porque é centralizador, mas também porque dá mais ênfase a processos do que a resultados.

⁴⁶ "A administração pública burocrática nasceu, portanto, da necessidade de desenvolver-se um tipo de administração que partisse não apenas da clara distinção entre o público e o privado, mas também da separação entre o ser político e o administrador público. Desenvolveu-se, portanto, a partir da concepção de uma organização burocrática capitalista, baseada na centralização das decisões, na hierarquia e no princípio da unidade de comando, na estrutura piramidal de poder, no controle passo a passo dos processos administrativos. Consistia, na verdade, em uma burocracia estatal de administradores formados especialmente para desconfiar de tudo e de todos, tendo em vista que a tradição informava que, se assim não fosse, os "fantasmas" do patriarcalismo e do nepotismo poderiam ressuscitar." (SILVA, Christine Oliveira Peter da. A Reforma Administrativa e a Emenda nº 19/98: Uma Análise Panorâmica. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Reforma%20Administrativa.htm>. Acesso: em 18 mai 2005.)

Segundo Maria Tereza Fonseca Dias,⁴⁷ as principais críticas à “Reforma do DASP” foram:

- a) As teorias administrativas que embasaram as idéias reformistas eram originárias de países desenvolvidos, em especial os EUA, e tinha aspirações de universalidade.(...)
- b) A reforma buscava distinguir política de administração, como se isso fosse possível no campo das reformas administrativas. (...)
- c) Consagrava a crença na “administração científica”. (...)
- d) Deu maior ênfase ao controle do que à prestação do serviço - Glorificação dos meios em detrimento dos fins.
- e) A reforma foi autoritária e impositiva, perfeitamente coerente com o regime político em vigor na época de sua implantação.
- f) Houve concentração do poder e centralização de todas as atividades de administração geral num único órgão e a crença na auto-suficiência técnica do órgão central (DASP), o que acabava por reforçar o estilo autoritário da reforma.
- g) A Administração Pública tornou-se um sistema fechado, criando uma entropia com o meio.
- h) Houve negligência dos aspectos informais e da importância da estruturação dos grupos dentro da organização, haja vista que a Administração Pública não é um conjunto de atividades, mas um sistema coerente.
- i) A Administração Pública passou a exorbitar dos seus objetivos, entrando em áreas a ela estranhas.
- j) A reforma buscou combater o Estado patrimonialista, sem, contudo, chegar a substituí-lo, como pretendia, pelo regime do mérito e da racionalidade administrativa.
- k) Foi por demais abrangente e de natureza global.
- l) Criou um campo aberto entre o nominal (o que foi propugnado) e o real (o que efetivamente foi implementado e funcional na prática administrativa).

A análise dessa reforma administrativa é importante, pois diversos padrões administrativos criados por esse movimento vieram e vêm se repetindo nos atos da Administração Pública brasileira, agindo como pontapé inicial para uma administração mais organizada e profissional. Porém referida reforma não conseguiu substituir o Estado Patrimonialista/Coronelistas vigente e ainda consagrou o formalismo, a centralização do poder e o conseqüente autoritarismo.

⁴⁷ DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 269p. p.181-182.

3.2 REFORMA ADMINISTRATIVA DO DECRETO-LEI Nº 200/67

Com o retorno de Getúlio Vargas ao Poder, em 1952 foi iniciado um processo de debates sobre a reforma administrativa, processo que durou 15 anos, culminando com a edição do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, no governo do Presidente Castello Branco, em virtude da autorização do art. 9º do Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966.⁴⁸

O referido decreto-lei era extremamente amplo – 17 títulos – e tratou da organização da Administração Pública Federal; dos princípios fundamentais das atividades da Administração Pública (planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle); do planejamento, do orçamento-programa e da programação financeira; da supervisão ministerial, da organização e competência da Presidência da República e Ministérios, dos sistemas de atividades auxiliares, da segurança nacional, das forças armadas, das normas de administração financeira e de contabilidade; de disposições referentes ao pessoal civil; de normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações; e, na parte que tratava da reforma administrativa, disciplinou o seu processamento, com a previsão de gastos para atender às despesas decorrentes de sua execução.

⁴⁸ O AI nº 4/1966 “convoca extraordinariamente o congresso nacional e fixa normas para a votação da nova carta constitucional”, porém seu art. 9º permite que:

“Art. 9º. O Presidente da República, na forma do art. 30 do Ato institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, poderá baixar Atos Complementares, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional até 15 de março de 1967.

§ 1º - Durante o período de convocação extraordinária, o Presidente da República também poderá baixar decretos-leis sobre matéria financeira.

§ 2º - Finda a convocação extraordinária e até a reunião ordinária do Congresso Nacional, o Presidente da República poderá expedir decretos com força de lei sobre matéria administrativa e financeira.” (Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, disponível em: <http://www.acervo.ditadura.rs.gov.br/legislacao_5.htm>. Acesso em: 18 mai 2005.)

Pelo Decreto-Lei nº 200/67 foi implantada uma filosofia de descentralização e delegação de competências, privilegiando-se a administração indireta por meio da criação de autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas. Nesse setor, foram reduzidos os controles meramente formais, flexibilizando-se a gerência de recursos públicos.

Segundo o Presidente Castello Branco, o principal propósito da reforma administrativa era “obter que o setor público possa operar com a eficiência da empresa privada”,⁴⁹ porém a norma foi considerada programática, e suas principais críticas, segundo Maria Tereza Fonseca Dias,⁵⁰ foram quanto à ineficiência dos mecanismos de controle, que não permitiam o acompanhamento e a avaliação dos resultados apresentados pela administração indireta; a ausência de efetiva supervisão dos atos e resultados das empresas públicas, autarquias e fundações; a contratação de empregados, sobretudo na administração indireta, sem concurso público, aumentando ainda mais o clientelismo; a concessão excessiva de autonomia às empresas estatais; o uso patrimonialista das autarquias e fundações mediante a aliança política com o regime militar; e o aumento dos poderes administrativos estatais.

Mesmo com as críticas apresentadas, pela análise dessa reforma administrativa, verifica-se que a mesma deu os primeiros passos no sentido da

⁴⁹ Mensagem proferida pelo Presidente em 1965, conforme Maria Tereza Fonseca Dias (DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno**: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 269p. p.189.).

⁵⁰ DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno**: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 269p. p.194-195.

descentralização, da busca da eficiência e da economicidade na administração pública.⁵¹

3.3 REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL

O contexto que antecedeu a reforma gerencial foi o aduzido, aliado a um movimento pela desestatização encabeçado por Hélio Beltrão, a partir de 1979, denominado “Programa Nacional de Desburocratização”, que tinha como principais objetivos os enumerados no Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979,⁵² a Constituição Federal de 1988 que consagrou o Estado Democrático de Direito,

⁵¹ “Art. 14. O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco”. (Decreto-Lei nº 200/67)

⁵² DECRETO Nº 83.740, DE 18 DE JULHO DE 1979.

Institui o Programa Nacional de Desburocratização e dá outras providências.

Art . 3º - O programa terá por objetivo:

- a) construir para a melhoria do atendimento dos usuários do serviço público;
- b) reduzir a interferência do Governo na atividade do cidadão e do empresário e abreviar a solução dos casos em que essa interferência é necessária, mediante a descentralização das decisões, a simplificação do trabalho administrativo e a eliminação de formalidades e exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco;
- c) agilizar a execução dos programas federais para assegurar o cumprimento dos objetivos prioritários do Governo;
- d) substituir, sempre que praticável, o controle prévio pelo eficiente acompanhamento da execução e pelo reforço da fiscalização dirigida, para a identificação e correção dos eventuais desvios, fraudes e abusos;
- e) intensificar a execução dos trabalhos da Reforma Administrativa de que trata o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, especialmente os referidos no Título XIII;
- f) fortalecer o sistema de livre empresa, favorecendo a empresa pequena e média, que constituem a matriz do sistema, e consolidando a grande empresa privada nacional, para que ela se capacite, quando for o caso, a receber encargos e atribuições que se encontram hoje sob a responsabilidade de empresas do Estado;
- g) impedir o crescimento desnecessário da máquina administrativa federal, mediante o estímulo à execução indireta, utilizando-se, sempre que praticável, o contrato com empresas privadas capacitadas e o convênio com órgãos estaduais e municipais;
- h) velar pelo cumprimento da política de contenção da criação indiscriminada de empresas públicas, promovendo o equacionamento dos casos em que for possível e recomendável a transferência do controle para o setor privado, respeitada a orientação do Governo na matéria.

alterando a forma de conceber a Administração Pública em alguns princípios basilares, o que, segundo Bresser-Pereira, foi um retrocesso uma vez que busca a consolidação do antigo modelo burocrático weberiano, que nada mais foi do que uma reação da Assembléia Constituinte ao "clientelismo" impregnado pela reforma do Decreto-Lei nº 200/67. Por fim, uma outra proposta surgida antes da proposta da "reforma administrativa gerencial" foi o "Programa Federal de Desregulamentação", instituído pelo Decreto nº 99.179, de 15 de março de 1990:

com a finalidade de fortalecer a iniciativa privada, em todos os seus campos de atuação, reduzir a interferência do Estado na vida e nas atividades do indivíduo, contribuir para a maior eficiência e o menor custo dos serviços prestados pela Administração Pública Federal e sejam satisfatoriamente atendidos os usuários desses serviços.⁵³

O movimento para uma reforma administrativa gerencial, ao contrário das reformas anteriores, é global, com um enfoque maior nos países em desenvolvimento.

Para alguns, esse modelo de reforma advém de imposições do Fundo Monetário Internacional aos países em desenvolvimento, efetuando-se sua consolidação no "consenso de Washington". Para outros, trata-se de um movimento mundial baseado em estudos sobre a melhor forma de administrar o Estado na "era do direito global".⁵⁴

No governo Fernando Henrique Cardoso, foi criado o Programa de Reforma do Estado a partir da instituição do Conselho de Reforma do Estado, subordinado ao

⁵³ BRASIL. DECRETO Nº 99.179, DE 15 DE MARÇO DE 1990. Institui o Programa Federal de Desregulamentação. Art. 1º.

⁵⁴ Termo utilizado por Carlos Ari Sundfeld em: SUNDFELD, Carlos Ari. **A Administração Pública na Era do Direito Global**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, v.1, n.2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 abr 2004.

então Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), que tinha Luiz Carlos Bresser-Pereira na condição de Ministro, com o objetivo de promover debates e oferecer sugestões à Câmara de Reforma do Estado.

O documento “Plano da Reforma do Aparelho do Estado” deu início a inúmeras discussões sobre a reforma administrativa, apontando as diversas crises⁵⁵ por que passa o Estado e a Administração Pública brasileira e delineando as principais premissas da reforma.

Segundo o MARE, a administração pública gerencial tem como características a descentralização política e administrativa; organizações com poucos níveis hierárquicos em contraposição aos piramidais; pressuposto da confiança limitada em lugar da desconfiança total em seus administradores/agentes públicos; controle *a posteriori*, em vez do controle rígido, procedimentalista dos processos administrativos; administração voltada para o atendimento ao cidadão, ao contrário de auto-referida; transferência para o setor público não-estatal dos serviços sociais e científicos competitivos; e terceirização das atividades auxiliares ou de apoio, que passam a ser licitadas competitivamente no mercado.

Embora a administração pública gerencial constitua, de certa forma, um rompimento com o sistema burocrático tradicional, não o repele em sua totalidade, visto que esse novo modelo tem muitos de seus princípios fundamentais derivados do anterior, tais como a admissão segundo rígidos critérios de mérito, avaliação de desempenho, sistema de carreiras, profissionalismo e impessoalidade. No entanto,

⁵⁵ “A crise do Estado pode ser definida (1) como uma crise fiscal, caracterizada pela crescente perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se torna negativa; (2) como o esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado, a qual se reveste de várias formas, dentre as quais a crise do Estado do bem-estar social nos países desenvolvidos, a estratégia de substituição de importações no Terceiro Mundo, e o estatismo nos países comunistas; e (3) como uma crise da forma de administrar o Estado, isto é, por meio do advento de disfunções da burocracia estatal.” (BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Organizações Sociais** Escopo do Projeto: A Reforma do Estado. Brasília: Cadernos MARE da Reforma do Estado. 1997. v.2. 74p. p.8.)

enquanto a administração burocrática é mais voltada para si mesma, freqüentemente confundindo o interesse público com os interesses do próprio Estado e direcionando os recursos públicos para o atendimento das necessidades da própria burocracia e do aparato estatal; a administração gerencial relaciona sua atuação ao interesse da coletividade, sob a ótica do “cidadão-cliente, ou cidadão-usuário”,⁵⁶ cabendo ao Estado assegurar maior eficiência e qualidade dos serviços públicos, e não apenas verificar o cumprimento da legislação em vigor.

As teorias que fundamentam a reforma administrativa baseiam-se na instituição da administração pública gerencial, constituindo-se o livro de David Osborne e Ted Gaebler “Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público” na referência mais freqüente, principalmente pelo então Ministro Bresser-Pereira.

O aduzido *best seller* da reforma estatal⁵⁷ apresenta uma série de experiências vivenciadas por governantes norte-americanos empreendedores, e prega, em resumidas palavras, que uma administração pública gerencial deve seguir as seguintes premissas: ser orientada por missões e metas em vez de regulamentos rígidos; promover a competição entre os que prestam serviços ao público; dar responsabilidades aos cidadãos em vez de servi-los; avaliar a atuação dos órgãos e serviços públicos através dos seus resultados e não por procedimentos burocráticos; atender as necessidades do cliente e não da burocracia; investir energia na produção de recursos e não se concentrar nas despesas; atuar como fomentador do Mercado; maximizar a produtividade e a eficiência; descentralizar a autoridade,

⁵⁶ Termos freqüentemente utilizados por David Osborne e Ted Gaebler em “Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público” e por Luiz Carlos Bresser-Pereira em seus diversos artigos sobre a Reforma Gerencial.

⁵⁷ OSBORNE, David e GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público**. Trad. Sérgio Fernando Guarischi Bath e Ewandro Magalhães Jr. 2. ed. Brasília: MH Comunicação, 1994. 436p.

promovendo o gerenciamento participativo; preferir mecanismos de mercado a soluções burocráticas; atuar na catálise de todos os setores – público, privado e voluntário – para a ação conjunta dirigida à resolução de problemas, dentre outras.

Muito do que foi proposto pelo referido livro tentou-se instituir no Brasil, e freqüentemente foram expostas experiências do Reino Unido, da Austrália, da Suécia e da Nova Zelândia.

Segundo os coordenadores desse movimento reformista, para uma reforma global do Estado, há necessidade de redefinição do papel deste, “que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento”.⁵⁸ E para tanto, depende de uma segmentação do mesmo em vários setores, divididos da seguinte maneira:

1) Núcleo Estratégico, ao qual cabe definir as leis e políticas públicas. Abrange as funções legislativa e judiciária, a cúpula do Poder Executivo (Presidência e Ministérios), Ministério Público e Tribunal de Contas. Neste núcleo a propriedade deve ser estatal, e a forma de administração deve continuar a ser burocrática, com controle dos processos, de forma a manter e assegurar a efetividade das decisões.

2) O setor Atividades Exclusivas do Estado concentra os serviços que somente o Estado pode prestar, como segurança pública, regulamentação, controle, fiscalização, fomento e seguridade social básica. Neste núcleo, a propriedade também deve ser estatal, visto que exerce poder típico de Estado, porém a forma de administração será a gerencial, com rígido controle de resultados e eficiência. É neste setor que se enquadram as agências reguladoras.

⁵⁸ BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Organizações Sociais** Escopo do Projeto: A Reforma do Estado. Brasília: Cadernos MARE da Reforma do Estado. 1997. v.2. 74p. p.9.

3) Nos Serviços Não-Exclusivos do Estado, o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais – Organizações Não-Governamentais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – e privadas,⁵⁹ como universidades, hospitais, centros de pesquisa, museus. A forma de administração deve ser gerencial, competitiva, e a propriedade pública não estatal.

4) Produção para o Mercado é a área de atuação das empresas caracterizada pelas atividades econômicas voltadas para o lucro, como as empresas estatais, cuja forma de administração deve ser a gerencial, porém privatizada.

Uma vez redefinido o papel do Estado, a reforma consistia, segundo Carlos César Pimenta, em oito pilares: 1) desburocratização, por meio de flexibilização administrativa e eliminação de procedimentos operacionais desnecessários; 2) descentralização, através de delegação de competências dentro da estrutura do Estado e estabelecimento de parcerias com a sociedade; 3) transparência, com maior publicidade das ações governamentais, de forma a possibilitar o controle social; 4) mecanismos de prestação de contas e responsabilização – *accountability*;⁶⁰ 5) ética; 6) profissionalismo; 7) competitividade; e 8) enfoque no cidadão.⁶¹

⁵⁹ “As instituições desse setor não possuem o poder de Estado, mas este se faz presente porque os serviços envolvem Direitos Humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem ‘economias externas’ relevantes, na medida que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços pela via do mercado.” (BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Organizações Sociais** Escopo do Projeto: A Reforma do Estado. Brasília: Cadernos MARE da Reforma do Estado. 1997. v.2. 74p. p.10.)

⁶⁰ *Accountability* é termo de difícil tradução. É constantemente utilizado no sentido de “responsabilização” de agentes políticos, dirigentes e/ou servidores públicos pelo resultado de sua gestão, perante os quais prestam contas, visto que no Direito norte-americano é utilizado na Administração Pública para três propósitos: direcionar e orientar a ação administrativa; aferir o desempenho e os resultados; e garantir probidade e integridade.

⁶¹ PIMENTA, Carlos César. A Reforma Gerencial do Estado Brasileiro no Contexto das Grandes Tendências Mundiais. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v.32, n.5. set-out 1998. 173-199p. p.181-183.

Segundo o MARE, a estratégia da reforma do Estado se apóia numa busca cada vez maior de interação entre os setores público, privado e público não-estatal, com enfoque no cidadão e maior controle dos resultados pela sociedade.

Com base nessa reforma, “o Estado sai da prestação direta de serviços públicos, transferindo-os mediante concessão ou permissão à iniciativa privada, e por conta dessa perda do controle”⁶² foram criadas agências reguladoras,⁶³ “exercendo o chamado poder normativo e regulando os setores a que se destinam”.⁶⁴ Na esteira desse movimento de reforma, também foram criadas as agências executivas,⁶⁵ foram formalizados inúmeros contratos de gestão com ONGs e posteriormente com OSCIPs; várias parcerias público-privadas, em sentido *lato*, foram estabelecidas, e agora se propõe, ainda neste caminho, a instituição de nova forma de parceria público-privada, a regida pela Lei nº 11.079/2004.

⁶² FERRAZ, Luciano. **Controle pelos Tribunais de Contas da Eficiência e Eficácia dos serviços concedidos**. São Paulo: 2003. III Seminário de Direito Administrativo – Controle das Políticas Públicas e Proteção do Usuário: Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/index.htm>. Acesso em: 12 out 2005.

⁶³ A criação de agências reguladoras com corpo técnico capaz de enfrentar a complexidade inerente aos serviços concedidos, permitidos ou autorizados, teve inspiração no modelo americano e advém da proposta de reforma gerencial com a função de regular e fiscalizar a prestação de serviços públicos de forma que os prestadores atuem de forma planejada e orientada para o atendimento dos usuários, com tomada rápida de decisões, garantindo a atualização tecnológica, a livre concorrência, dirimindo conflitos entre os prestadores de serviços delegados e entre estes e os usuários, possibilitando o exercício do controle social e a realização do interesse público. Dentre elas pode-se citar a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica - instituída pela Lei n. 9.427, de 26/12/96, cuja constituição como autarquia sob regime especial se deu em face do Decreto n. 2.335, de 06/10/97; a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações - criada pela Lei n. 9.472, de 16/07/97, e o Decreto n. 2.338, de 07/10/97, fixando-lhe a estrutura organizacional; a ANP – Agência Nacional do Petróleo - instituída pela Lei n. 9.478, de 06/08/97, e implantada consoante o Decreto n. 2.455, de 14/01/98; e a ANA - Agência Nacional de Águas – instituída pela Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

⁶⁴ FERRAZ, Luciano. **Controle pelos Tribunais de Contas da Eficiência e Eficácia dos serviços concedidos**. São Paulo: 2003. III Seminário de Direito Administrativo – Controle das Políticas Públicas e Proteção do Usuário: Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/index.htm>. Acesso em: 12 out 2005.

⁶⁵ Também teve inspiração americana a instituição das “agências executivas”, que nada mais são do que autarquias ou fundações que celebram contrato de gestão com a Administração Direta, visando à redução de custos, eficiência e certas prerrogativas que não são oferecidas às demais, como regras mais flexíveis de licitação.

Dentre as principais críticas que se propõem à reforma de Estado gerencial que se tentou – ou está se tentando – implantar no Brasil, destacam-se as seguintes:

1) A proposta foi criada e imposta ao Estado, sem qualquer participação efetiva da sociedade, gerando problemas à sua legitimidade.

2) Tentou-se implantar um modelo de administração sem qualquer adaptação ao contexto político, jurídico, econômico e social brasileiro, crítica, em especial, direcionada à criação das Agências.

3) Segundo Maria Tereza Fonseca Dias,⁶⁶ “um outro aspecto alvo de críticas diz respeito às atividades definidas como serviços não-exclusivos do Estado, visto que segundo a proposta do MARE, os mesmos ‘envolvem direitos humanos fundamentais’”. De acordo com a autora, os serviços que envolvem direitos fundamentais deveriam ser considerados atividades exclusivas do Estado, uma vez que são “as garantias do ‘Estado Mínimo’”.

4) O programa desprezou aspectos do controle social da Administração Pública e da formulação de políticas públicas.

5) O alargamento da esfera pública é apresentado apenas para fins de transferência de atribuições à iniciativa privada, não para fins de inclusão da sociedade.

A reforma gerencial é uma realidade, porém, como uma reforma não se faz apenas com alterações legais ou reorganizações estruturais, será necessário “conhecer a maneira como os funcionários e os cidadãos viverão as mudanças

⁶⁶ DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno**: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 269p. p.215.

propostas”⁶⁷ e buscar cada vez maior participação da sociedade nessa mudança de hábitos. As Parcerias Público-Privadas representam um novo passo, exigindo muita responsabilidade dos agentes políticos, servidores e da sociedade em seu papel principalmente fiscalizatório.

⁶⁷ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Reforma Administrativa**: Emenda Constitucional n. 19, de 5/6/98. Belo Horizonte: Del Rey. 1998. 30p. p.7.

4 PARCERIAS ENTRE OS SETORES PÚBLICO E PRIVADO E A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Parte importante da nova forma de administração pública denominada gerencial e condizente com o princípio do Estado subsidiário, as Parcerias Público-Privadas são uma tendência mundial cada vez mais utilizada desde sua remodelação na Inglaterra, no final da última década de 80. Deste ponto em diante, ter-se-á como objeto de estudo a conceituação e constituição das PPPs.

4.1 CONCEITO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

A melhor forma de iniciar a análise de um instituto é pelo exame de seu conceito, desde suas origens até a que melhor se adapta ao caso proposto.

Na conceituação dicionarística, o termo parceria advém do latim *partarius* (parceiro, participante), “reunião de indivíduos para alcançar um objetivo comum; companhia, sociedade”.⁶⁸ Segundo Plácido e Silva, “o vocábulo [é] empregado na terminologia jurídica para designar uma forma *sui generis* de sociedade, em que seus participantes se apresentam com deveres diferentes, tendo, embora, participação nos lucros auferidos”.⁶⁹

Como se verifica, a definição tem raízes na órbita privada, e é por isso mesmo que o termo ‘parceria’ aparece, na maioria dos dicionários jurídicos, na forma conjugada: parceria-agrícola, parceria-marítima, parceria-rural.

⁶⁸ HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. 3008p.

⁶⁹ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.587.

A hermenêutica jurídica indica que ‘parceria’ é um termo polissêmico, sujeitando-se a usos distintos pela doutrina e pela legislação. Entretanto, a forma mais usual de parceria, a agrícola, é realizada entre agentes privados, tendo como principais características a associação negociada de fatores de produção, com o compartilhamento de riscos e lucros, sem necessidade de se constituir uma sociedade formal, bastando a formalização de contrato.

No campo do Direito Público, apesar de o termo não ser usual, as parcerias público-público são, há anos, corriqueiras, geralmente dando-se entre entes federados de diferentes níveis (União e Estados, União e Municípios ou estes e Estado), firmadas através de convênios, ou até mesmo entre entes de mesma esfera, normalmente dois ou mais municípios, em consórcio.

Convém ressaltar que o termo ‘público’, quando associado ao vocábulo ‘parceria’, possui a definição de Administração Pública – direta, indireta, dos três entes federados – o denominado Primeiro Setor. Conseqüentemente, também o vocábulo ‘privado’, ao ser associado àquele termo, tem sua definição limitada a pessoas físicas ou jurídicas de direito privado ou consórcio de empresas, ou seja, o Segundo Setor, se visar a lucro, ou o Terceiro Setor, se entidade sem fins lucrativos.

No entanto, o uso da expressão Parceria Público-Privada, no Brasil, é relativamente novo, visto que, conforme Ricardo Pereira Soares e Carlos Álvares da Silva Campos Neto, surgiu “como uma novidade do Plano Plurianual (PPA) 1996-1999”. Porém, segundo estes pesquisadores do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o único critério utilizado naquela lei, e repetida no PPA 2000-2003, para caracterização de uma Parceria Público-Privada era a alocação de recursos

financeiros do setor privado: “(...) se a iniciativa privada participa financeiramente, considera-se que está ocorrendo uma parceria”.⁷⁰

Os referidos autores também apresentam trazem o conceito utilizado pela Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que define o instituto como:

Acordos entre Governo e entidades do setor privado com a finalidade de prover, às comunidades, equipamentos de infra-estrutura pública e serviços correlatos. Tais parcerias são caracterizadas pela repartição compartilhada, entre os parceiros, dos investimentos, riscos, responsabilidades e ganhos. As condições para o estabelecimento de tais parcerias variam, mas geralmente envolvem o financiamento, projeto, construção, operação e manutenção dos equipamentos e serviços de infra-estrutura (MPOG, 2001, p.6).

Dentre os estudiosos do Direito, uma das primeiras a tratar das formas de parceria existentes na esfera pública foi Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra “Parcerias na Administração Pública”, que de forma ampla conceitua parcerias como “... todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público”.⁷¹ Para a autora, qualquer forma de colaboração, seja econômica ou social, desde que vise à satisfação do interesse público, pode ser definida como uma Parceria Público-Privada, independentemente da existência do objetivo de lucro.

Diferentemente do conceito de parcerias fornecido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que engloba todas as formas de delegação, fomento e cooperação; para os Planos Plurianuais não são consideradas parcerias “as ações nas quais a iniciativa

⁷⁰ SOARES, Ricardo Pereira; CAMPOS NETO, Carlos Álvares da Silva. Parcerias Público-Privadas do Plano Plurianual: Proposta de um conceito. In: **Texto para discussão nº 924**. IPEA: Brasília, dez. 2002. 20p. p.7.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. 328p. p.31.

privada tem execução e/ou gerenciamento da ação, mas não aloca recursos financeiros”.⁷²

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, também, já em 1997, definia Parceria Público-Privada como “modalidade de colaboração entre o setor privado e o setor público em que entidades não estatais participem em atividades estatais de índole econômica, auferindo lucros em sua execução”.⁷³ Nesta definição, na mesma linha das PPAs, ocorre a exclusão do conceito de parceria das colaborações privadas na área social, como saúde e educação, visto que geralmente ocorrem via contrato de gestão entre o Estado e organismos não estatais sem fins lucrativos (ONGs) e/ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), em que estes apenas executam os serviços, cujos recursos em geral vêm do Estado.

No plano internacional, as PPPs são descritas de forma ampla, *in verbis*:

Parceria Público-Privada é uma forma de privatização em que serviços tradicionalmente oferecidos pelo setor público são autorizados a uma sociedade entre o governo e uma ou mais companhias privadas. Diferente de um esquema de privatização pleno, em que se espera que o novo empreendimento funcione como qualquer outro negócio privado, o governo continua a participar de alguma forma nessas parcerias. Esses esquemas são referidos como PPP ou P3.

Tipicamente, um consórcio privado forma uma companhia especial chamada “veículo de propósito especial” (SPV) para construir e manter o ativo. O consórcio normalmente é composto de um empreiteiro, uma companhia de manutenção e um parceiro bancário. É o SPV que assina o contrato com o governo e com os sub-contratantes para construir o equipamento estatal e mantê-lo. Um exemplo típico de PPP seria um hospital financiado e construído por um empresário privado e então arrendado à autoridade de saúde estatal. O empresário privado então age como locador, fornecendo manutenção e outros serviços não médicos,

⁷² SOARES, Ricardo Pereira; CAMPOS NETO, Carlos Álvares da Silva. Considerações sobre o projeto de Lei de Parceria Público-Privada (PPP) em face da experiência recente do Brasil. In: **Texto para discussão nº 1010**. IPEA: Brasília, mar. 2004. 20p. p.09.

⁷³ MOREIRA NETO. Diogo Figueiredo. O Sistema da Parceria Entre os Setores Público e Privado - Execução de Serviços Através de Concessões, Permissões, Terceirizações e Outros Regimes. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo. Ano XIII, n.2, 75-81p. fev. 1997. p.75.

enquanto o hospital fornece serviços médicos em nome da administração pública.⁷⁴

Como se verifica, o conceito de Parcerias Público-Privadas é amplo e divergente, caracterizando-se por uma relação negocial entre o setor público e o privado na busca do interesse público, seja de forma a complementar os recursos financeiros daquele, na conceituação de uns; ou não necessariamente, na definição de outros.

Entretanto, para fins de delimitação do tema, buscar-se-á a definição de Parceria Público-Privada, apelidada de “PPP”, que no Direito pátrio é uma modalidade mais recente de contrato administrativo.

A instituição das PPPs foi encaminhada pelo Executivo Federal ao Congresso Nacional, através do Projeto de Lei nº 2.546/2003, com a seguinte conceituação em sua mensagem:

A parceria público-privada constitui modalidade de contratação em que os entes públicos e as organizações privadas, mediante o compartilhamento de riscos e com financiamento obtido pelo setor privado, assumem a realização de serviços ou empreendimentos públicos.⁷⁵

⁷⁴ Public-private partnership (PPP) is a variation of privatization in which elements of a service previously run solely by the public sector are provided through a partnership between the government and one or more private sector companies. Unlike a full privatization scheme, in which the new venture is expected to function like any other private business, the government continues to participate in some way. These schemes are sometimes referred to as PPP or P3.

Typically, a private sector consortium forms a special company called a "special purpose vehicle" (SPV) to build and maintain the asset. The consortium is usually made up of a building contractor, a maintenance company and a bank lender. It is the SPV that signs the contract with the government and with subcontractors to build the facility and then maintain it. A typical PPP example would be a hospital building financed and constructed by a private developer and then leased to the hospital authority. The private developer then acts as landlord, providing housekeeping and other non medical services while the hospital itself provides medical services. (tradução livre – WIKIPÉDIA, Enciclopédia. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Public-Private_Partnership>. Acesso em: 26 de setembro de 2005.)

⁷⁵ Mensagem de Encaminhamento nº 355/2003/MP/MF, anexa ao Projeto de Lei nº 2.546/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/182910.htm>>. Acesso em: 06 jun 2004.

Já o artigo 2º do referido projeto previa uma conceituação mais detalhada das PPPs:

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 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.

No entanto, por questões políticas e legislativas, o texto do projeto de lei das PPPs foi objeto de diversas emendas, sofrendo alteração inclusive em sua conceituação, sendo definida, ao final de treze meses de tramitação, simplesmente como “contrato administrativo de concessão”.

Depreendia-se do conceito definido pelo Projeto de Lei nº 2.546/2003 que, para serem consideradas como PPPs, deveriam ser atendidas duas condições: o acordo ser firmado para implantação ou gestão de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público; e serem implantados e explorados com financiamentos de parceiro privado. Com a alteração conceitual realizada na tramitação, na definição trazida pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, as características acima não estão mais explícitas, passando as PPPs a serem tratadas apenas como concessões com características específicas.

Porém, mesmo não constando definição de Parceria Público-Privada no texto da Lei nº 11.079/2004, Marçal Justen Filho muito bem sintetizou a conceituação desse instituto dividido em duas modalidades, nos seguintes termos:

Parceria público-privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma

garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para obtenção de recursos no mercado financeiro.⁷⁶

Fixado um conceito de Parceria Público-Privada, convém agora, antes de analisar o instituto no arcabouço jurídico brasileiro, verificar a origem deste instituto e o que a experiência internacional tem demonstrado, principalmente sobre a sua viabilidade.

4.2 ORIGEM DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Analizando a Parceria Público-Privada como compartilhamento de riscos entre Estado e iniciativa privada na consecução de serviços públicos em seu sentido amplo; no Brasil, a experiência mais antiga de PPP de que se tem notícia advém da época do Império. Segundo o relato de Carlos Lessa,⁷⁷ Dom Pedro II, para conseguir implantar a maior parte das ferrovias brasileiras, utilizou um dispositivo contratual – denominado à época como Cláusula do Ouro - pelo qual o Tesouro assumia o compromisso com o concessionário de um lucro de 7% ao ano em ouro. O relato ainda expõe, como curiosidade, que várias ferrovias “não respeitavam o espaço euclidiano” e “Tendiam a se mover com a maior sinuosidade possível multiplicando estações, porque não eram apenas elementos formadores de patrimônio, mas também eram elementos que ampliavam a base a ter garantia firme de 7% de ouro.”

⁷⁶ JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva. 2005. 863p. p.549. A edição deste livro se deu antes da publicação da Lei 11.079/2004, porém a conceituação apresentada está totalmente em consonância com o texto legal.

⁷⁷ LESSA, Carlos. Mesa de Encerramento. Seminário Internacional Parceria Público-Privada (PPP) na Prestação de Serviços de Infra-Estrutura. MRE/BID/BNDES, 13 e 14 nov 2003, Brasília. Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/seminario/PPP_encerra1.pdf>. Acesso em: 16 set 2004.

No Exterior, como exposto no Capítulo 2, há experiências que remontam à pré-modernidade, ocasião em que se identificam algumas formas de associação do Estado, ou qualquer outra forma de organização social, e a iniciativa privada, para a execução de serviços de interesse geral. Porém, as experiências com PPP que interessam ser analisadas são as mais recentes, surgidas em sua maioria após a crise do petróleo na década de 1970, como instrumento de fomento ao desenvolvimento de projetos sociais e de infra-estrutura.

Essas iniciativas tiveram como primeiro foco as privatizações e terceirizações, e apenas em um terceiro momento é que as parcerias como as em tela começaram a surgir. As mesmas apresentam como ponto mais significativo as áreas de infra-estrutura, como transporte, saneamento básico, geração e transmissão de energia. Como se pode verificar no quadro abaixo, elaborado pela Secretaria do Tesouro Nacional, as principais experiências internacionais, relacionando doze países e sua área de concentração,⁷⁸ estão discriminadas da seguinte forma:

EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL COM PPPs

	Nº de Projetos	Rodovias	Ferrovias	Água	Lixo	Energia	Saúde	Educação	Prisões	Escritórios	Reciclagem	Esportes
África do Sul	5-10	●		○			○	○	●			
Alemanha	0-5	○	○	○	○							
Austrália	10-20	●	●	●			●		●			
Bélgica	5-10	●	○	●	●		●	○				
Canadá	>100	●	●	●	●					●		
Espanha	0-5	●	●				●					
Finlândia	0-5	●	○				●			●		
França	>100	●	○	●		●						
Irlanda	5-10	●	○	●	○	●		○	●	●	○	
Itália	0-5	○	●		●							

⁷⁸ PAIVA, Sílvia Maria Caldeira Paiva; ROCHA, C. Alexandre A. **Parceria Público-Privada: O papel do Senado Federal na discussão e aprovação da Lei 11.079, de 2004.** Texto para discussão 25. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal: Coordenação de Estudos. Mai. 2005. 76p. p.5.

Portugal	5-10	●	○	●			○					○
Reino Unido	>100	●	●	●	●		●	●	●	●	●	●
● Pronto ○ Em andamento												
Fonte: STN, 2004												

É difícil formar uma definição de PPP que se adapte à experiência desses países que as utilizam, mas a Partnership UK assim as delimitou, de forma genérica:

As PPPs são (a) empregadas em uma ampla gama de setores, mormente naqueles em que grande aporte de capital privado é necessário, (b) baseadas em arranjo de longo prazo (em geral superiores a 10 anos), (c) capazes de transferir ao setor privado o risco do desempenho e prestação de serviços públicos e (d) baseadas numa lógica contratual do tipo output-based, no qual o setor público somente remunera o capital privado na medida em que os serviços são prestados, ano a ano (diferentemente da tradicional lógica input-based, na qual o governo paga seja ou não o serviço contratado efetivamente prestado).⁷⁹

Trazendo a questão para as nossas figuras jurídicas, pode-se afirmar que, internacionalmente, as Parcerias Público-Privadas englobam, além das concessões da Lei nº 11.079/2004, as concessões comuns e as permissões.

4.3 A EXPERIÊNCIA DO REINO UNIDO

A iniciativa das Parcerias Público-Privadas surgiu no Reino Unido no princípio dos anos 80 do século XX como uma terceira fase de um processo que começou com a privatização – alienação da propriedade estatal e da exploração do serviço pelo setor privado –, e com o que se convencionou chamar de “licitação competitiva”, conhecida no Brasil como terceirização, ou seja, delegação de serviços auxiliares.

⁷⁹ COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias Público-Privadas: Relatos de algumas experiências internacionais. In: SUNDFIELD, Carlos Ari (Org). **Parcerias Público-Privadas**. Malheiros: São Paulo. 2005. 605p. p.48-49.

Pelas PPPs no Reino Unido se outorgam contratos de serviço de longo prazo a concessionários privados que entram com o financiamento daquele investimento. Essa modalidade somente pôde ser viabilizada a partir de 1989, com a abolição de regras que restringiam o uso de capital privado no financiamento de ativos públicos – *Ryrie Rules* – e com a incorporação de parâmetros de avaliação da aplicação dos recursos financeiros dos contribuintes – *good value for money*. Esse modelo de PPP, conhecido como PFI – *Private Finance Initiative* –, foi uma criação do governo conservador em 1992, mas que foi abraçado entusiasticamente pelo Partido Trabalhista.

Relata-se que, nessa época, em razão da falta de coordenação inicial, insuficiente priorização e excesso de projetos implantados de forma açodada, muitos projetos fracassaram ou tiveram que ser renegociados. Somente após uma reorganização da administração central com a implantação de uma equipe gestora subordinada ao Tesouro (em 1997 e reorganizada em 2000) e a edição de regras gerais mais flexíveis para as PPPs, é que os projetos começaram a melhorar sua eficácia. Posteriormente, essa equipe gestora ligada ao Tesouro foi dividida em uma agência reguladora mista denominada Partnership UK e um órgão chamado Officer for Government Commerce, assumindo ambos a função de assessorar tanto o governo central como o local na realização das Parcerias.

O termo Parceria Público-Privada no Reino Unido é muito amplo, abarcando projetos em que a iniciativa privada financia e os que ela apenas gerencia, como no caso das ONGs, que eventualmente contam com financiamento público para gerenciamento de uma escola ambiental, por exemplo.

Mesmo sendo inúmeras as formas de Parcerias Público-Privadas existentes na experiência britânica, o modelo que o Brasil busca apreender e implantar é o da

Private Finance Initiative (PFI), espécie mais relevante de parceria, em que há financiamentos por parte do setor privado, constituindo-se em “uma modalidade de financiamento cuja particularidade reside no fato de ser garantido pelas receitas, ativos e direitos de concessão de um empreendimento específico”.⁸⁰ Nessa modalidade contratual, o setor público mantém a responsabilidade pela provisão dos serviços, cabendo ao setor privado a obrigação de buscar investimentos, fornecer a infra-estrutura e realizar a prestação dos serviços, porém com a peculiaridade de que os riscos são compartilhados.

Nessa espécie de financiamento, de estrutura contratual tipicamente anglo-saxônica, a concessão do financiamento decorre da viabilidade do projeto, da sua capacidade de gerar lucro, “na capacidade de pagamento demonstrada no fluxo de rendimentos esperado do empreendimento”,⁸¹ e não da simples análise de crédito convencional ou necessidade de outras garantias. O risco do credor/financiador é a principal característica que distingue um *project finance* de um financiamento corporativo, baseado na análise de crédito. No *project finance*, “as garantias são estruturadas em função dos ativos e do fluxo de caixa do próprio projeto”, enquanto que, na modalidade de financiamento corporativo, “a avaliação é feita em função do crédito e/ou dos ativos da empresa tomadora de recurso ou ainda das garantias oferecidas pelos acionistas”.⁸²

⁸⁰ Segundo Benjamin Zymler, a origem do *project finance* é privada, porém, a partir de 1973, passou a ser utilizada pelas finanças públicas, “quando, sob o impacto da crise do petróleo, ocorreu um crescimento exponencial dos déficits públicos em todo o mundo, que tornou compulsória a busca de alternativas menos onerosas de investimentos”. (ZYMILER, Benjamin. As licitações no âmbito das parcerias público-privadas. **Fórum Administrativo de Direito Público**. Belo Horizonte, ano 5, n.47, v.1, 4940-4961p. jan. 2005. p.4942-4943.)

⁸¹ RODRIGUES JÚNIOR. Waldery. A Participação Privada no Investimento em Infra-Estrutura e o Papel do Project Finance. In: **Texto para discussão n.495**. Brasília: IPEA, julho de 1997. 73 p. p.13.

⁸² RODRIGUES, Adriano Pires; BENTO, Leonardo da Silva e FARIA, Viviana Cardoso de Sá e **O papel do Project Finance na viabilização de Projetos de Energia Elétrica**. Centro Brasileiro de Infra-estrutura. Disponível em <www.ppe.ufrj.br/ppes/production/tesis/vcsfaria.pdf>. Acesso em: 10 dez 2004.

A PPP/PFI se subdivide basicamente em quatro modalidades de acordo com o grau de risco e as atribuições do parceiro privado:

1 - DBFT - *design, build, finance and transfer* – modalidade através da qual o parceiro privado fica encarregado de projetar, construir, financiar e, por fim, transferir ao ente público a planta construída. Essa foi a modalidade utilizada na construção do Channel Tunnel, em 1996, que teve um custo total de 4 bilhões de libras esterlinas;

2 - BOT - *build, operate and transfer* – nesta espécie, o ente privado constrói a planta e a transfere para o ente público, que, por sua vez, arrenda ao parceiro privado através de um contrato de longo prazo – período necessário para a recuperação do investimento e obtenção de razoável lucro – que ficará encarregado de explorá-la;

3 - BOO - *build, operate and own* – nesta modalidade, o ente privado constrói, opera e, ao final, fica definitivamente com a obra, o que implica redução de custos para o parceiro público;

4 - DBFO - *design, build, finance and operate* - o ente privado projeta, constrói, financia e opera os serviços, sendo esta a modalidade mais comum de PFI no Reino Unido.

No Seminário Internacional “Parceria Público-Privada na Prestação de Serviços de Infra-Estrutura”, Chris Heathcote, da Partnerships UK,⁸³ expôs que as PPPs haviam representado 11% do total de investimento público no Reino Unido no período de 1998-2004. Desde as primeiras viabilizações e tentativas de formação de

⁸³ HEATHCOTE, Chris. **Public Private Partnerships UK and other International Experience**. Seminário Internacional Parceria Público-Privada (PPP) na Prestação de Serviços de Infra-estrutura. Brasília MRE-BID-BNDES. 13 e 14 de novembro de 2003. Disponível em <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/publicacoes/catalogo/s_PPP.asp>. Acesso em: 16 set 2004.

Parcerias Público-Privadas, até o ano de 2004, foram assinados, segundo do Tesouro Britânico, 677 contratos, distribuídos entre os anos da seguinte forma.⁸⁴

Contratos por ano		
Ano	Número de projetos assinados	Valor do Capital (£m)
1987	1	180.0
1988	0	0.0
1989	0	0.0
1990	2	336.0
1991	2	6.0
1992	5	518.5
1993	1	1.6
1994	2	10.5
1995	11	667.5
1996	38	1,560.1
1997	60	2,474.9
1998	86	2,758.0
1999	99	2,580.4
2000	108	3,934.2
2001	85	2,210.8
2002	70	7,732.5
2003	52	14,854.1
2004	45	2,809.8
N/A	10	64.6
Total	677	42,699.4

Segundo informa Stephen Harris,⁸⁵ o maior número de Parcerias Público-Privadas ocorre nos setores de transporte, alcançando uma variedade de projetos que incluem estradas, pontes, bondes e ferrovias; de educação, área em que as parcerias ocorrem para edificação e/ou reforma de escolas; de saúde, que focalizam em investimento nos hospitais; de segurança e de justiça, setor em que as PPPs

⁸⁴ Planilha em tradução livre-The Treasury of the United Kingdom's economics and finance ministry. **PFI Signed Projects List - Dec 2004.** Disponível em: <http://www.hm-treasury.gov.uk/documents/public_private_partnerships/ppp_pfi_stats.cfm>. Acesso em: 26 dez 2005.

⁸⁵ HARRIS, Stephen. **Public Private Partnerships: UK Expertise for International Markets.** International Financial Services, London, 2003. 24 p.p. 11. Disponível em: <http://www.ifsl.org.uk/pdf_handler.cfm?file=PPP_report_2002&CFID=125684&CFToken=20868695>. Acesso em: 16 set 2005.

foram dirigidas principalmente para prisões, postos policiais e centros de treinamento. Essa afirmação pode ser comprovada pela planilha abaixo.⁸⁶

Contratos por Departamentos		
Departamento	Número de projetos assinados	Valor do Capital (£m)
Gabinete Civil (Cabinet Office)	2	347.7
Ministério da Fazenda (HM Customs & Excise)	2	170.3
Suprema Corte (Constitutional Affairs)	13	306.4
Ministério da Cultura e Esportes (Culture, Media & Sport)	7	68.6
Ministério da Agricultura (Environment, Food & Rural Affairs)	13	632.7
Ministério dos transportes (Transport)	45	21432.1
Ministério da Educação (Education & Skills)	121	2922.8
Ministério da Saúde (Health)	136	4901.2
Ministério da Indústria e Comércio (Trade & Industry)	8	180.8
Ministério do Trabalho e Previdência Social (Work & Pensions)	11	1341.0
Ministério das Relações Exteriores e do Reino Unido (Foreign & Commonwealth Office)	2	91.0
Ministério da Economia e Finanças (HM Treasury)	2	189.0
Ministério de Assuntos Internos (Home Office)	37	1095.8
Receita Federal (Inland Revenue)	8	453.8
Ministério da Defesa (Defence)	52	4254.8
Irlanda do Norte (Northern Ireland)	39	528.8
Gabinete do Primeiro Ministro (Office of the Deputy Prime Minister)	61	972.1
Departamento de eficiência pública (Office of Government Commerce)	1	10.0
Escócia (Scotland)	84	2249.3
Wales	33	551.3
Total	677	42699.4

O diplomata brasileiro José Maurício Figueiredo Bustani, observa que:⁸⁷

é largamente majoritária, no Reino Unido, a avaliação favorável das Parcerias Público-Privadas. Embora o financiamento privado de atividades no Reino Unido seja mais caro do que o financiamento público, há evidências consistentes de que a transferência de riscos para as partes mais aptas a administrá-los, bem como as sinergias que surgem da concentração das operações de "design", construção e administração no setor privado, têm propiciado maior eficiência, em termos de qualidade e custos de longo prazo, em comparação com a oferta exclusivamente pública dos serviços. Esse padrão de eficiência também é observado na

⁸⁶ (Planilha em tradução livre) The Treasury of the United Kingdom's economics and finance ministry. **PFI Signed Projects List - Dec 2004.** Disponível em: <http://www.hm-treasury.gov.uk/documents/public_private_partnerships/ppp_pfi_stats.cfm>. Acesso em: 26 dez 2005.

⁸⁷ BUSTANI, José Mauricio de Figueiredo. PPP: lições da experiência britânica. **Jornal Folha de S. Paulo.** São Paulo, 11 nov. 2003. Tendências e Debates. p.A-3.

manutenção dos padrões acordados nos contratos, uma vez que as PPP têm apresentado desempenho muito superior às atividades do setor público no que concerne ao respeito de limites orçamentários e de cronogramas de prestação de serviços.

Ainda conforme relata Stephen Harris, segundo o relatório do governo britânico referente ao ano de 2003, as PPPs apresentaram uma avaliação de desempenho favorável, pois os projetos foram finalizados no prazo em quase 90% (noventa por cento) dos casos, e em cada caso o setor público pagou o que esperava pagar. Segundo o autor, esses resultados foram confirmados pela auditoria do National Audit Office (NAO).

Porém, dentre as principais críticas às Parcerias Público-Privadas na Inglaterra, encontra-se:

a) Que o financiamento público é sempre mais barato que o privado, visto que uma empresa privada, por mais sólida que seja, representa maior risco de inadimplência do que o Estado; por isso os bancos cobram juros maiores para financiá-las.

b) O sistema de PPP dificulta a fiscalização e prestação de contas do Governo, impedindo a conseqüente responsabilização.

c) Este sistema não é bom para o servidor público, pois, quando a execução dos serviços e a responsabilidade pelo fornecimento da mão-de-obra são passados para a iniciativa privada, o Estado deixa de contratar. Outra alegação é de que parceiros privados pagam salários menores – até como forma de compensar os altos juros do financiamento – gerando pesadas críticas por parte dos sindicatos.

d) É alto o lucro almejado pelo parceiro privado para um investimento de retorno em longo prazo.

e) Que o Governo está apenas hipotecando o futuro – que o custo de longo prazo é maior, ao pagar o setor privado para gerenciar esses esquemas, do que custaria ao setor público construí-los.

De acordo com o que expõe Diogo Rosenthal Coutinho, a grande vantagem fiscal das PFIs no Reino Unido, é que as mesmas não são contabilizadas como dívida pública, são consideradas “*off-balance sheet financing*”. Logo, o investimento “pode ser considerado um ganho extraordinário, uma vez que o financiamento inicial é feito pelo parceiro privado, que toma os recursos por meio de endividamento e é depois remunerado pelo Governo ou pelo usuário”.⁸⁸ Fato que, desde já, constata-se como diferente no Brasil, visto que desde a contratação, a parceria é considerada “despesa de caráter continuado”, reduzindo a capacidade de endividamento do ente público.

Quanto à questão do controle, ainda segundo Diogo Rosenthal, o monitoramento das PPPs é feito pelo Tesouro, através da aduzida Equipe-PPP, e pelo National Audit Office – instituição independente do Governo ligada ao Parlamento, que audita as contas dos entes públicos e verifica “a conveniência e a adequação do projeto que se apresenta sob a forma de PFI desde uma série de aspectos operacionais e técnicos, opinando favoravelmente a ele ou não”.

A crítica que se faz é que apenas 6% (seis por cento) dos projetos implementados até 2002 haviam se submetido a algum tipo de auditoria independente. Estudos do Institute for Public Policy Research⁸⁹ (IPPR) apontaram um

⁸⁸ COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias Público Privadas: Relatos de algumas experiências internacionais. In: SUNDFIELD, Carlos Ari (Org). **Parcerias Público-Privadas**. Malheiros: São Paulo. 2005. 605p. p.56.

⁸⁹ GOSLING, Tim. PFI In Scotland. In: **Institute for Public Policy Research**. 30 Jan 2003. Disponível em: <<http://www.ippr.org/articles/archive.asp?id=329&fID=53>>. Acesso em: 26 set 2005. e MALTBY, Paul. **Let's end this PFI fundamentalism**. 05 Dec 2002. Disponível em: <<http://www.ippr.org/articles/archive.asp?id=323&fID=52>>. Acesso em: 01 out 2005.

custo/benefício significativamente favorável nas PFIs de estrada e de prisão, mas demonstrou que o custo/benefício em PFIs de escola e hospitais⁹⁰ eram questionáveis. E concluíram que os contratos PFI só funcionam bem quando o serviço é mais específico e o interesse público é assegurado via controle, sendo que, para serviços públicos complexos, não está claro que em um contrato PFI se pode resguardar o interesse público.

Segundo José Mauricio de Bustani:

A observação interessada das parcerias no Reino Unido permite ainda apreender algumas "lições" que podem contribuir para reduzir percalços e favorecer seus resultados no Brasil. Entre tais lições, podem-se enumerar a necessidade de compromisso político inequívoco para a atração de investimentos, a importância do recurso a conhecimento especializado no desenho dos projetos, a necessidade de priorizar projetos com maior retorno socioeconômico, a importância de uma correta transferência de riscos para o setor privado, que estimule a eficiência do projeto e que, ao mesmo tempo, preserve sua rentabilidade.⁹¹

Uma outra lição que se pode tirar da experiência britânica é que a decisão e contratação de uma PPP não podem se dar de forma açodada. Hoje, no Reino Unido, um contrato PPP/PFI não é assinado em menos de treze meses de

⁹⁰ A BBC noticia que a cidade inglesa de Carlisle, Cumbria, possuía três hospitais descentralizados (o municipal geral, a maternidade e a enfermaria) e que o governo local, por não ter condições de construir um hospital centralizado com recursos próprios, resolveu suprir aquela necessidade via contrato PPP/PFI na modalidade DBFO – a primeira PPP local na Inglaterra – a um custo anual de 12,3 milhões de libras esterlinas (incluindo serviços e limpeza). O parceiro privado financiou, projetou, construiu e agora gerencia os serviços prestados pelo hospital. Desde sua inauguração em 2000, críticos apontam uma série de problemas da construção (superaquecimento, canos de esgoto danificados, falhas no sistema elétrico, entrada para deficientes físicos distante do estacionamento e, quando foi requerida a construção de um novo estacionamento, a porta da unidade não permitia a entrada de pessoas deficientes), resultantes da redução de custos pelo parceiro privado, objetivando a maximização dos lucros. Também há reclamação quanto à redução no número de leitos na cidade e dos funcionários públicos que passaram à iniciativa privada. Segundo Robin MacLeod, diretor geral da North Cumbria Health Authority (NCHA), os problemas apontados não estão ligados ao PFI, mas a problemas iniciais de todo novo hospital. (BBC-News. **Hospital on the sick list?** Publicado em: Monday, 3 September, 2001, 10:23 GMT 11:23 UK. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/in_depth/business/2001/ppp/1493330.stm>. Acesso em: 26 set 2005.)

⁹¹ BUSTANI, José Mauricio de Figueiredo. PPP: lições da experiência britânica. **Jornal Folha de S. Paulo**. Tendências e Debates. São Paulo: 11 nov. 2003. p.A-3.)

tramitação, e sempre que possível é feito um esforço de comparação com um projeto semelhante inteiramente financiado e operado pelo Poder Público.

4.3.1 O Exemplo do Metrô Londrino

Lembrando que o metrô é um dos cartões postais de Londres e que faz parte de um projeto de PPP, pode ser de grande interesse conhecer como está ocorrendo a delegação daquele serviço público.

Constatado que o metrô de Londres era incapaz de gerar retorno econômico suficiente para cobrir os custos da manutenção e operação daquele sistema de transporte, ocasionando um déficit de investimento da ordem de 1.2 bilhões de libras, foi anunciada pelo Governo, em 1998, a necessidade de instituição de Parceria Público-Privada para o eficaz funcionamento do mesmo.

A infra-estrutura do metrô – trilhos, sinalização, pontes, túneis, elevadores, escadas rolantes, estações e trens – foi transferida para duas companhias privadas em janeiro de 2003, sob um contrato PPP de 30 anos, forma de administração em que o setor público continuou proprietário, operando o sistema, e as companhias privadas foram contratadas para a manutenção e atualização da infra-estrutura.

Segundo informa a London Underground Limited,⁹² nessa iniciativa, a rede de transporte metroviário foi dividida em três partes – JNP (Jubilee, Northern and Piccadilly Lines), BCV (Bakerloo, Central and Victoria Lines) e SSL (the Sub-Surface Lines: District, Metropolitan, East London, Circle and Hammersmith & City Lines) –, sendo que os contratos da linha BCV e SSL foram vencidos pelas empresas

⁹² London Underground Ltd. **London Underground and the PPP**. 2003. Disponível em: <<http://www.tfl.gov.uk/tube/downloads/pdf/reports>>. Acesso em: 26 dez 2005.

Metronet BCV Ltd. e Metronet SSL Ltd, enquanto a JNP ficou com a empresa Tube Lines. Tais empresas são conhecidas como “companhias de infra-estruturas”, ou “infracos”, e são formadas por um consórcio de diferentes companhias: a Metronet, por exemplo, é um consórcio da Balfour Beatty, WS Atkins, Bombardier, EDF Energy e RWE Thames Water.

A PPP proposta representou o primeiro compromisso de investimento de longo prazo no metrô, na ordem de £13 bilhões em 15 anos. O parceiro privado será pago por resultados, e multado por baixa *performance*. Para reduzir esses riscos e evitar penalizações, as companhias irão investir o mais cedo possível em um sistema tecnologicamente mais avançado e confiável.

A *performance* das “infracos” tem três pilares como medidas, que serão comparadas com a *performance* anterior do metrô, sendo eles:

- ✓ Viabilidade: Medida pela confiança no sistema dia após dia;
- ✓ Capacidade: Medida pela capacidade da renovação dos ativos em reduzir o tempo de jornada dentro do metrô, tanto no trajeto até os trens, quanto na viagem propriamente dita;
- ✓ Bem-estar dos passageiros: Medida da qualidade do ambiente das estações e trens.

Adicionalmente, o contrato ainda prevê a avaliação da *performance* pelo regime de “pontos de serviço”, os quais são atribuídos pela existência ou não de falhas nas instalações ou falhas apontadas, porém não reparadas no tempo.

Com esse esquema de contratação, a autoridade de transporte londrina⁹³ espera várias vantagens, como maior rapidez e frequência dos serviços; expectativa de menores quebras e atrasos com serviços mais confiáveis, visto que metade dos

⁹³ Department for transport. London Underground Public Private Partnership: the offer to Londoners. 06 Mar 2001. Disponível em: <http://www.dft.gov.uk/stellent/groups/dft_railways/documents/page/dft_railways_504024.hcsp>. Acesso em: 26 dez 2005.

cancelamentos até então eram causados por falhas de equipamento. Todos os trens do metrô serão trocados ou reformados durante a execução das parcerias; todas as estações de propriedade do metrô londrino serão reformadas ou modernizadas nos primeiros 7 anos e meio do contrato – sempre de forma coordenada para evitar paralisações simultâneas de linhas –; as tarifas continuarão a ser especificadas pela autoridade londrina, sendo que o contrato de PPP requer que elas não cresçam mais que a inflação.

São esses os aspectos que se espera que as PPPs equacionem, já que, atualmente, a London Underground Limited conta com subsídios governamentais e um projeto de financiamento para cobrir 23% de seus custos operacionais, evitando um colapso da infra-estrutura. Pelos estudos do grupo gestor das PPPs, esses custos serão substituídos pelo maior número de tarifas, que virão do aumento de eficiência do sistema e do aumento do número de passageiros transportados a partir da modernização da infra-estrutura pelas “infracos”, esperando-se que, após poucos anos, todos os fundos sejam gerados pelo aumento na arrecadação de tarifas (porém não no encarecimento delas), algo em torno de 40% de aumento nos 15 primeiros anos.

Apesar do pouco tempo em que o metrô está submetido a um contrato de PPP, dificultando a exata constatação de melhoria do sistema por causa disso, até julho de 2004, os índices de *performance* apresentaram a seguinte planilha.⁹⁴

⁹⁴ (Planilha em tradução livre) London Underground Ltd. **London Underground and the PPP: The first year 2003/04 - As at financial year end 2003/04**. London: June 2004. 57p. p. 55. Disponível em: <<http://www.tfl.gov.uk/tfl/about/tube-plans/ppp/default.asp>>. Acesso em: 26 dez 2005.

Medida de Performance	2003/04	2003/04	Status	2004/05
	Atingido	Esperado		Esperado
Satisfação geral do usuário (limite máximo igual a 100)	76	75	Cumprido	76
Excesso de tempo de jornada. Ex.: falhas, superlotação, filas (comparado com pesos mínimos)	3.36	3.36	Cumprido	3.27
Excesso de tempo de viagem (comparado com pesos mínimos)	2.03	2.05	Cumprido	1.97
Volume de serviços (milhões de km de operação de trens)	67.7	67.7	Cumprido	68.9
Km programados não realizados (%)	6.9%	6.2%	Descumprido	6.0%
% Cancelamento de trens no horário de pico - não disponibilidade operador (ONAs)	0.3%	0.6%	Cumprido	0.6%
Horas perdidas pelo usuário (milhões)	16.97	17.65	Cumprido	16.75

No relatório do ano seguinte, os dados avaliados também apresentaram resultados satisfatórios, conforme dados abaixo:⁹⁵

Medida de Performance	2004/05	2004/05	Status
	Atingido	Esperado	
Satisfação geral do usuário (limite Máximo igual a 100)	78	76	Cumprido
Excesso de tempo de jornada. Ex.: falhas, superlotação, filas (em minutos, comparado com pesos mínimos)	3.23	3.27	Cumprido
Excesso de tempo de viagem (em minutos, comparado com pesos mínimos)	1.80	1.97	Cumprido
Volume de serviços (milhões de km de operação de trens)	69.4	68.9	Cumprido
Km programados não realizados (%)	4.7%	6.0%	Cumprido
% Cancelamento de trens no horário de pico – não disponibilidade operador (ONAs)	0.1%	0.6%	Cumprido
Horas perdidas pelo usuário (milhões)	14.76	17.22	Cumprido

Na experiência ainda recente de Parceria Público-Privada no metrô londrino, o resultado até então tem sido favorável quanto aos níveis de *performance* expostos, porém há pontos esperados pelo órgão gestor — como a cobertura dos custos ser

⁹⁵ (Planilha em tradução livre) London Underground Ltd. **London Underground and the PPP: The second year 2004/05 - Report for financial year ending 31 March 2005**. London: Jul 2005. Disponível em: <<http://www.tfl.gov.uk/tube/downloads/pdf/reports/lulppp-financial-report-04-05.pdf>>. Acesso em: 26 dez 2005.

substituída pelo aumento de arrecadação de tarifas pelo acréscimo de usuários — cuja visualização ainda é difícil. Porém, essa experiência pode ser muito útil na formalização dos contratos no Brasil.

4.4 A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

A experiência portuguesa na utilização de PPPs, que vem desde a década de 1990 com a construção da ponte Vasco da Gama, também pode trazer elementos importantes na avaliação deste instituto.

Dada a situação de enfraquecimento das finanças públicas portuguesas, o Governo sentiu necessidade de reduzir o peso do endividamento público e da tributação e, por outro lado, de elevar o nível de benefícios resultantes da despesa pública. Foi nesse contexto que surgiu a necessidade de encontrar alternativas ao financiamento tradicional do setor público para a persecução de determinadas atividades, uma vez que continuam e continuarão a surgir necessidades de construção e manutenção de infra-estruturas e de provisão de serviços públicos de diversas naturezas. E foi inspirado no modelo britânico que Portugal iniciou a instituição de Parcerias Público-Privadas.

Nesse diapasão, “Orientações da Comissão Europeia sobre Fundos Estruturais para o período 2000-2006” priorizam o envolvimento crescente com o setor privado através das Parcerias Público-Privadas em sentido lato, sendo que tais orientações dão maior ênfase à necessidade de favorecer o recurso a fontes de financiamento privado e a inovadoras formas de “engenharia financeira” na expansão e modernização dos serviços públicos na Europa. Conforme Alfredo José

de Sousa,⁹⁶ ficou definido no Plano Nacional de Desenvolvimento Económico e Social Português para o período em questão, relativamente aos desafios da participação de Portugal na moeda única:

(...) uma orientação do investimento de utilidade social baseada na procura de soluções de engenharia financeira que permitam partilhar com o sector privado as responsabilidades da execução e da gestão, assegurando sempre o serviço público de qualidade. Com efeito, quer as restrições orçamentais quer as razões de gestão apontam para o reforço das parcerias público-privado, para as quais podem ser equacionadas diferentes soluções: o financiamento orçamental; o financiamento por taxas conforme a utilização; o estabelecimento de entidades autónomas de gestão e o financiamento privado de risco, embora a propriedade privada não seja obrigatória. (...) Caberá ao Estado a definição de estratégias e acções voluntaristas, acompanhada do aprofundamento das funções de regulação e fiscalização, sobretudo nos casos em que se verifique a redução da presença directa do Estado na economia.

Uma vez demonstrada a prioridade dada pela União Europeia e por Portugal às Parcerias Público-Privadas, importa relatar que, depois da construção da ponte Vasco da Gama, de 1997 a 2002 foram implementados diversos projetos rodoviários; em 2002 iniciou-se a edificação de 10 hospitais pela modalidade PPP, havendo casos de utilização dessa parceria em outros setores.⁹⁷ Porém a forma de parceria que mais se destacou em Portugal foi o programa de rodovias, que passou a ser designado de SCUT (Sem Custo ao Utilizador).

No sistema SCUT, cabe ao parceiro privado projetar, financiar, construir, operar e manter a rodovia, sendo que, em vez de ser remunerado pelo usuário por meio de pedágios, é o Estado quem arca com esse ônus. É o denominado pedágio-sombra, cujos pagamentos pelo Estado variam de acordo com o tráfego de veículos.

⁹⁶ SOUZA, Alfredo José de. As Parcerias Público-Privadas e o Desenvolvimento: O Papel do Controle Financeiro Externo. **Revista do Tribunal de Contas de Portugal**. n. 36. Jul/Dez 2001. p.27-46.

⁹⁷ COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias Público Privadas: Relatos de algumas experiências internacionais. In: SUNDFIELD, Carlos Ari (Org). **Parcerias Público-Privadas**. Malheiros: São Paulo. 2005. 605p. p.74.

As vantagens apresentadas para a adoção desse sistema sem custo para o usuário, segundo Diogo Rosenthal Coutinho, seriam a:

minimização de riscos de tráfego (...) possibilidade de economia de tempo, transferência de riscos operacionais para o setor privado, eliminação dos riscos dos lucros desmesurados pelo operador privado, maior disciplina fiscal e ausência de pedágios (...).⁹⁸

Embora o esquema de Parceria Público-Privada no formato de SCUT seja um conceito cuja aplicação se possa justificar em algumas circunstâncias, segundo o Ministério de Obras Públicas, Habitação e Transportes de Portugal (MOPHT), o programa acabou por se transformar em um instrumento de desequilíbrio orçamentário, uma vez que, embora permita a construção rápida de auto-estradas, apresenta encargos financeiros incompatíveis com a realidade orçamentária do país, revelando-se insustentável,⁹⁹ pois vem criando encargos extraordinários de cerca de 1,1 mil milhões de euros, grande parte destes advinda do direito das concessionárias de requerer re-equilíbrios econômico-financeiros.

Além dos mencionados problemas com as SCUTs, outros, surgidos em decorrência da excessiva liberdade e indefinições nas diversas etapas da Parceria Público-Privada, levaram à edição do Decreto-Lei nº 86, de 26 de abril de 2003,¹⁰⁰ que tem efeito retroativo para os projetos de Parceria em curso na data da sua publicação.

⁹⁸ COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias Público Privadas: Relatos de algumas experiências internacionais. In: SUNDFIELD, Carlos Ari (Org). **Parcerias Público-Privadas**. Malheiros: São Paulo. 2005. 605p. p.74.

⁹⁹ Segundo o MOPHT, “para 2005, os encargos com as concessões SCUT deverão atingir os 521 milhões de euros, repartidos entre rendas (273), expropriações (160) e reequilíbrios financeiros (88).” Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt/Portal/Print.aspx?guid=%7B0EE0137D-64E1-4DA8-AFFD-46CC55E4BF80%7D>>. Acesso em: 07 set 2005.

¹⁰⁰ “O presente diploma tem por objecto a definição de normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas.”

Em linhas gerais, o Decreto fixa as regras gerais aplicáveis às PPPs, estabelece diretrizes sobre a repartição de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado, e fixa normas de geração de despesa pública em consonância com a disciplina orçamental. Privilegiando o planejamento, a norma lusitana determina que nas fases preparatórias de uma PPP haja avaliação mais cuidada da repartição do risco e da eficiência da mesma em todas as suas fases, chegando a estabelecer regras processuais administrativas para a preparação e estudo das parcerias.

Segundo a exposição de motivos do mesmo:

O presente diploma avança ainda na consagração plena, do ordenamento jurídico português, do princípio segundo o qual a parceria apenas se justifica quando se revelar vantajosa em confronto com o comparador de sector público.¹⁰¹

Independentemente do reajustamento trazido pelo Decreto-Lei nº 86, o MOPHT já aponta o fim do SCUT com a previsão de implantação de pedágios aos usuários, revelando que, apesar de as SCUT terem sido uma boa idéia no caso português, os principais motivos para o seu fracasso foram:

Lançamento de AE-Scut em número excessivo num curto espaço de tempo, dado o volume de investimento necessário face aos recursos financeiros disponíveis; Incorrecta repartição dos riscos do projecto entre o Estado e as entidades privadas; Falta de preparação e quantificação da cobertura de riscos; Ausência contratual da possibilidade de introdução de portagens; Cláusulas contratuais que praticamente "congelam" o Plano Rodoviário Nacional 2000.¹⁰²

¹⁰¹ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 86, de 26 de Abril de 2003. Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt/Portal/Print.aspx?guid=%7B118079E5-C7AC-4BB6-8677-A95D17B2A27A%7D>>. Acesso em: 07 set 2005.

¹⁰² PORTUGAL. Ministério de Obras Públicas, Habitação e Transportes. Como se chegou a esta situação de insustentabilidade do modelo Scut? Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt/Portal/Print.aspx?guid=%7B0EE0137D-64E1-4DA8-AFFD-46CC55E4BF80%7D>>. Acesso em: 07 set 2005.

As SCUTs provavelmente deixarão de ser a regra em Portugal, mas não será abandonada a Parceria Público-Privada nas diversas áreas de infra-estrutura, de construção e operação de hospitais, em especial a de transporte rodoviário, ferrovias e trens urbanos, ainda mais após a publicação pela Comissão Europeia do Livro Verde sobre “As Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões”, no qual a Comissão vislumbra a possibilidade de utilização das parcerias para a realização das redes transeuropeias de transportes.

4.5 EXPERIÊNCIAS DE OUTROS PAÍSES

O modelo de Parcerias Público-Privadas está sendo estimulado pelas instituições financeiras multilaterais, como o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento e o Fundo Monetário Internacional na maioria dos países, em especial naqueles “em desenvolvimento”. Logo, verificam-se em toda a América Latina estudos ou primeiros passos para a instituição de Parcerias Público-Privadas. Em linhas gerais, pode ser interessante verificar como estão acontecendo as PPPs em países como Chile, Austrália e África do Sul, que, assim como o Reino Unido e Portugal, possuem um histórico de PPPs implantadas.

4.5.1 PPP no Chile

Diogo Rosenthal Coutinho,¹⁰³ em estudo sobre a experiência chilena em Parcerias Público-Privadas, expõe que o país iniciou sua implantação na década de 90 do último século, em razão da ausência de infra-estrutura, que impedia o seu desenvolvimento. O mecanismo utilizado inicialmente foi a concessão simples, modalidade na qual o concessionário constrói, opera e mantém a estrada e retira sua remuneração de tarifas cobradas dos usuários. Porém, nova legislação foi introduzida de forma a flexibilizar o processo, com obrigações mútuas, utilização da arbitragem para solução de conflitos e possibilidade de que as próprias obras públicas pudessem servir de garantia aos financiamentos.

Segundo informações do Ministério do Planejamento brasileiro,¹⁰⁴ “como resultado das PPPs no Chile, o investimento anual em obras públicas aumentou de US\$300 milhões para US\$1,7 bilhões”. De 1994 até 2004 foram executados naquele país 36 projetos no montante de US\$ 6 bilhões, sendo 24 do setor de transporte, 9 aeroportos, 2 prisões e 1 reservatório, estando 20 em operação.

De acordo com o que relata Coutinho, o Direito chileno tem como peculiaridade a possibilidade de uma concessão se originar por provocação de um particular, além da tradicional iniciativa governamental. Da experiência chilena, o autor tira as seguintes lições: necessidade de que haja um “pano de fundo institucional adequado e sólido”, a fórmula de remuneração de parceiro privado deve

¹⁰³ COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias Público Privadas: Relatos de algumas experiências internacionais. In: SUNDFIELD, Carlos Ari (Org). **Parcerias Público-Privadas**. Malheiros: São Paulo. 2005. 605p. p.67-73.

¹⁰⁴ BRASIL. Ministério do Planejamento. **Informações adicionais sobre PPP**. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/planejamento_investimento/conteudo/noticias/informacoes_adicionais_sobre_ppp.htm>. Acesso em: 03 mai 2005.

ser bem escolhida, evitando aqueles que estimulam os altos pedágios, e manter “alguma margem para redução dos preços dos pedágios” para momentos de baixo fluxo.

4.5.2 PPP no Estado de Victoria, na Austrália

No campo estadual, regional, também há experiências, e uma bem sucedida e bastante avançada em termos de capital investido é a do estado de Victoria, na Austrália, que iniciou seus programas de PPP em 1994, quando o Departamento do Tesouro Estadual¹⁰⁵ lançou The Infrastructure Investment Policy (IIPV). Essa política de investimento público-privado tinha entre seus principais objetivos a busca do investimento particular; o aumento dos ativos, produtos e serviços públicos com maior eficiência, menor custo e de maneira oportuna; aquisição de vantagens advindas das novas tecnologias e inovações, habilidades de gerenciamento do setor privado e de sua variada gama de técnicas de financiamento; promoção do crescimento dos negócios e empregos em Victoria; e fortalecimento da economia estadual, produzindo benefícios sociais, culturais, ou qualquer outro que significasse melhor qualidade de vida.

O governo daquele estado australiano se comprometeu a promover investimento privado em infra-estrutura somente quando tal envolvimento provesse claramente soluções mais efetivas para o setor público, tais como: operação e gerenciamento de contratos para hospitais, manutenção de ativos do Governo;

¹⁰⁵ State Government of Victoria, Department of Treasury, **Infrastructure Investment Policy for Victoria**, June 1994. Disponível em: <http://www.partnerships.vic.gov.au/domino/web_notes/PartVic/PVWeb.nsf>. Acesso em: 27 dez 2005.

projetos de utilização imediata para melhoria de estradas estaduais; projetos BOT, BOO e BOOT¹⁰⁶ para hospitais, infra-estrutura portuária, prisões, rodovias com pedágio e abastecimento de água e esgoto.

De acordo com o Department of Treasury and Finance, a experiência vitoriana sob IIPV foi exitosa, mas encontrou problemas quando era necessário que o parceiro privado lidava diretamente com os destinatários dos serviços públicos – pacientes, prisioneiros, consumidores de água e assim por diante. O fracasso de algumas iniciativas e a impopularidade do relacionamento privado direto com os usuários criou um clima político para mudança.

Assim, a plataforma política IIPV foi reavaliada e lançada a Partnerships Victoria (PV), em junho de 2000,¹⁰⁷ que está financiando um hospital para mulheres de US\$ 300 milhões e complexo de rodagem de US\$ 2.5 bilhões naquele estado, além de um complexo esportivo na cidade de Melbourne para os jogos do Reino Unido, em março de 2006.

Em números, as PPPs daquele principal programa do estado australiano de Victoria já representam 10% do investimento anual no setor público, que pode variar de 5% a 20% dependendo do ano a se considerar. Finalmente, 14 projetos em desenvolvimento naquele estado significarão ativos no valor de US\$ 4 bilhões para o setor público, e 4 outros novos projetos estão lançados no valor de US\$ 800 milhões.

¹⁰⁶ Como tratado no item sobre a experiência do Reino Unido, BOT refere-se ao modelo inglês “build-operate transfer”; assim como BOO, a “build-own-operate”; e BOOT, a “build-own-operate-transfer”.

¹⁰⁷ State Government of Victoria, Department of Treasury and Finance. **Partnership Victoria Guidance Material**, 4 volumes: Vol.1, Overview, Vol.2, Practitioners’ Guide, Vol.3, Risk Allocation and Contractual Issues, Vol.4, Public Sector Comparator – Technical Note, June 2001. Disponível em: <<http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/0/D642DEFD81BB296CCA2570B500102251?OpenDocument>>. Acesso em: 27 dez 2005.

4.5.3 PPP e Inclusão Social na África do Sul

Em abril de 1997, o Conselho de Ministros¹⁰⁸ da África do Sul aprovou a criação de uma força-tarefa com o objetivo de desenvolver um pacote de medidas políticas, legislativas e institucionais para criar um ambiente propício para PPPs. Neste sentido, vários projetos pioneiros foram realizados entre 1997 e 2000.¹⁰⁹

Diante das lições iniciais dos projetos apontados e com o auxílio da experiência internacional, em especial do Reino Unido, uma estrutura estratégica para as PPPs foi endossada pelo Conselho de Ministros, em dezembro de 1999, e, em abril de 2000, as regulamentações do Tesouro foram legalizadas (The Public Finance Management Act - Act 1 of 1999). A partir de então, as Parcerias Público-Privadas na África do Sul têm sido saudadas como uma nova forma de conduzir os negócios do Estado com apoio do financiamento e *expertise* do setor privado, e de implementar o que eles chamam de *black economy empowerment*,¹¹⁰ uma estratégia governamental para diminuir a diferença social na sociedade sul-africana criada pela política do *apartheid*.

Os fatores-chave que levaram o Estado sul-africano a imaginar que as PPPs poderiam atingir esse objetivo eram: a natureza de longo prazo das PPPs, que

¹⁰⁸ O Conselho de Ministros divide a autoridade executiva entre o Presidente e seus Ministros, e seus membros são escolhidos pelo Presidente, que consulta os líderes dos partidos, determina seus poderes e funções, podendo dispensá-los discricionariamente.

¹⁰⁹ A Agência Nacional de Estradas (SA National Roads Agency) fez duas estradas com pedágio. O Departamento de Trabalhos Públicos e Serviços Correccionais (Departments of Public Works and Correctional Services) construiu duas prisões de máxima segurança. Dois municípios negociaram os serviços de água; e o Órgão Nacional de Turismo (SA National Parks) realizou várias concessões para o turismo. (SOUTH AFRICAN, National Treasury's Public Private Partnership. Links: About the PPP unit and PPP Unit history. Disponível em: <<http://www.ppp.gov.za/>>. Acesso em: 12 out 2005.)

¹¹⁰ Empowerment: refere-se ao aumento da força política, social e econômica de indivíduos ou grupos. Geralmente envolve o desenvolvimento da confiança em suas próprias capacidades. (tradução livre – WIKIPÉDIA, Enciclopédia. Disponível em: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Empowerment>>. Acesso em: 12 out 2005.)

oferecem um instrumento oportuno para atingir a igualdade social; nas PPPs, o risco é claramente identificado, o custo identificável e apropriadamente alocado, de forma que participantes negros saibam antecipadamente a que estão se comprometendo; a formação de consórcios privados em forma de veículos de propósito específico (VPE) cria benefícios em parcerias de longo prazo entre novos empresários negros e experientes companhias existentes – ambos atuando como parceiros iguais em projetos de gerenciamento, em dois níveis, como sócios da VPE privada e subcontratados –; as PPPs proporcionam oportunidades significativas para a subcontratação de empreendimentos de negros, em que o fluxo de caixa pode beneficiar e derivar novas relações comerciais; as PPPs têm um grande alcance para gerar benefícios à política *Black Economy Empowerment* (BEE), pois através das subcontratações e mecanismos de representação elas podem envolver um largo espectro de negócios, e trazer benefícios tangíveis ao desenvolvimento das economias locais, desenvolvendo habilidades e criando empregos.¹¹¹

4.5.3.1 *Black Economy Empowerment* nas PPPs

Provavelmente uma das características mais marcantes da política do Governo sul-africano em relação às PPPs é a adoção de critérios que observem o emprego de mão-de-obra especializada de profissionais e/ou empresários negros, articulada em 2003 como forma de diminuir os efeitos econômicos da política do *apartheid*.

¹¹¹ SOUTH AFRICAN, National Treasury's Public Private Partnership. **Public Private Partnership Manual**: National Treasury National Treasury PPP Practice Notes issued in terms of the Public Finance Management Act. Module 01: South African Regulations for PPPs. 28 p.p 8 Disponível em: <<http://www.ppp.gov.za/manual/pppmanual.zip>>. Acesso em: 12 out 2005.

Essa política está sendo implementada nas Parcerias Público-Privadas daquele país, oficial e sistematicamente, como componente-chave nos projetos, existindo várias regulamentações legais para garantir a *Black Economy Empowerment*, estabelecendo sistemas de pontuação para empreendimentos que atendam a três elementos básicos:

- ✓ Fortalecimento direto da parcela negra através da propriedade e controle dos empreendimentos;
- ✓ Equidade no emprego e desenvolvimento de recursos humanos; e
- ✓ Fortalecimento indireto desta parcela da população.

São esses parâmetros legais que estabelecem o “código de boas práticas em *Black Economy Empowerment* e indicam os pontos a serem considerados nos projetos, na implementação e na escolha dos parceiros das PPPs.

Entre os desafios sul-africanos para a implementação dessa política se encontram: a falta de fundos econômicos de origem negra, já que a população negra não acumulou poupança ao longo dos anos; o alto custo do financiamento de projetos que consideram a política BEE, porque refletem a avaliação dos riscos associados no uso de mão-de-obra e de gerenciamento limitados pela experiência da população negra; os custos de financiamento independente e de consultas legais para empreendimentos de negros que dificultam a preparação de orçamentos durante a negociação de contratos, e no início do empreendimento, deixando geralmente os parceiros negros de um consórcio em posição vulnerável que os leva a acordos desvantajosos.

4.5.3.2 A Experiência Municipalista na África do Sul

O Governo sul-africano também possui uma instituição criada em 1998, com base na Seção 21 do Companies Act (Act 61 of 1973), que procura incentivar iniciativas de PPPs em âmbito local, chamada de Unidade de Investimento em Infra-Estrutura Municipal (Municipal Infrastructure Investment Unit - MIIU).¹¹² Esse órgão foi criado para funcionar como catalizador de desenvolvimento de um mercado de assistência técnica de preparação para oferecimento de serviços de infra-estrutura na esfera municipal baseados nas Parcerias Público-Privadas.

Anteriormente à elaboração dos projetos de PPP, a MIIU participou ativamente no estabelecimento das estruturas legais para governos locais finalizadas em 2000, uma vez que o setor privado reclamava da falta de regras e regulamentações sobre aspectos como aumento de preços de tarifas, segurança jurídica, assim por diante. Com o fim do estabelecimento da estrutura legal básica, a MIIU passou a prestar assistência em vários projetos bem-sucedidos, como: aterros de reciclagem de Cape Town (Western Cape Province),¹¹³ e unidades de tratamento e distribuição de água em Uthungulu Water (Kwazulu Natal).¹¹⁴

¹¹² SOUTH AFRICAN. Municipal Infrastructure Investment Unit. Disponível em: <<http://miiu.org.za/>>. Acesso em: 12 out 2005.

¹¹³ Em Cape Town, a MIIU facilitou a operação privada e manutenção de quatro aterros de resíduos sólidos em um contrato de R 22.4 milhões de Rand (US\$ 3.7 milhões).

Diferentes dos outros aterros, estes não recebem os resíduos coletados pelo serviço de coleta semanal. Eles recebem resíduos recicláveis pesados e leves direto dos locais de recolhimento para a área de compostagem, onde materiais, como sucata e plásticos, são reciclados e desviados do processo principal.

O benefício de estruturas desse tipo são vários; eles reduzem o volume de lixo a ser transportado e descartado no aterro sanitário, reduzindo volume de combustível gasto e a necessidade de espaço para “armazenamento”, reduzindo os custos para a municipalidade. (Disponível em: <<http://miiu.org.za/www/index.php>>. Link: Cape Town - Western Cape Province. Acesso em: 12 out 2005)

¹¹⁴ No município de Uthungulu, a MIIU ofereceu assistência na prorrogação e emendas de contratos existentes com uma companhia privada para a operação e monitoramento de 134 órgãos de

Analizadas algumas experiências internacionais com Parcerias Público-Privadas, cabe agora entrar na análise da legislação brasileira sobre o assunto, de forma a verificar se o País possui o sustentáculo legal para sua implantação e analisar se tais normas estão em consonância com o regime jurídico-administrativo.

tratamento/distribuição de água e nove estruturas de recolhimento de esgoto, em cinco locais do município.

A parceria neste município consolidou vários acordos com líderes comunitários tradicionais e organizações comunitárias locais, ao estabelecer um contrato garantidor destes acertos, que ofereceu facilidades de monitoramento para a municipalidade, redução de custos com a economia de escala, e fortalecimento dos operadores das comunitárias locais.

Como resultado dessa assistência, 22.200 residências vão continuar a receber benefícios de serviços melhores. O acordo, assinado em 19 de março de 2004, ainda pretende beneficiar mais 7.000 residências. O valor da extensão deste contrato é de R 16,8 milhões de Rand (US\$ 2.7 milhões). (Disponível em: <<http://miiu.org.za/www/index.php>>. Link: Uthungulu Water. Acesso em: 12 out 2005.)

5 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS DA LEI Nº 11.079/2004

O Ministério do Planejamento no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso começou a ventilar a proposta de Parcerias Público-Privadas no Brasil, visando principalmente a aportar recursos privados na área de infra-estrutura de saneamento, esgoto e estradas. Entretanto este projeto não chegou a ser concluído, ficando para o governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva levá-lo adiante.

O Projeto de Lei nº 2.546/2003 foi encaminhado à Câmara dos Deputados em 19 de novembro de 2003 e, após ter sofrido inúmeras emendas, remetido ao Senado em 24 de março de 2004, oportunidade em que o projeto foi todo reformulado, sendo finalmente aprovado em 21 de novembro de 2004. Retornando à Câmara dos Deputados, foi ratificado no dia seguinte e sancionado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, com dois vetos, no dia 30 de dezembro de 2004.

As Parcerias Público-Privadas, segundo expõe o Governo, visam principalmente a aportar recursos privados na área de infra-estrutura, elevando a taxa de investimentos no País, como uma forma de evitar o estrangulamento do crescimento econômico que a queda do investimento público, a partir das duas últimas décadas do século XX, pode estar causando ou vir a causar.

Em estudo elaborado pelo Senado Federal, ao analisar este argumento para a instituição das PPPs, os autores assim expuseram:

na década de 1970, a taxa média de investimentos em relação ao Produto Interno Bruto (PIB) situava-se na faixa de 22,6%, sendo o setor público responsável por 3,7 pontos percentuais (p.p.), na década de 1990 essas taxas caíram para 20,4% e 2,7%, respectivamente. De 2000 a 2003, os

investimentos do setor público passaram a responder por apenas 1,8% do PIB.¹¹⁵

Os autores expuseram também que, no “período de 1991 a 2003, a queda nos investimentos públicos em infra-estrutura está relacionada com a queda nos investimentos públicos em geral” e acrescentaram que, “especificamente no setor de infra-estrutura, os investimentos públicos também caíram abaixo da tendência histórica em 2003”.

Levando-se em consideração que a falta de investimentos públicos, principalmente em infra-estrutura, pode comprometer o crescimento econômico do País e que o Estado, por si só, não tem condições de financiar, dada a escassez de recursos fiscais, a restrição de endividamento público e a rigidez orçamentária,¹¹⁶ as PPPs objetivam, segundo o Governo, estimular o setor privado a investir nessas áreas que, *a priori*, não são atrativas.

Outro objetivo das PPPs, em decorrência da reforma gerencial, é a privatização, em sentido amplo, das atividades não-exclusivas do Estado, como uma “fuga para o Direito Privado”, para usar as palavras de Maria João Estorninho. No entanto, essa fuga não é, nem poderia ser, total, pois o próprio contrato de PPP tem natureza pública, estando sujeito à licitação, aos diversos controles da Administração Pública e ao regime jurídico-administrativo no que diz respeito à execução do contrato.

Entretanto, independentemente dos argumentos utilizados pelos Governos Federal e Estaduais para o estabelecimento das PPPs, a propositura dos

¹¹⁵ PAIVA, Sílvia Maria Caldeira Paiva; ROCHA, C. Alexandre A. **Parceria Público-Privada: O papel do Senado Federal na discussão e aprovação da Lei 11.079, de 2004**. Texto para discussão n. 25. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal. Mai 2005. 76p. p.15-17.

¹¹⁶ Segundo o Fundo Monetário Internacional, há evidências de que investimento público caiu na década de 1990, dentre outros motivos, principalmente por causa do ajuste fiscal. (IMF, International Monetary Fund. **Public Investment and Fiscal Policy**. March 12, 2004. 52 p. p. 9. Disponível em <<http://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/PIFP.pdf>>. Acesso em: 18 set 2005.

respectivos projetos de lei suscitou um grande número de questionamentos, fato inerente à adoção de institutos jurídicos dessa magnitude.

A primeira lei sobre o tema a ser publicada foi a do Estado de Minas Gerais – Lei nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003 –, seguida por São Paulo – Lei nº 11.688 de 19 de maio de 2004 – e, somente em 30 de dezembro de 2004, foi editada a Lei nº 11.079 da União Federal. Analisar esse novo instituto, seguindo como baliza a lei federal e buscando resposta para alguns dos questionamentos levantados até então, é o que se pretende fazer a partir deste ponto.

5.1 MODALIDADES DE PPPS INSTITUÍDAS PELA CONCEITUAÇÃO LEGAL

Como se verifica pela leitura do art. 2º da Lei nº 11.079/2004, que traz a definição de Parceria Público-Privada, são duas as modalidades do instituto: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º 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.¹¹⁷

Essas são as espécies que devem ser analisadas à luz do regime jurídico-administrativo e da legislação existente.

¹¹⁷ BRASIL. **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 União, Brasília, de 31 dez. 2004.

5.1.1 Concessão Patrocinada

A concessão patrocinada, disposta no §1º do art. 2º da Lei nº 11.079/2004, nada mais é que a concessão comum, expressa pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, com algumas peculiaridades. Enquanto na concessão comum a concessionária presta o serviço ao usuário e este lhe paga, a título de contraprestação pecuniária, uma tarifa; na concessão patrocinada há duas contraprestações: uma tarifa, paga pelo usuário, e uma contraprestação pecuniária complementar, paga pelo poder concedente, com instituição de garantia ao parceiro privado dessa contraprestação. Outra distinção é que na concessão patrocinada o valor da contratação deve ser superior a R\$ 20 milhões, sendo o risco repartido; enquanto na concessão comum não há piso, e o serviço é prestado por conta e risco da concessionária. No entanto a forma de remuneração do parceiro privado tem sido apontada como a característica que melhor distingue os dois institutos.¹¹⁸

Deixando para análise posterior a questão da garantia, se a distinção básica entre a concessão comum e a patrocinada é a forma de remuneração do parceiro privado, que, nesta última modalidade, recebe subsídio do poder concedente como complementação de sua receita, minimizando o risco do negócio; cabe uma indagação: Esse tipo de subsídio é permitido por nosso ordenamento jurídico?

Floriano de Azevedo Marques Neto entende que sim, quando dispõe, ainda tratando das concessões comuns da Lei nº 8.987/95:

De outro lado é possível que o serviço público seja explorado pelo particular delegatário do poder público e sua remuneração não seja atribuída

¹¹⁸ É a semelhança existente nos dois institutos – concessão comum e patrocinada – que fez com que o art. 3º, §1º da Lei nº 11.079/04 determinasse, de forma genérica, a aplicação subsidiária de toda a Lei 8.987/95 e das demais leis que tratam das concessões comuns às patrocinadas.

exclusivamente pelo usuário do serviço. É o que ocorre freqüentemente, nas hipóteses de subsídio tarifário quando define-se que, por ser o valor da tarifa economicamente justa (ou seja, aquela que remunera o investimento, os custos da prestação e uma razoável margem de lucro ao particular) excessivamente alto para a capacidade de pagamento dos usuários potenciais do serviço público, o poder público subsidiará a tarifa, concorrendo para que o valor cobrado de quem dele se utiliza seja inferior àquele calculado economicamente.¹¹⁹

Continuando seu raciocínio, este autor conclui:

Não me parece existir argumento suficientemente forte para impedir que o poder público, no exercício de suas competências materiais, formule um modelo de concessão pelo qual o concessionário seja encarregado de prestar um serviço público, oferecendo-o diretamente aos indivíduos, mas remunerando-se não mediante a cobrança de tarifas diretamente destes usuários, mas por fontes alternativas. Dentre estas fontes alternativas pode, sim, estar o pagamento pelo Estado de um valor (inclusive com natureza tarifária) definido em lei, no edital ou no contrato por unidade de serviço utilizado.

No mesmo diapasão, Marçal Justen Filho, ao analisar a Lei nº 8.987/95, à luz dos princípios constitucionais fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana, conclui que:

... será vedada a subvenção quando configurar uma forma de benefício injustificado para o concessionário. Não se admite, em face da própria constituição, é o concessionário receber benesses do poder concedente, com pagamentos destinados a eliminar de modo absoluto o risco intrínseco e inafastável. Mas não haverá inconstitucionalidade quando a contribuição estatal for instrumento para assegurar a modicidade da tarifa, valor fundamental para o cumprimento das destinações do serviço público, ou a realização das funções estatais inerentes à persecução do interesse coletivo.¹²⁰

Maria Syvia Zanella Di Pietro, ao tratar das concessões comuns, interpretando o art. 17 da Lei nº 8.987/95, também entendia pela possibilidade do

¹¹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de Serviço Público sem ônus para o Usuário. In: WAGNER JR, Luiz Guilherme Costa (Org.). **Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 331-351p. p.341 e 349.

¹²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. 654p. p.93.

subsídio, “desde que autorizado em lei, previamente à concorrência, e esteja à disposição de todos os concorrentes”.¹²¹ Desta feita, como assevera Carlos Ari Sundfield, a possibilidade de oferecimento pelo concedente de adicional à tarifa paga pelo usuário já existia no ordenamento jurídico pátrio, porém “sua viabilidade prática estava dependendo da criação de um adequado sistema de garantias, que protegesse o concessionário contra o inadimplemento do concedente”.¹²²

Cabe anotar que o grande obstáculo apontado por alguns autores para a impossibilidade de contrapartida pecuniária do poder concedente na Lei nº 8.879/95 foi o veto do seu art. 24,¹²³ sob o argumento de que:

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.¹²⁴

Convém ressaltar que Floriano de Azevedo Marques Neto defende no trabalho supra, sobre “Concessão de Serviço Público sem ônus para o Usuário”, a possibilidade de tarifa zero ao usuário. No entanto a Lei de PPP limita – na concessão patrocinada – a possibilidade de subsídio do Poder Público a 70% das

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999. 328p. p.104.

¹²² SUNDFIELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. 606p. p.21.

¹²³ “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.” (artigo vetado da Lei nº 8.987/95)

¹²⁴ Razões do veto. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 mai 2005.

fontes de recursos financeiros;¹²⁵ a partir deste percentual, torna-se necessária autorização legislativa específica, não sendo bastante sua inclusão no Plano Plurianual e demais leis orçamentárias.

Chega-se à conclusão que a instituição de subsídio pelo poder concedente não fere o ordenamento jurídico pátrio, pelo contrário, condiz com o princípio da dignidade da pessoa humana ao garantir a efetiva prestação de serviços públicos em consonância com a modicidade de sua tarifa.

Conclui-se também que, para configuração da concessão patrocinada, é obrigatória – e não facultativa como na comum – a “contraprestação pecuniária do parceiro público”, podendo esta se dar por ordem bancária ou cessão de créditos não tributários. As demais formas de contraprestação arroladas no art. 6º – outorga de direitos em face da Administração Pública; outorga de direitos sobre bens públicos dominicais e outros meios admitidos em lei¹²⁶ – não se prestam para isoladamente configurar a concessão patrocinada, pois não são pecuniárias, constituindo-se em receitas alternativas ou complementares das diversas formas de concessão, dentre elas a comum. Porém nada impede, na configuração da concessão patrocinada, que o concessionário receba: tarifa do usuário, contraprestação pecuniária do poder concedente e contraprestação não-pecuniária, alternativa/complementar.

¹²⁵ Nas áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) seja inferior à média nacional, essa participação pode chegar a 80% (oitenta por cento).

¹²⁶ Direito de construir acima do aproveitamento local ou alteração de uso do solo – art. 28 e 29 da Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 - Estatuto das Cidades.

5.1.2 Concessão Administrativa

O § 2º do art. 2º da Lei nº 11.079/2004 institui uma segunda espécie de Parceria Público-Privada, a concessão administrativa, definindo-a como um “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”.

Distintamente das concessões comum e patrocinada, que têm como objeto serviços públicos econômicos ou atividades econômicas não exclusivas do Estado, passíveis de exploração econômica por delegação à iniciativa privada mediante tarifas dos usuários, mesmo que parte seja subsidiada pelo Estado; a concessão administrativa tem por objeto serviços públicos em que o Estado não quer ou não pode cobrar tarifas dos usuários e ainda as atividades sociais e culturais.

Quanto à conceituação e denominação “concessão administrativa”, Maria Sylvia Zanella Di Pietro expõe que a expressão é inadequada por dois motivos. Primeiro, “porque todas as concessões celebradas, como contratos, pela Administração Pública, são administrativas”. Segundo, porque a conceituação “aproxima-se bastante, sob certos aspectos, dos contratos de empreitada, ficando a meio caminho entre a concessão de serviço público e a terceirização”.¹²⁷

Quanto a essa modalidade de Parceria Público-Privada, vários questionamentos jurídicos vêm à tona. Essa modalidade pode ser definida como uma concessão? É possível concessão sem que parte da contraprestação do concessionário se dê por meio de tarifas? É possível que haja concessão sem a relação jurídica triangular (poder concedente – concessionário – usuário)? Por que

¹²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 449p. p.82-83.

na concessão patrocinada, quando a contraprestação do Poder Público passa de 70%, tem que haver autorização legislativa específica; e na concessão administrativa o Poder Público pode arcar com 100% sem intervenção do Legislativo?

Não é pacífica na doutrina a questão de a remuneração do concessionário por tarifas ser essencial, ou não, para a configuração de uma concessão. Ao analisar o §2º do art. 2º da Lei nº 11.079/2004, em consonância com o inciso III do parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal de 1988, muitas vezes esse questionamento é levantado. O aduzido inciso fala em “política tarifária”, o que conduzia ao entendimento de que, para configurar a concessão, a tarifa é condição essencial. No entanto esse entendimento, que era predominante na doutrina francesa, está ultrapassado, não sendo correto confundir política tarifária com obrigatoriedade de cobrança de tarifa. Segundo Benedicto Porto Neto, citando Laubadère, esse entendimento francês evoluiu, no sentido de que “a remuneração deve guardar uma relação com o resultado financeiro da exploração do serviço”.¹²⁸

Alguns autores que seguem esse entendimento francês reputam como indispensável que o particular seja remunerado por meio de tarifas ou qualquer outra forma de contraprestação advinda da exploração do serviço concedido, mesmo que acrescido por fontes alternativas de receita, sendo que, para Celso Antônio Bandeira de Mello, é este aspecto remuneratório que distingue o instituto das concessões de outras modalidades contratuais.

Referido autor entende como “bastante nebuloso” o enquadramento da parceria na modalidade administrativa como concessão, pois “difícilmente se poderá conceber um serviço que possa ser mantido por meras tarifas nas quais a

¹²⁸ PORTO NETO, Benedicto. **Concessão de Serviço Público no regime da lei 8.987/95**: conceitos e princípios. São Paulo: Malheiros. 1998. 140p. p.74.

Administração compareça como simples usuária, (...) maiormente se envolverem também a execução de obras ou implantação de bens”, e acresce que “não basta chamar um contrato de prestação de serviços como concessão para que ele adquira, como em um passe-de-mágica, esta qualidade”.¹²⁹

Os autores que seguem a mesma linha de Celso Antônio Bandeira de Mello, como Antônio Carlos Cintra Amaral, consideram que houve equívoco do legislador ao tratar a modalidade administrativa de PPP como concessão, fazendo remissão à Lei nº 8.987/95, visto que se trata de pura prestação de serviços à Administração Pública, que extrapola o prazo-limite de 60 meses, prorrogáveis excepcionalmente por até 12, conforme estabelecido no art. 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Como expõe este autor, “O serviço a ela [Administração Pública] prestado é serviço privado, remunerado mediante pagamento de um preço privado”,¹³⁰ não se enquadrando na definição de concessão.

Em diapasão oposto, Benedicto Porto Neto, ao fazer exame do mesmo instituto da concessão, julga não ser necessária a tarifa ou que a remuneração seja vinculada ao serviço, para a caracterização da concessão:

A Administração Pública pode transferir a prestação de serviço público a terceiro, sob o mesmo regime jurídico da concessão, sem que sua remuneração guarde relação com o resultado da exploração do serviço. É o caso do pagamento de preço diretamente pela administração à concessionária ou, ainda, quando a receita deste provém de renda auferida na exploração de projetos associados (art. 11).¹³¹

¹²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Administrativo**. 19 ed. ver. e atualiz. até a emenda constitucional 47, de 05.07.2005. São Paulo: Malheiros, 2005. 1016p. p.724-725.

¹³⁰ AMARAL, Antônio Carlos Cintra. **As Parcerias Público-Privadas no Brasil**. Disponível em: <http://www.celc.com.br/antiores/celc_comentario_00115.htm>. Acesso em: 02 jun 2005.

¹³¹ PORTO NETO, Benedicto. **Concessão de Serviço Público no regime da lei 8.987/95: conceitos e princípios**. São Paulo: Malheiros. 1998. 140p. p.76.

Carlos Ari Sundfield¹³² entende perfeitamente possível a desvinculação da remuneração com o resultado da exploração dos serviços, defendendo inclusive que a remuneração do concessionário na modalidade administrativa pode não ser em pecúnia, e que esta modalidade se descaracterizaria se o concessionário recebesse tarifa dos administrados especificamente para remunerar seus serviços.

Floriano de Azevedo Marques Neto argumenta que a política tarifária pode determinar que a tarifa a ser cobrada do usuário seja zero e, com a intenção de jogar uma pá de cal sobre a questão, lembra que há diversas formas de concessão previstas na Constituição que não prevêm qualquer tarifa do usuário nem advêm dessa prestação de serviço.

Trata-se da já referida concessão de serviços públicos de radiodifusão. Ao prever, no artigo 223 a obrigatoriedade de concessão dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens para a iniciativa privada, pressupôs o constituinte que os particulares explorarão a atividade com vistas ao lucro sem, contudo, prever que o pagamento de tarifa seja condição para que o usuário acesse ao serviço.¹³³

Outro aspecto apontado como característico da concessão de serviços públicos, que tem sido alvo de questionamentos quanto à modalidade administrativa, é a necessidade da presença de duas relações jurídico-contratuais. Uma, de delegação entre o poder concedente e a concessionária; outra, de prestação de serviços entre esta e o usuário. Os críticos argumentam que nessa nova modalidade, criada pela Lei de PPP, não existe essa relação triangular, pois o poder concedente será o próprio usuário do serviço – direta ou indiretamente –, não

¹³² SUNDFIELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. 606p. p.33.

¹³³ MARQUES NETO, Florian de Azevedo. Concessão de Serviço Público sem ônus para o Usuário. In: WAGNER JR, Luiz Guilherme Costa (Org.). **Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 331-351p. p.341 e 349.

havendo, portanto, delegação. Neste sentido, argumenta Juarez Freitas que a concessão administrativa:

Não se trata a rigor de concessão, mas de contrato de prestação à Administração Pública. Dessa maneira, figurando a Administração como usuária (direta ou indireta), não acontece, em sentido próprio, delegação, por conta e risco. Logo, não se está diante de concessão em linha conceitual apurada (que implica delegação pelo titular), mas de mera contratação administrativa peculiar (com prazo mais longo, entre outras distinções), que se deve encapsular no conceito elástico e abrangente do art. 2º da Lei de Licitações, com o leque de consectários em matéria de regime aplicável.¹³⁴

No entanto, Carlos Ari Sundfield¹³⁵ analisa essa modalidade de Parceria Público-Privada sob ótica diferente, dividindo-a em duas formas de prestação de serviços: a concessão administrativa de serviços públicos (Administração é usuária indireta) e a concessão administrativa de serviços ao Estado (usuária direta).

Segundo o autor, a concessão administrativa de serviços públicos:

é aquela em que, tendo por objeto os serviços públicos a que se refere o art.175 da CF, estes sejam prestados diretamente aos administrados sem a cobrança de qualquer tarifa, remunerando-se o concessionário por contraprestação versada em pecúnia pelo concedente (...). Nesse caso, embora os administrados sejam os beneficiados imediatos das prestações, a Administração Pública será havida como usuária indireta, cabendo a ela os direitos e responsabilidades econômicas que, de outro modo, recairiam sobre eles.

Por conseguinte, abordando sobre a concessão administrativa de serviços ao Estado, o autor a define como concessão que tenha por objeto “os mesmos serviços a que se refere o art. 6º da Lei de Licitações, isto é, o fornecimento de utilidades à própria Administração, que será havida como usuária direta dos serviços e versará a correspondente remuneração”, classificando-a como espécie do “gênero contrato

¹³⁴ FREITAS, Juarez. Parcerias Público Privadas (PPPs): Características, regulação e princípios. **Interesse Público**. n.29. Jan-fev 2005. 11-61p. p.31.

¹³⁵ SUNDFIELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFIELD, Carlos Ari. (org.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. 606p. p.29-32.

administrativo de serviços ao Estado”. Ressalta, entretanto, que não se trata de um simples contrato administrativo regido pela Lei nº 8.666/93, visto que possui maiores exigências, tais como investimento superior a 20 milhões de reais, não se restringe à execução de obras e que a infra-estrutura construída deve ser usada na prestação dos serviços ao Estado; concluindo serem “idênticas a estrutura contratual e a lógica econômica da concessão administrativa de serviços ao Estado e da tradicional concessão de serviços públicos”.

O que se verifica é que na concessão administrativa, ou na subespécie concessão administrativa de serviços do Estado, em que a Administração é usuária direta dos serviços, não há a relação triangular característica das concessões, com a presença de duas relações jurídico-contratuais: poder concedente – concessionária, e concessionária–usuário, o que ocorre quando a Administração é usuária indireta, pois há a relação usuário–concessionária, somente a remuneração correndo por conta do concedente.

Analisando a temática sobre o ângulo da remuneração, pode-se concluir que a modalidade administrativa está em consonância com o instituto da concessão. Porém, ao analisá-la do ponto de vista das relações jurídicas e delegação de poder, somente quando a Administração é usuária indireta do serviço é que se pode configurar a concessão, pois há o elemento essencial da delegação de poder; na hipótese em que é usuária direta, nada mais configura do que um contrato administrativo regido pela Lei nº 8.666/93.

Outro ponto levantado como “razões obscuras” é o fato de a Lei nº 11.079/2004 determinar que, na concessão patrocinada, quando a contraprestação do Poder Público ultrapassar 70% (setenta por cento), tem que haver autorização

legislativa específica; diferentemente do previsto para a concessão administrativa, em que o Poder Público pode arcar com 100% sem intervenção do Legislativo.

A resposta a esse questionamento está no próprio objeto a ser delegado. Na modalidade patrocinada, como foi dito, o objeto contratado são serviços que comportam exploração econômica via tarifa, cabendo à Administração apenas complementar a remuneração do parceiro de forma a garantir a modicidade da mesma. Já na concessão administrativa, o objeto do contrato é serviço que não comporta tarifação do usuário, e, como foi demonstrado no exemplo britânico, várias foram as concessões – sem cobrança de tarifas do usuário – para instituição de escolas e hospitais, o que implica estudo mais detalhado por parte do órgão gestor, para a opção por essa modalidade, em contraposição às tradicionais.

5.1.3 Concessões Comuns

A Lei nº 11.079/2004 deixou claro que as concessões comuns – de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/95, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado – não são Parcerias Público-Privadas.

Segundo o Ministério do Planejamento, as concessões comuns continuarão sendo utilizadas quando se tratar de projetos economicamente viáveis, auto-sustentáveis do ponto de vista financeiro; ao contrário das PPPs, que serão utilizadas, quando a implantação dos projetos em questão demandar aporte de recursos fiscais.

A Lei nº 8.987/95 impõe ao poder concedente o ajustamento da tarifa ao princípio da modicidade, ao mesmo tempo em que garante ao concessionário o re-equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Se, para re-equilibrar o contrato, as tarifas têm que ultrapassar o limite da modicidade, cabe ao Poder Público estabelecer fontes alternativas de receitas ao concessionário e até subsidiá-lo, de forma a garantir a modicidade e o reequilíbrio. Porém esse subsídio não transforma a concessão comum em concessão patrocinada, pois falta a ela outras características inerentes a essa nova modalidade, sendo principal a existência de garantias à contraprestação estatal. Outro exemplo seria a determinação que a remuneração do parceiro privado seja variável e vinculada ao desempenho do mesmo na execução dos serviços e que o valor do contrato seja superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

Outra distinção é que na concessão comum não se exige necessariamente que o concessionário se constitua em Sociedade de Propósito Específico (SPE), como determina o art. 9º da Lei nº 11079/2004, pois as PPPs visam a dar maior segurança não só ao parceiro privado, como também aos seus financiadores.

Ao expor expressamente que a Lei nº 11.079/2004 não se aplica a concessões comuns, impede que nesta modalidade seja possível a utilização da concorrência-pregão, criada pelos artigos 10 a 13 da Lei de PPPs. Também há diferenças quanto ao compartilhamento de riscos e de ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito pelo financiador.

Como expõe o Ministro do TCU, Benjamin Zymler,¹³⁶ “A parceria público-privada apresenta um grau de complexidade superior à concessão, devido à

¹³⁶ ZYMLER, Benjamin. As licitações no âmbito das parcerias público-privadas. **Fórum Administrativo de Direito Público**. Belo Horizonte, ano 5, n.47, 1, jan. 2005. p.4942.

distribuição de responsabilidade ao estabelecimento de contra-partida financeira para o risco de longo prazo assumido pelo parceiro privado”.

Respondendo à indagação se uma concessão comum pode ser convertida em PPP ou vice-versa, depreende-se que não, dadas as distinções em seus regimentos.

5.2 NORMA GERAL

A Lei nº 11.079/2004, conforme prescreve seu artigo 1º, visa a instituir “normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, em razão da competência legislativa conferida privativamente à União, pelo art. 22, inciso XXVII,¹³⁷ da Constituição da Federal. A edição de normas gerais, “importa o poder de a União veicular regras mínimas, vinculantes para todas as órbitas federativas”,¹³⁸ competindo aos Estados, Distrito Federal e Municípios expedir as normas específicas sobre o tema.

Segundo Marçal Justen Filho, a edição de normas gerais busca:

assegurar, por um lado, a manutenção da competência legislativa da União, sem suprimir o poder de cada ente federativo, para dispor sobre determinados ângulos da mesma matéria. Através de fórmula dessa ordem, evita-se a proliferação de regras distintas no âmbito de cada entidade

¹³⁷ 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; (Constituição Federal, de 1.988).

¹³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. 671p. p.14-21.

federativa. (...) Os entes federativos podem produzir regras próprias apenas naquilo que não infringir essa espécie de núcleo irreduzível produzido pela lei federal.

No entanto, dada a dificuldade de se fixarem as balizas desse conceito jurídico indeterminado, o autor expõe que devem ser observadas as questões de reserva constitucional de competência local, pois “a vontade constitucional, portanto, é de ressalvar a competência dos demais entes federais para disciplinar a mesma matéria”; e o princípio federativo, uma vez que “norma geral não é instrumento de restrição da autonomia federativa”.

No caso da Lei nº 11.079/2004, como o próprio texto legal dispõe no Capítulo VI, nem todos os artigos são aplicáveis a todos os entes da federação. Porém, não só o aduzido capítulo tem aplicação restrita apenas à União. Então, mister se faz verificar quais outros artigos têm aplicação apenas no âmbito da União, e quais descem de tal forma a minúcias ou detalhes a ponto de perderem o *status* de norma geral.

Convém lembrar que a Lei nº 8.666/93, também considerada norma geral, possui artigo — 17, I, “b” e II, “b”, I, “c” e § 1º — considerado pelo Supremo Tribunal Federal como de aplicação restrita à União, quando do julgamento da Medida Cautelar em ADI nº 927-MC-RS.¹³⁹ Embora o aduzido artigo continue constando do texto legal, em uma operação de interpretação conforme a Constituição, sua aplicação não é obrigatória aos demais entes federados.

¹³⁹ EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei n. 8.666, de 21.06.93. I. - Interpretação conforme dada ao art. 17, I, “b” (doação de bem imóvel) e art. 17, II, “b” (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, “c” e par. 1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. II. - Cautelar deferida, em parte. (Ainda não foi julgado o mérito desta ADI, informação de 09/06/2005. - Supremo Tribunal Federal, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 03/11/1993. Publicação: DJ 11-11-1994 PP-30635)

Em seu voto, o Ministro Relator da referida ADI, com apoio nas palavras de Marçal Justen Filho, delimita como normas gerais aquelas que:

devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Penso que norma geral, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências.¹⁴⁰

Pelo exposto, verifica-se norma geral é aquela que dispõe com generalidade, sem detalhamento, estabelecendo apenas os parâmetros a serem seguidos por todos os entes da federação, sem embaraçar o exercício da competência suplementar destes. A partir das considerações acima, verifica-se que a Lei de PPPs possui dispositivos que não podem ser encarados como normas gerais.

Neste ponto, é forçoso concluir que o inciso I do § 4º, do art. 2º da Lei nº 11.079/2004,¹⁴¹ que veda a celebração de contratos de Parceria Público-Privada cujo valor seja inferior a vinte milhões de reais, configure norma geral. Mesmo sendo a finalidade desta disposição reafirmar que as PPPs se destinam a situações excepcionais, de grande vulto, esta não pode ser enquadrada como regra geral, sendo o limite aplicável apenas à União, cabendo a cada ente, se entender necessário, fixar seus próprios limites mínimos, de acordo com suas peculiaridades sócio-econômico-financeiras e o interesse público.

Outro artigo que tampouco pode ser lançado ao *status* de norma geral é o artigo 28 da Lei nº 11.079/2004, que restringe a 1% (um por cento) da receita corrente líquida o gasto com despesas derivadas de PPP de todos os entes da

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3-RS. Relator: Ministro Carlos Veloso. Diário da Justiça de 11 nov 1994.p.30665.

¹⁴¹ “§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:
I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);” (Lei nº 11.079/2004)

federação e exige que estes encaminhem “ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação [da parceria], as informações necessárias para cumprimento” do limite estipulado. Conforme expôs Marçal Justen Filho, a competência da União para editar normas gerais não se sobrepõe ao princípio federativo e à tutela de competência local. Logo a limitação e a submissão exigidas pelo artigo 28 e parágrafos são totalmente incompatíveis com o princípio federativo, e por isso mesmo de aplicação exclusiva da União dada a natureza de norma específica que possui. Como expôs Maria Silvia Zanella Di Pietro, esse dispositivo “foi uma forma indireta de a lei federal instituir limite em matéria que seria da competência de cada ente da federação”.¹⁴²

5.3 DIRETRIZES

O artigo 4º da Lei nº 11.079/2004 fixa uma série de diretrizes a serem observadas na contratação de Parcerias Público-Privadas.

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

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

V – transparência dos procedimentos e das decisões;

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

¹⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 449p. p.186.

VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Pela leitura do aduzido artigo, o termo “diretrizes” em certos momentos está sendo aplicado no mesmo sentido de princípios, tal qual nos artigos 3º da Lei nº 8.666/93 e 14 da Lei nº 8.987/95, devendo ser interpretado, conforme Vanice Lírio do Valle, como idéias nucleares, padrões de conduta, valores:

Em verdade, também quando o art. 4º da Lei 11.079/04 menciona diretrizes aplicáveis à contratação de PPPs, enuncia valores que se revestem de fundamentalidade quando se cogita daquela específica atividade do Estado; traduzindo, em última análise, parâmetros para a aferição da legitimidade de sua opção negocial e dos atos de execução dessa mesma escolha.¹⁴³

A diretriz de “eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade” determina que nas Parcerias Público-Privadas deve ser buscado o melhor resultado possível, “que o serviço satisfaça as necessidades dos usuários e que dos recursos neles empregados extraia-se a maior qualidade na sua prestação”¹⁴⁴ e esteja em consonância com a meta e os objetivos a serem atingidos com aquela parceria, pois, em uma administração pública gerencial, é fundamental que o gestor cumpra metas e demonstre resultados.

Na tomada de decisão sobre a contratação de PPP, a Administração Pública “deve atuar em observância à máxima custo/benefício (...) de forma a gastar menos e obter o máximo de resultado social e econômico”,¹⁴⁵ uma vez que “eficiência liga-se à idéia de ação que leve à ocorrência de resultados de modo rápido e preciso;

¹⁴³ VALLE, Vanice Lírio do. **Parcerias Público-Privadas e Responsabilidade Fiscal: Uma conciliação possível**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2005.169p. p.39.

¹⁴⁴ PORTO NETO, Benedicto. **Concessão de Serviço Público no regime da lei 8.987/95: conceitos e princípios**. São Paulo: Malheiros. 1998. 140p. p.89.

¹⁴⁵ FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. Atualizado de acordo com a Emenda Constitucional 41/03. 5. ed. rev e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 521p. p.37.

significa obter o máximo de resultado de um programa a ser realizado, como expressão de produtividade no exercício de atribuições”.¹⁴⁶

Marçal Justen Filho adverte que “eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica”, visto que a atividade estatal deverá traduzir valores de diversa ordem, não apenas de cunho econômico” e, na hipótese de conflito “entre eficiência econômica e certos valores fundamentais, deverá adotar-se a solução que preserve ao máximo todos os valores em conflito, mesmo que tal signifique redução da eficiência econômica”.¹⁴⁷

Equivoca-se quem entende, em uma análise literal da lei, que somente na contratação das PPPs deve ser observado o princípio da eficiência, que o custo/benefício deve ser observado somente para a correta definição do objeto e da seleção dos possíveis parceiros privados. A diretriz exposta também se aplica quando da prestação, por se tratar de serviço público, conforme conceitua Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”. Logo, cabe ao concessionário deste serviço prestá-lo de forma eficiente, com agilidade e rapidez de modo a não deixar desatendidos e prejudicados os interesses coletivos.

Uma vez entendida a *eficiência* como a *melhor realização possível* da prestação de serviços públicos, em termos de *plena satisfação dos administrados com os menores custos para o usuário*, ela se apresenta,

¹⁴⁶ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 298p. p.242.

¹⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, 863p. p.85-86.

simultaneamente, tanto como um *atributo técnico* da gestão de interesses, como uma *exigência ética* a ser respeitada.¹⁴⁸ (destaques no original)

Só faz sentido transferir a prestação de serviços públicos para mãos particulares se assim a Administração puder aumentar a efetividade e a eficiência com que esses serviços são fornecidos, ou seja, se a Administração puder constatar que a relação custo/benefício justifica essa transferência. Porém, para essa constatação são necessários planejamento e controle dos resultados, daí a necessidade de observância da Lei de Responsabilidade Fiscal, que determina a apuração dos custos dos serviços e a definição de critérios, parâmetros de avaliação periódica do desempenho do concessionário na execução dos serviços.

Outra diretriz apontada pela Lei de PPPs é o “respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução”.

Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha em Seminário na OAB/MG dia 19/08/2004, o serviço público passou a ser de interesse do capital, e o cidadão passou a ser considerado consumidor. Daí a importância desta diretriz, pois nela se consubstancia que o interesse público atenderá a seus destinatários: os cidadãos, usuários dos serviços públicos prestados pelos entes privados.

Mesmo se não houvesse essa diretriz, em razão de a Lei nº 11.079/2004 não dispor sobre os direitos dos usuários, cabe aplicação subsidiária dos artigos 6º e 7º da Lei nº 8.987/95, até mesmo na modalidade administrativa. Pois ao usuário do serviço público não importa a modalidade pela qual foi concedida a prestação daquele serviço a terceiros – comum, patrocinada ou administrativa –; continua tendo direito ao serviço adequado, que “satisfaz as condições de regularidade,

¹⁴⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 657p. p.418.

continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”; o direito a “receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos”; de “obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso” e exercer sua fiscalização sobre a prestação dos serviços.

Dentro dessa diretriz está o princípio da supremacia do interesse público, porém sem prejuízo das prerrogativas do particular na relação público-privada. Como bem disse Marçal Justen Filho, “a natureza pública dos interesses assumidos constrange os particulares a vincular seus intentos egoísticos à satisfação da função social da propriedade e do lucro privado”.¹⁴⁹

Ao mesmo tempo em que garante o respeito aos interesses e os direitos dos destinatários dos serviços, essa diretriz também se aplica ao parceiro privado, e é esse respeito que irá atrair o setor privado para formalizar tais parcerias, pois “o particular não entra numa concessão de serviço público para fazer graça para ninguém. Ele entra com o objetivo de lucro”¹⁵⁰ e, se seus direitos não forem a princípio garantidos, não haverá parceiro privado sério que esteja disposto a ingressar nessa aventura, principalmente quanto ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Outro elemento essencial para uma PPP é a confiabilidade do parceiro privado na Administração, que deve se abster do arbítrio, do autoritarismo, do abuso

¹⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. 654p. p.58.

¹⁵⁰ FERRAZ, Luciano. **Controle pelos Tribunais de Contas da Eficiência e Eficácia dos serviços concedidos**. São Paulo: 2003. III Seminário de Direito Administrativo – Controle das Políticas Públicas e Proteção do Usuário: Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/index.htm>. Acesso em: 12 out 2005.

de suas prerrogativas e, principalmente, de ações protelatórias quando do pagamento de sua contraprestação.

A terceira diretriz arrolada na Lei nº 11.079/2004 é a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional e do exercício de poder de polícia. Essa diretriz delimita o que pode ou não ser objeto de uma concessão de serviço público. Com a lei das PPPs, além de delimitar o objeto da PPP, delegar-se-á ao particular somente atividades-fim da Administração Pública, impedindo a referida indelegabilidade que a Administração transfira atividades inerentes à própria noção histórica de Estado que foi evoluindo a ponto de se tornar árbitro dos conflitos em sociedade.

Essa diretriz se apresenta, também, em total consonância com a reforma gerencial pela qual passa o Estado brasileiro, e, conforme exposto no capítulo pertinente, o “Núcleo Estratégico do Estado” e as “Atividades Exclusivas do Estado” são setores nos quais as atividades somente podem ser prestadas pelo Estado, sendo, portanto, indelegáveis.

A grande dificuldade é distinguir serviço público – delegável – de poder de polícia – indelegável. No campo teórico ambos:

diferenciam-se em seus procedimentos: a polícia prescreve e não fornece prestações; estas são do domínio do serviço público. Opõem-se em seus efeitos: a medida de polícia limita as liberdades públicas, a intervenção do serviço público tende a facilitar o exercício dos direitos e liberdades dos cidadãos.¹⁵¹

Porém, segundo Marçal Justen Filho, na prática, o poder de polícia também “pode envolver prestação de necessidades”, e o serviço público depende de “poderes estatais de natureza compulsória e coativa”, o que dificulta a distinção entre esses dois institutos.

¹⁵¹ DEBBASCH, Charles citado por JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. 863p. p.396.

A quarta diretriz é a “responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias”, que está intimamente ligada à noção de planejamento, limites de endividamento. Em diversos momentos, a Lei nº 11.079/2004 faz remissão à submissão a essa lei, os quais serão oportunamente abordados.

A diretriz de transparência dos procedimentos e das decisões é derivada do princípio da publicidade, do devido processo legal e da moralidade administrativa. Ela assegura, através da ampla divulgação, “inclusive em meios eletrônicos de acesso público”,¹⁵² que planos, leis, relatórios e prestação de contas sejam por todos conhecidos e examinados, fato essencial para o controle. Embora esse controle não tenha sido muito bem delineado pelo legislador, não significa que não exista.

A penúltima diretriz arrolada - repartição dos riscos de acordo com a capacidade dos parceiros em gerenciá-los – é o espírito das PPPs, devendo ser analisada em consonância com a diretriz da sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas do projeto de parceria. Essas duas diretrizes sinalizam o cuidado necessário na etapa decisória de se fazer ou não uma PPP, o cuidado que se deve ter no momento da confecção do edital, assim como na contratação, momento em que os riscos devem ser repartidos e não postos a onerar somente uma das partes, visto que “os riscos se traduzem diretamente em implicações financeiras”.¹⁵³

O parceiro privado não é entidade filantrópica, ele visa ao lucro, depreendendo-se daí a importância da preservação da equação econômico-financeira não só na parceria, mas em qualquer contrato administrativo celebrado pelo Poder Público. Porém não é só este o risco; o contrato de parceria comporta

¹⁵² Artigo 48 da Lei Complementar 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

¹⁵³ COMISSÃO EUROPÉIA. **Diretrizes para parcerias público-privadas bem-sucedidas**. Março 2003. 110 p. p. 53. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm>. Acesso em: 30 set 2004.

inúmeros perigos, comprovados pela experiência internacional, não sendo sem motivos a afirmação de que as PPPs são uma forma de administrar “riscos”.

Em vários estudos, como os promovidos pela Public Services International Research Unit e pela Comissão da União Européia, foram apontados alguns riscos que devem ser observados quando da realização de uma contratação sob o regime de Parceria Público-Privada, de forma a “ser transferido para a parte mais capacitada a administrá-lo, da forma mais econômica possível”.¹⁵⁴ São eles:

✓ Risco tecnológico — O empreendimento pode tornar-se defasado por inovação tecnológica não absorvida, ficando o público sem o serviço de qualidade e sem beneficiar-se de um ajuste de preço para menos. Risco que foi, com visto anteriormente, observado e devidamente alocado quando da contratação da PPP do metrô de Londres.

✓ O risco de demanda ou de receita — Pode cair a demanda pelo serviço, permanecendo a obrigação de o Estado remunerar o ente privado. Exemplifica este risco o que ocorreu no Chile com a concessão do túnel El Melón, onde houve uma redução na demanda, dado o desvio por estrada alternativa, utilizado pelos usuários para fugir da alta tarifa.¹⁵⁵

✓ O risco cambial — A depreciação da moeda local pode trazer prejuízos quando o financiamento do empreendimento é em moeda estrangeira;

✓ O risco político (risco país) – O custo do financiamento da parceria aumenta à medida que aumenta o risco país.

¹⁵⁴ COMISSÃO EUROPÉIA. **Diretrizes para parcerias público-privadas bem-sucedidas**. Março 2003. 110 p. p. 53. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm>. Acesso em: 30 set 2004.

¹⁵⁵ COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias Público Privadas: Relatos de algumas experiências internacionais. In: SUNDFIELD, Carlos Ari (Org). **Parcerias Público-Privadas**. Malheiros: São Paulo. 2005. 605p. p.69.

✓ O risco regulatório ou contratual – O Estado pode, em resposta ao clamor público, reformar a regulação do setor de atividades em causa, o que poderá importar em responsabilidade do Estado em indenizar o ente privado, caso o equilíbrio financeiro do contrato de PPP seja atingido. Na Hungria, o Automóvel Clube moveu uma ação judicial contra o elevado pedágio cobrado, visto que não estava proporcional aos serviços prestados e que os reajustes das tarifas foram superiores à inflação, obtendo decisão favorável, redução de 50% nos preços e imediata suspensão dos desembolsos pelo banco financiador.¹⁵⁶

✓ O risco de aceitação pública – Para evitar protestos da sociedade em geral, antes de levar adiante um projeto, a experiência internacional expõe como prudente efetuar uma cuidadosa avaliação da aprovação do mesmo e verificar o sentimento da população. No caso da Lei nº 11.079/2004, esse risco apresenta-se um pouco mitigado pela obrigatoriedade da consulta pública.

Os parceiros privados, como empreendedores que são, “tendem a não assumir riscos. Na verdade, procuram definir os riscos que precisam correr para minimizá-los ao máximo possível”,¹⁵⁷ e é essa a mentalidade que devem ter ambos os parceiros – público e privado –, devem delimitar os possíveis riscos de forma a reduzi-los ou distribuí-los a quem melhor tenha condição de administrá-los.

Verificar a sustentabilidade de um projeto PPP significa avaliar o potencial daquela parceria em gerar vantagens socioeconômicas e ainda retorno financeiro ao parceiro privado. Daí a necessidade da realização de diversos estudos prévios e, a

¹⁵⁶ COMISSÃO EUROPÉIA. **Diretrizes para parcerias público-privadas bem-sucedidas**. Março 2003. 110 p. p. 56. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm>. Acesso em: 30 set 2004.

¹⁵⁷ Citação de Peter Drucker, feita por OSBORNE, David e GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo**: como o espírito empreendedor está transformando o setor público. Trad. Sérgio Fernando Guarischi Bath e Ewandro Magalhães Jr. 2. ed. Brasília: MH Comunicação, 1994. 436p. p.XVII (prefácio).

exemplo dos ingleses, de um esforço de comparação com o serviço prestado exclusivamente por meio público, ou seja, a verificação do *good value for money*.

5.4 LICITAÇÃO DAS PPPS E INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 11.079/2004

A Constituição Federal determina que a Administração Pública garanta aos interessados igualdade de oportunidade na contratação com o Poder Público. De forma a assegurar os princípios da isonomia, da impessoalidade e a obtenção da contratação mais vantajosa à Administração, o procedimento a ser utilizado é o da licitação. Para a efetivação de uma Parceria Público-Privada não é diferente, sendo que a mesma passa por três momentos: um, que se pode denominar político ou prévio; a licitação propriamente dita e, finalmente, a contratação.

No momento político, ou prévio, ou fase interna do procedimento licitatório, o órgão gestor das PPPs cria a instância política na qual serão tomadas as decisões referentes às suas finalidades, definição das atividades, obras ou serviços que serão executados sob o regime de PPP, a fixação dos procedimentos para contratação e autorização para abertura de procedimento licitatório.¹⁵⁸

No âmbito federal, esse órgão foi instituído pelo Decreto nº 5.385, de 04 de março de 2005, composto de um representante do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – pelo qual será coordenado –, um representante do Ministério da Fazenda e um representante da Casa Civil da Presidência da República, cada qual com direito a um suplente. No Estado de Minas Gerais, o comitê gestor foi

¹⁵⁸ Posteriormente, é também o responsável pelo acompanhamento da execução dos serviços.

criado pelo artigo 19 da própria lei de PPP, Lei nº 14.868/2003, e organizado conforme o § 2º deste artigo:

§ 2º - O CGP será presidido pelo Governador do Estado e terá em sua composição, como membros efetivos, o Advogado-Geral do Estado e os Secretários de Estado de Desenvolvimento Econômico, de Planejamento e Gestão, de Fazenda, de Transportes e Obras Públicas, de Desenvolvimento Regional e Política Urbana e de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, e, como membro eventual, o titular da Secretaria diretamente relacionada com o serviço ou a atividade objeto de parceria público-privada.

Uma vez realizada a seleção e definidas as áreas e serviços prioritários, das reuniões do órgão gestor que tiverem por objetivo examinar projetos de PPP, participará um representante do órgão da Administração Pública direta, cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise.

A crítica que se faz ao órgão gestor é que haverá uma demanda muito grande de trabalho do mesmo, o que poderá comprometer sua eficiência. Segundo Pedro Paulo de Almeida Dutra, em seminário na OAB/MG em 20/08/2004, “um estudo do IPEA também afirma que o órgão gestor terá grande atuação e comprometedora, o que poderá levar a uma aprovação de parcerias sem viabilidade econômica”.¹⁵⁹

Outro alerta trazido por Pedro Paulo de Almeida Dutra é a questão da capacitação e formação dos servidores que atuarão na formatação dessas parcerias, seja no órgão gestor ou já na fase licitatória, que é de grande importância nessa negociação. O autor lembra que:

¹⁵⁹ “Nesse contexto, pode-se estimar que a demanda de trabalho do órgão gestor será enorme. Tal demanda poderá comprometer a atuação desse órgão. Por isso, pode-se prever que a sua atuação oscile entre o engessamento das parcerias propostas, quando analisar cada uma e exigir o equilíbrio fiscal futuro, e a liberalidade na aprovação dessas parcerias, se sucumbir às pressões políticas. Nesses extremos, sempre se atuará fora de parâmetros de segurança ou da possibilidade real das finanças públicas, ou seja, fora da situação desejada.” (SOARES, Ricardo Pereira e CAMPOS NETO, Carlos Álvares da Silva. **Considerações sobre o projeto de Lei de Parceria Público-Privada (PPP) em face da experiência recente do Brasil**. In: Texto para discussão nº 1010. IPEA: Brasília, mar. 2004, 19p. p.15.)

no contrato de gestão, celebrado pela Cia Vale do Rio Doce, quando ainda era empresa estatal, praticamente não existiu a fase de negociação do contrato, limitando-se o representante do Poder Público a assiná-lo, por absoluta incapacidade dos servidores da administração direta de negociar as cláusulas técnicas do contrato, por lhes faltar a formação profissional exigida.¹⁶⁰

Somente uma vez definido um projeto, no âmbito do órgão gestor, é que o mesmo segue para a fase de licitação,¹⁶¹ submetendo-se a uma fase prévia bastante relevante, disposta no artigo 10 da Lei nº 11.079/04.¹⁶²

¹⁶⁰ DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. O controle das Parcerias Público-Privadas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte. v.6 n.3, jul-set 2005. 133-148p. p.146.

¹⁶¹ Convém ressaltar que o órgão gestor não realiza a licitação, a mesma é realizada pelo próprio Ministério titular do serviço.

¹⁶² Lei 11079/04 - Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, **estando a abertura do processo licitatório condicionada a:**

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III – declaração do ordenador da despesa 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;

IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

§ 1º A comprovação referida nas alíneas b e c do inciso I do caput deste artigo conterà as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, observadas as normas gerais para consolidação das contas públicas, sem prejuízo do exame de compatibilidade das despesas com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

§ 2º Sempre que a assinatura do contrato ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, deverá ser precedida da atualização dos estudos e demonstrações a que se referem os incisos I a IV do caput deste artigo.

Em consonância com o artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República, a escolha do parceiro privado para uma PPP se dará obrigatoriamente via licitação, de forma a oferecer igualdade de oportunidade aos interessados em contratar com a Administração Pública e ao mesmo tempo buscar a melhor oferta para a administração. Esse procedimento, fundado nos princípios da isonomia e da impessoalidade, possui várias modalidades, sendo a concorrência, forma mais complexa de licitação da Lei nº 8.666/93, também adotada na concessão comum, foi a perfilhada para as PPPs em razão do tamanho dos interesses envolvidos e da vultosidade da contratação, porém com algumas peculiaridades que foram instituídas pela 11.079/2004.

Essas peculiaridades, que, para o Governo, têm por fim propiciar a agilização do procedimento e ampliação da competição, foram alvo de críticas¹⁶³ durante a tramitação do Projeto de Lei no Congresso Nacional, sob o argumento de que possibilitavam o direcionamento de resultados nos certames, visto que a escolha do parceiro privado poderia se dar por critérios subjetivos, ocultos em critérios técnicos.

Os procedimentos licitatórios e sua forma de condução são bastante criticados no Brasil; há quem afirme que a Lei nº 8.666/93 é muito formalista, muitas vezes afastando a Administração de seus fins, ao privilegiar a forma. Outros defendem que, mesmo com toda a rigidez da Lei de Licitações, constantemente se depara com licitações fraudulentas, com descrição direcionada do objeto a ser licitado de forma a beneficiar um único fornecedor, excesso de exigências,

§ 3º As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica. (sem grifos no original)

¹⁶³ MELLO, Alessandra. Proposta fere a Lei de Licitações. **Estado de Minas**. Segunda-feira, 23 de agosto de 2004. Caderno: Política. p.3.

procedimentos anômalos, dentre outras críticas. Desta forma, nada mais natural que as regras licitatórias da Lei nº 11.079/2004 fossem os pontos mais polêmicos.

De sorte que, ao final de sua tramitação, a Lei nº 11.079/2004, em seu Capítulo V, dispôs como seriam regidas as licitações para formatação das Parcerias Público-Privadas, trazendo as seguintes inovações na concorrência para contratação de PPPs: necessidade de justificativa pela adoção da PPP previamente à abertura do procedimento; desnecessidade de projeto básico; obrigatoriedade de submissão de minuta de edital e contrato a consulta pública; critérios distintos de julgamento; lances em viva voz; saneamento de falhas e inversão de fases, novidades que se passará a examinar de forma mais detalhada.

5.4.1 Necessidade de Justificativa pela Adoção da PPP Previamente à Abertura do Procedimento Licitatório

Para a abertura da licitação de um projeto de Parceria Público-Privada, segundo o artigo 10, inciso I, da Lei nº 11.079/04, é pré-requisito a elaboração, pela autoridade competente, de um estudo técnico que demonstre “a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada” em detrimento da contratação de prestação de serviços da Lei 8.666/93, ou da concessão comum da Lei nº 8.987/93, cujo contrato é menos oneroso aos cofres públicos e os riscos são maiores para o concessionário, sob pena de violação do princípio da economicidade. Logo, havendo outros institutos disponíveis “que evitem a relação promíscua entre recursos públicos

e privados ou sejam suficientemente atraentes para que a iniciativa privada assuma o risco, a PPP deve ser evitada”.¹⁶⁴

A conciliação de critério político – discricionariedade da conveniência e oportunidade – com critérios técnicos tem a intenção de restringir o uso das PPPs a hipóteses excepcionais, em que são efetivamente necessárias para a realização do interesse público. No entanto, segundo Marçal Justen Filho, o “conhecimento técnico poderá funcionar como instrumento de delimitação das alternativas disponíveis, mas dificilmente eliminará a pluralidade de alternativas” o que “propiciará um juízo de conveniência e oportunidade por parte da autoridade encarregada de promover a aplicação da norma geral”.¹⁶⁵

Quanto à motivação para a adoção da PPP, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes “recomenda que os órgãos de controle não considerem como fator necessário e suficiente a falta de recursos e a importância da obra”, mas também um minucioso estudo da “viabilidade – não só jurídica decorrente da LRF, mas técnica e econômica da PPP sobre outros instrumentos”.¹⁶⁶

O artigo 10, inciso I, da Lei nº 11.079/2004 determina que o estudo técnico também demonstre que as despesas criadas ou aumentadas pelo projeto em PPP não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo de Metas Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias, “devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa” e ainda a capacidade de endividamento daquele ente

¹⁶⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. PPP – Parceria Público-Privada. Uma visão de controle. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte, Ano 4. n.43. jul. 2005. 5720-5726p. p.5721.

¹⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, 863p. p.168.

¹⁶⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. PPP – Parceria Público-Privada. Uma visão de controle. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte, Ano 4. n.43. jul. 2005. 5720-5726p. p.5721 e 5722.

estatal. Não obstante essa determinação não seja inovação da Lei nº 11.079/2004, demonstra sua consonância com a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal –, que faz as determinações acima para toda e qualquer geração de despesa, em especial se a mesma for de caráter continuado.

Tanto os estudos técnicos para a aferição da conveniência da escolha do regime de Parceria Público-Privada; quanto os de verificação da capacidade de endividamento; a previsão do projeto no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na lei orçamentária anual; a “elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada”¹⁶⁷ e ainda a “estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública”,¹⁶⁸ são imprescindíveis para demonstrar a “sustentabilidade financeira do projeto”,¹⁶⁹ diretriz anteriormente apontada, que procura evitar que a falta de planejamento e a irresponsabilidade política comprometam as gestões seguintes.

Justamente para manter a atualidade das informações contidas nos estudos e prevenir as próximas gerações de um endividamento desnecessário, o § 2º do artigo 10 determinou a atualização dos estudos e demonstrações acima aduzidas, sempre que a assinatura do contrato ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital.

Mediante a justificativa apresentada pelo ordenador para a opção pela PPP e sua viabilidade, recai sobre a Administração Pública a teoria dos motivos

¹⁶⁷ Lei nº 11.079/04, artigo 10, inciso II.

¹⁶⁸ Lei nº 11.079/04, artigo 10, inciso IV.

¹⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas – PPP's no Direito Positivo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, mai-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 30 ago 2005.

determinantes, que em rápidas palavras é a vinculação da Administração aos motivos que alega para a realização do ato ou procedimento, o que permite maior controle tanto dos Tribunais de Contas quanto do Judiciário, que verificarão se os motivos apresentados são verídicos e se conduzem à PPP como melhor alternativa ou ao menos como alternativa razoável.

5.4.2 Desnecessidade de Projeto Básico

Pela Lei nº 8.666/93, nos termos do artigo 6º, inciso IX,¹⁷⁰ o projeto básico para obras e serviços corresponde ao detalhamento do objeto, com nível de precisão adequado, de modo a permitir a perfeita identificação do que é pretendido pelo licitante, as circunstâncias e o modo de realização, uma vez que a definição precisa do objeto da licitação é condição essencial para garantia da isonômica disputa entre os interessados em contratar com a Administração Pública.

¹⁷⁰ Lei 8.666/93, Art. 6º (...)

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

A exigência de elaboração do projeto básico para a abertura de processo licitatório é pré-requisito nas hipóteses de contratação no regime da Lei nº 8.666/93 e o era no projeto aprovado pelo Senado Federal para a Lei de Parcerias Público-Privadas, que, ao transferir para o parceiro privado apenas a elaboração do projeto executivo, acabava por determinar que a Administração elaborasse o projeto básico. No entanto, o inciso II do artigo 11 foi vetado pelo Presidente da República, sob o argumento de que a experiência internacional tem demonstrado que a iniciativa privada possui melhores condições de elaborar os projetos básico e executivo, e que o espírito das PPPs é se valer dessa *expertise*.¹⁷¹

Nesse sentido também entende Benedicto Porto Neto, para quem esse veto do Presidente teve o sentido de:

... permitir que a iniciativa privada contribua com a sua eficiência também na definição do modelo contratual a ser adotado. À Administração está reservada a tarefa de definir os fins a serem alcançados pela parceria; o agente privado pode ficar encarregado de escolher os meios para que eles sejam atendidos. Há, portanto, compartilhamento entre os parceiros na definição do contrato. A adoção do regime da lei 8.666/1993 para essa matéria acabaria afastando esse papel do agente privado.¹⁷²

¹⁷¹ "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." (Mensagem de Veto do art. 11, Inciso II da Lei nº 11.079/04).

¹⁷² PORTO NETO, Benedicto. Licitação para contratação de parcerias público-privadas. In: SUNDFIELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. Malheiros: São Paulo. 2005. 605p. p148.

No mesmo diapasão, Alexandre Aragão dispõe que:

O que se busca é fixar o resultado final a ser alcançado pelo contrato, deixando a definição dos meios para alcançá-los o mais possível na órbita do parceiro privado, principalmente quando da elaboração da sua proposta técnica, não o vinculando a um projeto básico prévia, definitiva e unilateralmente fixado pela Administração, como determinado pela Lei 8.666/93 para as empreitadas de obras públicas.¹⁷³

No entendimento de Juarez Freitas, a respeito da desnecessidade do projeto básico,

Não há maior dúvida que se tem aqui um passo adiante na tendência trazida pela Lei 9.074/95, ao admitir que os autores ou responsáveis pelo projeto básico participem da licitação ou da execução de obras ou serviços. Embora reine a tradição de somente delegar o projeto executivo, não custa rever a matéria, desde que o Poder Concedente estabeleça diretrizes de modo seguro e sem vestígio de direcionamento.¹⁷⁴

Porém há autores que sustentam a imprescindibilidade do projeto básico e também do executivo, como Marçal Justen Filho,¹⁷⁵ que, ao tratar das concessões comuns, argumenta ser o primeiro “indispensável à validade da licitação para concessões (precedidas ou acompanhadas de obra pública) da existência do projeto executivo” e que sua ausência “compromete radicalmente qualquer previsão consistente, especialmente quando se cogitam de empreendimentos de grande porte”. E alerta que a decorrência lógica dessa ausência é que “os pleitos de recomposição da equação terão início alguns meses depois de formalizada a outorga”.

¹⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas – PPP's no Direito Positivo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, mai-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 30 ago 2005.

¹⁷⁴ FREITAS, Juarez. Parcerias Público Privadas (PPPs): Características, regulação e princípios. **Interesse Público**. n.29. jan-fev 2005. 11-61p. p.31.

¹⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. 654p. p.212-213.

De toda forma, alguns elementos do projeto básico deverão estar estabelecidos no edital de licitação como forma de garantir a isonomia entre os licitantes, pelo menos devendo o objeto da parceria ser identificado pela Administração Pública com o maior grau de precisão possível, para que se permita aos interessados total compreensão do objeto e apresentação de propostas em consonância com o que se pretende contratar e passíveis de comparação.

5.4.3 Licença Ambiental

O artigo 10 da Lei de PPPs condiciona a abertura do processo licitatório à “licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir”, em consonância com o inciso IV do §1º do artigo 225 da Constituição Federal, que determina que incumbe ao Poder Público, “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

A determinação legal de condicionamento do processo licitatório à prévia licença ambiental evita que os custos do contrato sejam onerados pelo denominado “risco ambiental” e que haja ocorrência de atraso pela dependência da referida licença, visto que o parceiro privado jamais conseguiria iniciar qualquer obra antes da licença, muito também em razão da atuação de ambientalistas, ONGs e sociedade em geral.

O livro “Diretrizes para Parcerias Público-Privadas bem sucedidas”,¹⁷⁶ da Comunidade Européia, chama atenção para a análise prévia da questão ambiental e da aceitação popular, quando expõe o caso da construção e manutenção de um incinerador no Reino Unido que gerou intensas manifestações e até um abaixo-assinado da população, sob a alegação de que o projeto traria dano à saúde da população e ao meio ambiente.¹⁷⁷

Porém a segunda parte do comando normativo é preocupante, visto que permite a abertura de processo licitatório apenas com a “expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento”, o que em nada mitiga o risco ambiental, pois possibilita a abertura do processo sem o necessário estudo de impacto ambiental e relatório de impacto sobre o meio ambiente, gerando possíveis prejuízos aos cofres públicos ou aumento do custo do contrato caso a licença demore ou seja negada.¹⁷⁸

¹⁷⁶ COMISSÃO EUROPÉIA. Diretrizes para parcerias público-privadas bem-sucedidas. Março 2003. 110 p.p. 52/57. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm>. Acesso em: 30 set 2004.

¹⁷⁷ Maiores informações sobre o caso estão disponíveis no site da BBC-News, nos endereços: <<http://news.bbc.co.uk/1/hi/wales/2050101.stm>>; <<http://news.bbc.co.uk/1/hi/england/1635184.stm>> e <<http://news.bbc.co.uk/1/hi/wales/1759439.stm>>. Acesso em: 29 dez 2005.

¹⁷⁸ A Resolução nº 237 de 19 de dezembro de 1997 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA - ao dispor da “regulamentação de aspectos do licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional de Meio Ambiente” vincula em seu art. 3º, a concessão da licença à dependência do “prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.”

5.4.4 Consulta Pública

A consulta pública é condição essencial de validade para a realização do certame licitatório, cujo procedimento iniciou com a tomada da decisão por formalizar uma Parceria Público-Privada, independentemente do valor do contrato.¹⁷⁹

A verificação de consulta pública prévia à realização do procedimento licitatório não é novidade da Lei nº 11.079/2004, pois a Lei nº 8.666/93 em seu artigo 39¹⁸⁰ já previa a obrigatoriedade de consulta pública para licitação que ultrapassasse cento e cinquenta milhões de reais.

Segundo Benedicto Porto Neto,¹⁸¹ a Lei de PPPs evoluiu em relação à Lei Geral de Licitações, ao obrigar a divulgação de minuta de edital e contrato quando da consulta pública, determinação não constante da 8.666/93, que só fazia referência a “todas as informações pertinentes”. Segundo o autor, tal obrigatoriedade “permite controle mais eficiente da contratação pela sociedade”.

¹⁷⁹ Lei nº 11079/2004 - Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

¹⁸⁰ “Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.” (Lei nº 8.666/93)

¹⁸¹ PORTO NETO, Benedicto. Licitação para contratação de parcerias público-privadas. In SUNDFIELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. Malheiros: São Paulo. 2005. 605p. p.148.

A sujeição de edital e minuta de contrato a consulta pública é obrigatória, cabendo à Administração divulgá-la pelos mesmos meios de comunicação previstos para a licitação, sendo permitida a participação de qualquer interessado. Porém, assim como na audiência pública da Lei nº 8.666/93, “os assuntos apresentados e discutidos não obrigam a administração pública licitante”,¹⁸² mas fornecem a ela a oportunidade de “prestar esclarecimentos aos interessados, sujeitando-se ao crivo da fiscalização direta da cidadania”.¹⁸³

No entanto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que a consulta pública “será inútil para o cumprimento da democracia participativa se as sugestões não forem efetivamente examinadas e a sua recusa devidamente justificada”. A autora alerta ainda que a consulta prévia à população “não pode transformar-se em mero instrumento formal para dar aparência de legalidade à exigência, como costuma acontecer com relação a medidas semelhantes previstas em outras leis”.¹⁸⁴

Sobre a redação da Lei nº 11.079/2004, Luiz Alberto Blanchet¹⁸⁵ adverte que, apesar de o texto legal “levar à impressão de que a minuta do edital e a do instrumento do contrato deveriam ser publicados”, em atenção ao princípio da racionalidade, dado o seu grande volume em razão da vultosidade do projeto, apenas um resumo deve ser publicado, contendo “a justificativa, a identificação do objeto, a duração, e o valor estimado da parceria a ser constituída”, devendo os documentos e estudos integrais estar à disposição dos interessados em analisá-los minuciosamente.

¹⁸² GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. 924p. p.534.

¹⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. 654p. p.210-211.

¹⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 449p. p.188.

¹⁸⁵ BLANCHET, Luiz Alberto. **Parcerias público-privadas**. Curitiba: Juruá, 2005. 146p. p.65-66.

Um dos objetivos do Estado, e conseqüentemente da Administração Pública, é proteger o interesse público; e a consulta pública dá à população a oportunidade de manifestar sua vontade, questionar e opinar, desenvolvendo um senso de responsabilidade e participação nos projetos de PPP. Esse instituto é o primeiro momento em que se opera o controle social.

5.4.5 Novos Critérios de Julgamento das Propostas

O artigo 12 da Lei nº 11.079/2004 permite a utilização de dois critérios de julgamento do artigo 15 da Lei nº 8.987/95 e de outros dois criados por ela. Desta feita, os quatro critérios de julgamento para a escolha do parceiro privado são os seguintes:

1 - O menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado (art. 15, I da Lei nº 8.987/95);

2 – A melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica (art. 15, V da Lei nº 8.987/95);

3 – O menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública; (art. 12, II, “a” da Lei nº 11.079/2004);

4 – A melhor proposta em razão da combinação do menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital (art. 12, II, “a” da Lei nº 11.079/2004).

Quanto aos critérios classificados como objetivos – menor valor da tarifa, menor valor da contraprestação –, estes não têm sido alvo das críticas, porém, como

relatado anteriormente, a utilização de critérios técnicos é questionada por permitir uma certa discricionariedade quando da avaliação das propostas. “Como não há possibilidade de objetivar quais são os critérios técnicos, não há como cobrar justificativas pelas decisões tomadas.”¹⁸⁶

E no diapasão oposto:

Um dos objetivos das PPPs é levar eficiência da iniciativa privada à definição do modelo contratual, com possibilidade de ela propor meios para que sejam alcançados os fins definidos pela administração. Não teria sentido admitir a apresentação, pelas licitantes, de diferentes soluções para implementação do objeto pretendido para, depois, escolher a proposta vencedora com base exclusivamente em aspectos econômicos. Nesse quadro, as diferenças propostas restariam simplesmente desprezadas.¹⁸⁷

Entretanto, Marçal Justen Filho, ao tratar do critério “menor tarifa de melhor técnica” na licitação para concessão, adverte:

As vantagens técnicas e econômicas têm de ser reconduzidas a um mesmo padrão de avaliação, para permitir a obtenção de média homogênea. A fórmula matemática para tanto não apresenta maior dificuldade. Mas é quase insuperável a dificuldade de diferenciação dos atributos técnicos. Uma pequena diferença poderá traduzir-se numa vantagem desproporcional, daí resultando a vitória de proposta que não contemplava vantagens mais consistentes e efetivas para o interesse público.¹⁸⁸

No tocante à tão criticada concessão administrativa, Benedicto Porto Neto entende que o julgamento por critérios técnicos pode permitir “soluções alternativas mais amplas que as simplesmente vinculadas a aspectos técnicos na prestação de serviços” interferindo na “definição gerencial do empreendimento”, fazendo com que os licitantes contribuam na “construção do negócio”.

¹⁸⁶ Afirmativa do diretor executivo da ONG “Transparência Brasil”, Cláudio Weber Abramo, em entrevista ao Jornal Estado de Minas. (MELLO, Alessandra. Proposta fere a Lei de Licitações. **Jornal Estado de Minas**. Segunda-feira, 23 de agosto de 2004. Caderno: Política. p.3.)

¹⁸⁷ PORTO NETO, Benedicto. Licitação para contratação de parcerias público-privadas. In: SUNDFIELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. Malheiros: São Paulo. 2005. 605p. p.151.

¹⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. 654p. p.258.

Justamente para limitar a criticada discricionariedade e ao mesmo tempo permitir a apresentação de soluções inovadoras, o § 2º do citado artigo 12 da Lei nº 11.079/2004 determina que haja motivação “com base em exigências, parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto, definidos com clareza e objetividade no edital” para se admitir o julgamento com base em propostas técnicas.¹⁸⁹

5.4.6 Lances em Viva Voz

O artigo 12 da Lei nº 11.079/2004 traz outra inovação além dos novos critérios de julgamento: a possibilidade de apresentação de lances em viva voz, após a apresentação das propostas escritas, se assim o edital previr.

Essa inovação veio da experiência trazida pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, na licitação modalidade pregão, a possibilidade de os licitantes modificarem suas propostas econômicas

¹⁸⁹ Julgamento com base em critérios técnicos ou outro em combinação com este já era permitido não só na Lei de Concessões, como também pela Lei 8.666/93 – art. 46 -, porém nesta Lei, sua utilização é restrita a “serviços de natureza predominantemente intelectual” ou excepcionalmente “por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório”.

através de lances em viva voz,¹⁹⁰ como forma de aumentar a disputa e o Poder Público obter maiores vantagens do que em uma licitação da Lei nº 8.666/93.¹⁹¹

De acordo com a Lei nº 11.079/2004, os lances serão sempre apresentados primeiro pelos licitantes das propostas escritas classificadas em último lugar, seguindo-se os demais nessa seqüência inversa de classificação. É livre a quantidade de lances orais, com exceção dos licitantes que apresentaram propostas escritas superiores a 20% (vinte por cento) do valor apresentado pela melhor proposta, cujo edital pode limitar a apresentação de lances. Essa limitação parece ferir o princípio da isonomia mas, segundo Benedicto Porto Neto,¹⁹² não há a ofensa, pois “o corte é definido por critério objetivo, impessoal”. Ao contrário, a limitação encontra-se em perfeita consonância com o interesse público, pois, se não há limitação, os “licitantes podem oferecer propostas elevadas, para no curso do procedimento ajustá-las apenas ao indispensável para garantia da vitória. Já com a limitação as licitantes tenderão a oferecer propostas iniciais competitivas”.

A adoção de lances em viva voz é com certeza uma evolução na obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, porém em uma PPP, cuja complexidade do contrato e da própria licitação é inconteste, a adoção desse critério pode trazer riscos, dada a dificuldade de visualização dos custos para a

¹⁹⁰ “Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: (...) VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;” (Lei nº 10.520/2002)

¹⁹¹ Pela Lei 8.666/93 os licitantes somente poderão alterar suas propostas econômicas nas hipóteses do artigo 46, §1º, II e III – na licitação pelo critério melhor técnica, há uma fase de negociação condições propostas, com a proponente melhor classificada ou no impasse, com os demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo para a contratação – e do artigo 48, §3º - quando todas as propostas forem desclassificadas.

¹⁹² PORTO NETO, Benedicto. Licitação para contratação de parcerias público-privadas. In: SUNDFIELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. Malheiros: São Paulo. 2005. 605p. p.153-154.

conseqüente redução responsável da proposta. Desta feita, a comissão deve ter atenção redobrada neste momento.

5.4.7 Saneamento de Falhas no Curso da Licitação

Outra inovação trazida pelo artigo 12 da Lei nº 11.079/2004 é a “possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento”, desde que previstas no edital e dentro do prazo fixado por este.

Luiz Alberto Blanchet¹⁹³ adverte que, apesar de o texto não ser explícito, o saneamento ou a complementação devem ser daqueles “necessários para possibilitar o julgamento pela Comissão e não aqueles necessários para tornar aceitável proposta recusada ou desclassificada”, o que feriria o princípio da isonomia.

Há quem entenda que essa fase de saneamento privilegia licitante relapso e afronta o princípio da isonomia, porém, na prática, faz aumentar a competitividade, pois não é raro ver-se desclassificar um bom licitante por falta de um documento que possivelmente foi esquecido de ser juntado. E não fere ao princípio da isonomia, pois a possibilidade é oferecida indistintamente, além de reduzir o número de recursos contra decisões de inabilitações ou desclassificações, algumas das vezes dirigidas ou desnecessárias. Ou, conforme os dizeres de Adilson Dallari:

¹⁹³ BLANCHET, Luiz Alberto. **Parcerias público-privadas**. Curitiba: Juruá, 2005. 146p. p.78-79.

Visa a concorrência pública fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão deste escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconsistentes com a boa exegese da lei devem ser arredados.¹⁹⁴

Quanto ao saneamento de falhas, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende tratar-se de “medida salutar, que certamente evitará muitas das controvérsias suscitadas por licitantes inabilitados ou desclassificados no curso do procedimento”.¹⁹⁵ Mas, por óbvio, o critério de saneamento tem que ser utilizado com bastante responsabilidade para evitar favoritismos ou gerar nulidades.

5.4.8 Inversão de Fases

Mais uma vez buscando exemplo na experiência trazida pela Lei nº 10.520/2002, que instituiu a licitação modalidade pregão, a Lei de PPPs inovou ao permitir, em seu artigo 13, a inversão da ordem de abertura dos envelopes.

Art. 13. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em 2º (segundo) lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

¹⁹⁴ DALLARI, Adilson. **Aspectos jurídicos da licitação**. 3. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva. 1992. 145p. p.88.

¹⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 449p. p.81-191.

IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

Nesse procedimento licitatório invertido há duas fases. Na primeira, é selecionada a melhor proposta técnica, sendo analisadas e escolhidas aquelas que atendam de forma satisfatória aos requisitos fixados pelo edital ou, no caso de adoção de critério aliado ao técnico, estabelecida a classificação dos mesmos. Logo depois, é recebida a proposta de preço dos licitantes, conforme um dos critérios de julgamento expostos em item anterior, passando-se, em seguida, aos lances em viva voz até se atingir o melhor preço ofertado e declarar-se o vencedor do certame. Somente a partir deste ponto é possível saber se haverá segunda fase, que é a abertura do envelope da habilitação do vencedor, de forma a verificar sua regularidade.

Como se verifica, no procedimento invertido a habilitação é a última fase, enquanto na licitação pelo regime da 8.666/93 é a primeira.

A grande vantagem dessa inversão de fases é a celeridade, pois muitas vezes, em uma licitação comum, perde-se muito tempo analisando a documentação para habilitação de vários concorrentes, quando só ao final se saberá aqueles que não serão contratados, por não apresentarem proposta vantajosa o suficiente. A inversão proporciona uma considerável economia de tempo e esforços na condução da licitação, e, como expõe, Alice Gonzáles Borges,¹⁹⁶ a “fase da habilitação, na prática das licitações, se vem constituindo no maior ‘gargalo’ para o andamento dos certames, em prejuízo do princípio constitucional da eficiência”, pois, sendo a habilitação a primeira fase, esta se torna a:

¹⁹⁶ BORGES, Alice Gonzalez. **O pregão criado pela MP 2026/00**: breves reflexões e aspectos polêmicos. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n.43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=425>>. Acesso em: 02 jan. 2006.

predileta para o *direcionamento* das licitações por certos maus administradores, cumulando-as de exigências burocráticas absurdas e desnecessariamente detalhadas. É o campo de batalha mais acirrado entre os licitantes, que multiplicam impugnações e recursos baseados em falhas de documentação dos demais concorrentes, com o único intuito de alijá-los da competição. É a seara predileta das famigeradas liminares, que tumultuam e às vezes até inviabilizam o prosseguimento do certame.” (destaque no original)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explana que na licitação padrão, da Lei nº 8.666/93, a habilitação como primeira fase tem sido alvo de críticas pela doutrina, em razão dos conflitos estabelecidos na fase de habilitação, que em geral “não são resolvidos na via administrativa, levando as partes a litigarem no Poder Judiciário, atrasando o término do procedimento, em prejuízo do interesse público”.¹⁹⁷

Ao analisar a possibilidade de inversão de fases, Benedicto Porto Neto,¹⁹⁸ entende que este artigo enseja análise em torno de duas questões.

A primeira trata da oportunidade de recurso em face da classificação das propostas. A Lei nº 11.079/2004 poderia ter instituído uma fase única para recurso, no entanto foi omissa quanto a qualquer fase de recurso. Desta feita, como a Lei nº 8.666/93 aplica-se subsidiariamente à licitação para PPP, torna-se perfeitamente cabível recurso contra o ato de classificação, com efeito suspensivo, antes da habilitação da autora da melhor proposta. Quanto ao recurso contra ato de habilitação, também se observará a Lei nº 8.666/93.

A segunda questão é sobre a “eventual violação dos princípios da impessoalidade e moralidade com a inversão de fases, já que a verificação do atendimento das exigências de habilitação deve ocorrer depois do conhecimento de todas as propostas”. O autor entende que pode haver sim uma certa avaliação

¹⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 449p. p.190.

¹⁹⁸ PORTO NETO, Benedicto. Licitação para contratação de parcerias público-privadas. In: SUNDFIELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. Malheiros: São Paulo. 2005. 605p. p.156-159.

subjetiva por parte da Comissão de Licitação, porém entende como “exagerado” argumentar que essa “margem de discricionariedade” representa uma “violação dos princípios de direito público”, em especial o da impessoalidade.

5.5 O CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

O contrato é indiscutivelmente o documento mais importante de uma Parceria Público-Privada, pois o “verdadeiro regime da PPP não está na lei e sim no contrato que lhe dá forma”.¹⁹⁹

Os contratos de Parceria Público-Privada terão como cláusulas essenciais as contidas no artigo 23 da Lei Geral de Concessões,²⁰⁰ no que as peculiaridades de

¹⁹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental. In: SUNDFIELD, Carlos Ari (Org). **Parcerias Público-Privadas**. Malheiros: São Paulo. 2005. 605p. p.285.

²⁰⁰ Lei 8.987/95 - Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

- I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;
- II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
- III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;
- V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;
- VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;
- VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;
- VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;
- IX - aos casos de extinção da concessão;
- X - aos bens reversíveis;
- XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;
- XII - às condições para prorrogação do contrato;
- XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;
- XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e
- XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente:

- I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e

cada empreendimento assim o permitirem – esse é o entendimento do termo “no que couber” – e ainda as arroladas nos incisos do artigo 5º da Lei nº 11.079/2004, como o prazo de vigência, que deve ser compatível com a amortização dos investimentos aportados, variando entre cinco e trinta e cinco anos, esclarecendo a norma que, nesse prazo limite, devem ser incluídas as possíveis prorrogações, de forma a evitar que as parcerias sejam eternizadas.

São várias as peculiaridades na contratação na Parceria Público-Privada que deverão ser definidas e harmonizadas no contrato, viabilizando, assim, a necessária compatibilização entre os interesses públicos e privados envolvidos na parceria, em prol de uma relação equilibrada e segura. Convém salientar que a questão central da viabilidade de uma parceria reside na harmonização de suas disposições contratuais, a qual certamente terá impacto decisivo na avaliação dos riscos a serem incorridos pelos parceiros e financiadores do projeto.

5.5.1 O Objeto do Contrato

O objeto de um contrato de Parceria Público-Privada é bastante amplo, apesar de a Lei nº 11.079/2004 ser omissa. Mas da leitura do texto legal, verifica-se que a mesma pode ocorrer em várias áreas: prestação de serviços, segurança, educação, saúde, saneamento, dentre outras, ampliação de infra-estrutura ou auxílio ao sistema prisional.

II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

A Lei mineira – Lei 14.868/2003 –, ao contrário da Federal, foi menos econômica, arrolando em seu artigo 5º o que poderá ser objeto de um contrato de PPP.²⁰¹

A Lei federal cuidou de delimitar o que não pode ser objeto de um contrato de PPP, que são: os serviços indelegáveis (art. 4º, III) – funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado – e os que tenham como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública (art. 2º, § 4º, III).

5.5.2. Da Divisão de Riscos

Um dos pontos específicos mais importantes no contrato de Parceria Público-Privada é a divisão de riscos, já que cada PPP demandará uma repartição específica de riscos de acordo com o seu objeto, finalidade e peculiaridades. A correta alocação de riscos no contrato determinará o custo e o sucesso ou insucesso de uma Parceria Público-Privada. Primeiro, porque quanto mais riscos ficarem a cargo

²⁰¹ Art. 5º - Podem ser objeto de parceria público-privada:

- I - a prestação de serviços públicos;
- II - a construção, a ampliação, a manutenção, a reforma e a gestão de instalações de uso público em geral, bem como de terminais estaduais e de vias públicas, incluídas as recebidas em delegação da União;
- III - a instalação, a manutenção e a gestão de bens e equipamentos integrantes de infra-estrutura destinada a utilização pública;
- IV - a implantação e a gestão de empreendimento público, incluída a administração de recursos humanos, materiais e financeiros;
- V - a exploração de bem público;
- VI - a exploração de direitos de natureza imaterial de titularidade do Estado, incluídos os de marcas, patentes e bancos de dados, métodos e técnicas de gerenciamento e gestão.

do parceiro privado, maior será o custo,²⁰² e porque a alocação dos mesmos mais para um lado que para outro poderá desvirtuar a parceria e comprometer sua finalidade.

É a alocação de riscos que distingue as PPPs das concessões comuns e dos contratos administrativos da Lei nº 8.666/93. Nestes contratos, o risco é exclusivo da Administração Pública, que projeta, contrata e paga o contratado. No regime da 8.987/95, ao contrário, o risco é totalmente do concessionário, com exceção dos imprevisíveis decorrentes de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, que a própria lei determina que seja da Administração em razão do direito do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ao contrário das duas leis aduzidas, a Lei nº 11.079/2004 não dispôs em seu texto quais riscos caberiam a cada parceiro, deixando essa alocação ao contrato (arts. 4º, VI e 5º, III), pois um dos princípios da filosofia PPP é que o risco²⁰³ deve ser alocado à parte mais apta a administrá-lo, e somente no contrato se pode fazer essa correta distribuição, não sendo *a priori* vedada qualquer forma de distribuição de riscos, desde que não descaracterize o próprio instituto.

Em razão da diretriz de distribuição de riscos, ao contrário da Lei nº 8.987/95, que somente determinava a disposição em contrato de penalidades ao concessionário; a Lei nº 11.079/04, de acordo com a divisão de obrigações e riscos entre os parceiros, pode fixar penalidades, proporcionais à gravidade da falta e às

²⁰² “A alocação eficiente do risco tem um impacto financeiro direto sobre o projeto, já que resultará em menor custo global e dessa forma, propiciará melhores vantagens socioeconômicas (*value for money*) em comparação aos métodos tradicionais.” (COMISSÃO EUROPEIA. **Diretrizes para parcerias público-privadas bem-sucedidas**. Março 2003. 110pp. 53. Disponível em <http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm>. Acesso em: 30 set 2004.)

²⁰³ Rico, nesse sentido, definido como “qualquer fator, evento ou influência que ameace a conclusão bem-sucedida de um projeto, em termos de prazo, custo ou qualidade”. (COMISSÃO EUROPEIA. **Diretrizes para parcerias público-privadas bem-sucedidas**. Março 2003. 110p. p.53. Disponível em <http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm> Acesso em: 30 set 2004.)

obrigações, a ambos os parceiros. No entanto, essa novidade não tem como ser aplicada, pois a Lei nº 11.079/2004 não as previu, e a Lei nº 8.666/93, de aplicação subsidiária, só prevê aplicação de penalidade pela Administração ao contratado. Dessa feita, só se admite a possibilidade de multa contratual de caráter ressarcitório, nunca de caráter sancionatório. Logo, em razão do princípio da legalidade, a disposição em comento em nada contribuiu para equiparar parceiros públicos e privados.

Na opinião de Benjamin Zymler, há também uma incoerência na Lei nº 11.079/2004 com relação à distribuição dos riscos, visto que:

O inciso III do art.5º desse projeto prevê a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. Tal dispositivo permite a atribuição de responsabilidade aos agentes privados em decorrência de eventos que, tradicionalmente, são considerados excludentes dessa responsabilidade. Assim sendo, parece que esse inciso vai de encontro à orientação que perpassou toda a elaboração do projeto de lei.²⁰⁴

No mesmo diapasão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro critica a norma do inciso III do art. 5º da Lei nº 11.079/2004, dispondo que:

Ela é aceitável no caso da teoria da imprevisão e na hipótese de motivo de força maior, em que o desequilíbrio é causado por álea econômica alheia à vontade de ambas as partes (...). O mesmo não ocorre nos casos de fato do príncipe e fato da Administração, em que o desequilíbrio decorre de ato ou fato do Poder Público, seja ele provocado por ato geral não relacionado diretamente ao contrato (fato do príncipe, como, por exemplo, a elevação dos tributos), seja ele causado por ato praticado pela Administração como parte no contrato (fato da Administração, como ocorre em hipóteses de inadimplemento por parte do parceiro público). Nas duas hipóteses é inaceitável a repartição dos prejuízos, porque não se pode imputar ao contratado o ônus de arcar com prejuízos provocados pelo contratante.²⁰⁵

²⁰⁴ ZYMLER, Benjamin. **As licitações no âmbito das parcerias público-privadas**. In: Fórum Administrativo de Direito Público. Belo Horizonte, ano 5, n.47, 1, jan. 2005. p.4958.

²⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 449p. p.81-191.

Em decorrência também dessa distribuição de riscos, a Lei nº 11.079/04, no inciso IX do artigo 5º, também permite a distribuição de eventuais lucros, quando acima de determinado limite estabelecido em contrato e derivados da redução dos custos do financiamento devido à redução do risco de crédito.

Para aferição desses riscos, dos possíveis ganhos econômicos e para facilitar o controle, estabeleceu-se a obrigatoriedade de constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE).

5.5.3 Da Constituição de Sociedade de Propósito Específico

Como condição para celebração do contrato, o artigo 9º da Lei nº 11.079/2004 estabelece que o licitante vencedor, antes da celebração do contrato, deverá constituir Sociedade de Propósito Específico para implantar ou gerir seu objeto, bem como adotar contabilidade e demonstração financeira padronizada.

A SPE será constituída após definida a vencedora do certame sob qualquer modalidade societária.²⁰⁶ Para constituição dessa SPE, a empresa licitante vencedora pode abrir uma subsidiária ou, se for um consórcio de empresas, este será convertido na própria SPE.

A constituição da SPE se justifica como forma de “facilitar o controle da execução do contrato e a saúde financeira da concessionária e do respectivo *project finance*, (...) em virtude da segregação patrimonial, contábil e jurídica que a SPE

²⁰⁶ Caso seja constituída sob a forma de Sociedade Anônima Aberta, poderá colocar valores mobiliários no mercado, emitindo debêntures ou ações, com o objetivo de captar recursos junto ao mercado para financiar a execução do projeto.

implica”.²⁰⁷ Tal constituição é inclusive indicada pela Comissão da União Européia, aos países membros na formalização de contratos PPP, conforme assinala o item 55 da versão portuguesa do Livro Verde da Comissão sobre as Parcerias Público-Privadas:

A cooperação directa entre o parceiro público e o parceiro privado no quadro de uma entidade dotada de personalidade jurídica permite ao parceiro público manter um nível de controlo relativamente elevado sobre o desenrolar das operações, que pode adaptar ao longo do tempo, em função das circunstâncias, através da sua presença entre os accionistas e nos órgãos de decisão da entidade comum. Permite igualmente ao parceiro público desenvolver a sua experiência própria da exploração do serviço em causa, com recurso ao apoio de um parceiro privado.²⁰⁸

Em razão da divisão de riscos exposta em item anterior, a Lei nº 11.079/2004 admite que, entre os membros da SPE, possam figurar particulares e o Estado.²⁰⁹ No entanto, para que o controle da SPE reserve-se nas mãos daquele que saiu vitorioso ao final do procedimento licitatório, é vedado ao Estado ser titular da maioria do capital votante, salvo sua eventual aquisição por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento. Se coubesse ao Estado o controle da sociedade, haveria, no caso, uma sociedade de economia mista, e não uma SPE, o que dispensaria, a propósito, a prévia licitação para concessão da parceria.

²⁰⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas – PPP’s no Direito Positivo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, mai-jul, 2005. 41p. p.39. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 30 ago 2005.

²⁰⁸ Livro Verde da Comissão sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões (COM(2004)0327 – 2005/2018(INI)). Disponível em: <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l22012.htm>>. Acesso em: 13 dez 2004.

²⁰⁹ Alexandre Aragão adverte que, em razão do artigo 7º da Lei nº 11.079/2004, “que determina que a contraprestação pública só pode ser feita após disponibilizado o serviço ou a infra-estrutura, o Estado deverá, antes desse momento, apenas subscrever a sua participação, integralizando-a apenas após a referida disponibilização.”

5.5.4 Da Contraprestação do Parceiro-Público

Quanto às formas de remuneração do parceiro privado, como visto em item anterior, variarão de acordo com a modalidade adotada – concessão patrocinada ou administrativa –, as quais deverão constar de forma explícita no contrato, juntamente com a contraprestação da Administração Pública. Referida contraprestação está relacionada exemplificativamente no artigo 6º da Lei nº 11.079/04: por ordem bancária; cessão de créditos não tributários; outorga de direitos em face da Administração Pública; outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; e outros meios admitidos em lei – como a cessão de direito de uso alternativo de imóveis ou a cessão de direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento.

Cabe à Administração definir no edital o meio de pagamento mais oportuno e conveniente àquele contrato, sendo necessário lembrar que não haverá necessariamente discricionariedade, mas uma avaliação, um estudo detalhado de qual a melhor contraprestação, tendo em vista uma ou mais formas arroladas no artigo 6º ou alguma outra, de acordo com o vulto, a duração e a complexidade do objeto.

Luiz Alberto Blanchet entende que a forma de contraprestação do parceiro público pode ser alterada quando da execução do contrato, se houver “motivo de fato legitimador de tal mutação contratual”. No entanto o momento mais oportuno para se fixar a forma de contraprestação é no edital, ou, por proposta dos licitantes durante a licitação, de tal forma que a mesma oportunidade seja ofertada a todos os concorrentes. Entender possível alterar a forma de pagamento durante a execução

do contrato pode dar margem a uma série de fraudes apenas para se ganhar a licitação e ter as regras reformuladas posteriormente.

Com relação à contraprestação, cabe ainda ressaltar que uma das principais características das Parcerias Público-Privadas é de que a remuneração do setor privado se dá apenas com a disponibilização dos serviços, devidamente avaliados por critérios objetivos do desempenho do parceiro privado, característica recomendada inclusive pelos organismos internacionais e introduzida na lei por substitutivo do Senado Federal.²¹⁰

Porém cumpre destacar que, em razão disso, o parceiro privado terá que cumprir suas obrigações às suas expensas até poder disponibilizar o serviço, e, como o contrato de PPP não é de pouca monta, a figura do financiador adquire papel fundamental, daí a instituição de garantias a este também na Lei nº 11.079/2004.

5.5.5 Das Garantias

A Lei nº 11.079/2004 prevê três tipos de garantias nas Parcerias Público-Privadas. São elas:

- 1) A garantia de execução do contrato, prestada pelo parceiro privado ao parceiro público;
- 2) As garantias aos financiadores das PPPs;

²¹⁰ PAIVA, Sílvia Maria Caldeira Paiva; ROCHA, C. Alexandre A. **Parceria Público-Privada: O papel do Senado Federal na discussão e aprovação da Lei 11.079, de 2004.** Texto para discussão 25. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal: Coordenação de Estudos. Mai. 2005. 76p. p.23-24.

3) A garantia do cumprimento pela Administração Pública das obrigações pecuniárias contraídas perante o parceiro privado.

A primeira forma de garantia – prevista no art. 5º, inciso VIII da Lei de PPP – é bastante comum em contratos administrativos, podendo ser prestada pelo parceiro privado das seguintes formas: caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública; por seguro-garantia; ou por fiança bancária. Essas espécies de garantias estão arroladas no artigo 56 da Lei nº 8.666/93,²¹¹ sendo que os títulos da dívida pública, por alteração introduzida pela Lei de PPPs, devem “ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliado pelos seus valores econômicos”, de forma a oferecer maior segurança à Administração da execução dos serviços.

A segunda forma de garantia – ao financiador – está prevista no § 2º do artigo 5º da Lei nº 11.079/2004, e podem ocorrer nas seguintes espécies:

§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus

²¹¹ Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 11.079, de 2004)

II - seguro-garantia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - fiança bancária. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

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

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

Há polêmica somente quanto ao inciso I, que trata da transferência do controle da SPE para os seus financiadores, sem necessidade de aplicação do previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei no 8.987/95, ou seja, “sem atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço” e sem o necessário comprometimento de “cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor”, o que fere o artigo 37, XXI da Constituição Federal, que determina que se verifiquem “as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro expõe que tal garantia “gera certa perplexidade, porque, sem demonstração daqueles requisitos, dificilmente se pode conceber a continuidade do serviço por uma empresa não suficientemente habilitada”.²¹² Celso Antonio Bandeira de Mello, de forma mais radical, expressa que “é desenganadamente inconstitucional” tal assunção pelo financiador do controle da SPE, e “que a lei das parcerias público-privadas não poderia fazê-lo” por vedação do art. 37, XXI da Constituição.²¹³

²¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 449p. p.175.

²¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. As Parcerias Público-Privadas. Migalhas. Quinta-feira, 12 jan 2006. Migalhas Quentes. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=20266>. Acesso em: 12 jan 2006.

Essa garantia também foi incluída na Lei nº 8.987/95, pela Lei nº 11.196 de 21 de novembro de 2005, mas com tal inconstitucionalidade sanada, ou seja, a nova redação do art. 27 condiciona a transferência do controle da SPE para o financiador, desde que este atenda as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal e se comprometa a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor, o que deveria ter sido feito na Lei de PPP.

Por fim, a terceira forma de garantia – do parceiro público em benefício do parceiro privado – está arrolada no artigo 8º da Lei nº 11.079/2004, e pode-se dizer é um dos pontos mais polêmicos da Lei. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro há “certo paradoxo, porque se o poder público não dispõe de recursos para realizar as obras, dificilmente disporá de recursos para garantir o parceiro privado de forma adequada”.²¹⁴

Ao contrário da Inglaterra, onde “o fato de o Governo se obrigar contratualmente a efetuar os pagamentos oriundos de um projeto de PPP é, em si mesmo, uma excelente garantia de receita, firme e duradoura, posto que o Governo britânico, historicamente, cumpre com seus contratos”,²¹⁵ no Brasil, o descumprimento dos prazos de pagamento para com seus contratados e fornecedores por parte da Administração é uma realidade, a ponto de todo contrato firmado com a Administração Pública ser mais oneroso por já estar embutido no preço o risco do inadimplemento e o custo de demandas judiciais, nas quais se procura não só rescindir o contrato, mas também os danos, gerando no empresário uma sensação de descrédito e justificada insegurança.

²¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 449p. p.159.

²¹⁵ POLTRONIERI, Renato. Garantia ao investidor: Sucesso das PPPs depende da boa aplicação da regra. **Revista Consultor Jurídico**. 18 ago 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/37183,1>>. Acesso em: 26 ago 2005.

Em uma Parceria Público-Privada, cuja base é a mútua confiança, esse *animus* tem de ser mudado, e, com o intuito de viabilizar maior sensação de segurança ao parceiro privado, a Lei nº 11.079/2004 enumerou uma série de garantias a serem oferecidas em razão das contraprestações pecuniárias contraídas pela Administração Pública.²¹⁶ Entretanto tais garantias têm sido consideradas por diversos autores como inconstitucionais. Juarez Freitas entende que, se a intenção era oferecer segurança jurídica, "melhor técnica recomendaria que boa parte de tais mecanismos deveria ter assento em Emenda Constitucional ou em Lei Complementar".²¹⁷

Segundo o inciso I, artigo 8º, da Lei nº 11.079/2004, como garantia do pagamento pela Administração Pública da contraprestação ao parceiro privado, pode ser oferecida a "vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal". O referido artigo da Constituição Federal veda a vinculação de "receita de impostos a órgão, fundo ou despesa", com exceção dos destinados à educação, saúde e administração tributária. Ou seja, isentando-se os tributários, os demais créditos da Administração Pública, a partir dessa leitura, poderiam ser utilizados como garantia para o parceiro privado.

²¹⁶ Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

- I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;
- II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
- III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
- VI – outros mecanismos admitidos em lei.

²¹⁷ FREITAS, Juarez. Parcerias Público Privadas (PPPs): Características, regulação e princípios. **Interesse Público**. n.29. Jan-fev 2005. 11-61p. p.31.

No entanto, a questão é polêmica. Kioshi Harada,²¹⁸ ao exarar parecer à Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo, argumenta pela inconstitucionalidade do inciso I do artigo 8º (vinculação de receitas), por ferir o próprio artigo 167, IV da Constituição Federal, pois é o próprio artigo quem veda qualquer tipo “prestação de garantias para outros fins” que não a de Operação de Crédito por Antecipação de Receita, conhecidas como AROs (art. 165, § 8º da CF/88). Se assim não fosse, o referido inciso também seria inconstitucional, pois “toda e qualquer receita pública, não apenas a de impostos, configura bem público, indisponível, inegociável e irrenunciável, porque existe como instrumento necessário ao cumprimento dos fins do Estado”. Kioshi Harada conclui que a vinculação de receitas pretendida pela Lei 11.079/04 constitui “uma verdadeira inversão da ordem pública, que afronta os princípios da moralidade e da impessoalidade, insertos no art. 37 da Constituição Federal, de observância impositiva na forma do seu art. 100, caput”, bem como o próprio artigo 167, IV da Carta Constitucional.

Com relação ao inciso II do artigo 8º da Lei de PPPs, que prevê a possibilidade de “instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei” e a instituição do Fundo Garantidor pelo artigo 16 e seguintes da mesma lei, o Jurista entende pela inconstitucionalidade, visto que:

Enfim, a participação da União, das autarquias e das fundações públicas nesse FGP, ou a utilização de fundos especiais que deveriam ter sido extintos, contraria em bloco os dispositivos constitucionais pertinentes à Administração Pública e à matéria financeira.

Atenta contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da publicidade (art. 37 da CF); dribla o art. 165, § 9º, II da CF e o art. 36 do ADCT; infringe o art. 167, IV da CF; contraria o princípio da

²¹⁸ HARADA, Kiyoshi. **Parecer: Artigo 8º da Lei nº 11.079/04, conhecida como Lei das PPPs, que permite a vinculação de receitas públicas e instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei.** Consultante: Comissão de Precatórios da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. In: Notícias OABSP de 27 jan 2005. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/incoab3/NoticiasDetalhelImpressao.asp?id_noticias=2814>. Acesso em: 29 jan 2005.

quantificação dos créditos orçamentários inserto no art. 167, VII; violenta o princípio das fixação prévia das despesas que está previsto no art. 167, II. Ademais, esvazia, em parte, o conteúdo dos arts. 70 e 71 da CF, que cometem ao Congresso Nacional a importantíssima missão de fiscalizar e controlar os gastos públicos, ferindo de morte o princípio da legitimidade que deve presidir o controle sob o prisma da legalidade e da economicidade da execução orçamentária e financeira.

No mesmo diapasão, Celso Antônio Bandeira de Mello,²¹⁹ entende que a Lei nº 11.079/04 “incide em grosseira inconstitucionalidade quando prevê que receita pública, imóveis públicos e outros direitos possam ser dados em garantia (...) para satisfação de créditos de terceiros”, uma vez que os bens públicos são impenhoráveis e que a forma adotada pela Constituição Federal para satisfação de créditos contra o Poder Público é a do precatório.

Quanto ao Fundo Garantidor, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explana que depende de lei que especifique as receitas que serão vinculadas a ele, visto que “não pode o fundo ser instituído com burla à norma constitucional de que decorre a impenhorabilidade de bens públicos”, argumentando, quanto à utilização de bens da Administração Indireta, ser:

juridicamente inaceitável que autarquias e fundações públicas em geral, não identificadas na lei, possam destinar uma parte de sua receita e de seu patrimônio à constituição desse fundo. As entidades da Administração indireta estão sujeitas ao princípio da especialidade, que significa a vinculação aos fins para os quais foram instituídas. Elas não podem destinar parcelas de sua receita ou patrimônio a finalidade diversa, sem autorização legislativa específica.²²⁰

As duas formas restantes de garantias “contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras” e “prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras”, aparenta ser paradoxal, porque se a Administração não

²¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Administrativo**. 19ª ed. ver. e atualiz. até a emenda constitucional 47, de 05.07.2005. São Paulo: Malheiros, 2005. 1016p. p.730.

²²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 449p. p.177.

dispõe de recursos para realizar obras a ponto de fazer uso das PPPs, como tirar recursos de outras áreas para gastar com seguros-garantia.

Como relatado, a questão não é pacífica, pois há autores como, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes,²²¹ que entendem que “dar garantia não é em si instituto que se contrapõe ao precatório. Não vislumbro pois inconstitucionalidade no art. 8º da Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004.” Considera ainda que “os bens públicos que integram a categoria dominial, na condição de disponíveis, podem ser objeto de oneração com cláusula de garantia, desde que precedidos de autorização legislativa”. O autor acrescenta ainda que “Sem garantia a PPP não terá êxito”, visto que “o risco do pagamento passou a ser ingrediente do preço pago pela administração”.

A necessidade de oferecimento de garantias da contraprestação do parceiro público para atrair a iniciativa privada é certa, já que tais empreendedores e seus financiadores, como afirmado, não dão a necessária credibilidade à Administração Pública para investirem em projeto de tamanho risco, ainda havendo a necessidade de segurança com relação às várias mudanças governamentais que poderão influir na execução dos contratos. No entanto, tem-se que analisar esses aspectos do ponto de vista dos princípios reguladores do Direito Administrativo, em especial os do interesse público, da dignidade da pessoa humana e os arrolados no artigo 37 da Constituição. Em concordância com Juarez Freitas, seria necessária uma alteração constitucional e/ou edição de lei complementar para a adoção de tais garantias, porém desde que respeitados todos os credores da Administração, sem distinção e

²²¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. PPP – Parceria Público-Privada. Uma visão de controle. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte, Ano 4. n.43. jul. 2005. 5720-5726p. p.5722/5723.

“qualquer primazia, se houver, deve cingir-se ao pagamento, não propriamente à liberação dos recursos”²²².

5.6 A ADOÇÃO DA ARBITRAGEM

Assunto não menos polêmico na Lei de Parcerias Público-Privadas é a possibilidade de utilização da arbitragem “para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.²²³

A arbitragem no Brasil está regulamentada pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e pode ser conceituada como um mecanismo privado de solução de conflitos por meio da intervenção de uma terceira pessoa entre as partes, cujo poder decisório advém de acordo entre estas, sem qualquer participação do Poder Judiciário, que é substituído por essa terceira pessoa.

A questão é se a Administração Pública pode submeter seus contratos à arbitragem ou não. Há certa tendência da jurisprudência²²⁴ a entender pela impossibilidade de utilização da arbitragem para solução de lides envolvendo contratos administrativos por ferir princípios de Direito Público. Já os defensores da utilização da arbitragem pela Administração Pública, como Eros Grau, Gustavo Henrique Justino de Oliveira, José Cretella Neto, dentre outros, alegam que, apesar

²²² FREITAS, Juarez. Parcerias Público Privadas (PPPs): Características, regulação e princípios. **Interesse Público**. n.29. Jan-fev 2005. 11-61p. p.24.

²²³ Artigo 11, inciso III da Lei nº 11.079/2004.

²²⁴ Nessa corrente se encontra, além de grande parte da jurisprudência, Celso Antônio Bandeira de Mello e os Tribunais de Contas – em especial o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que, ao editar o “guia básico para parcerias público-privadas”, expôs da dificuldade da utilização da arbitragem em tais contratos, porque “a Administração deve agir com supremacia e individualidade”.

de ser um instituto de Direito Privado, a arbitragem por si só não ofende as regras de Direito Público, visto que o art. 54, da Lei n.º 8.666/93, de forma clara, manda aplicar supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de Direito Privado aos contratos administrativos de que trata a aludida lei.²²⁵

Para se chegar a uma conclusão sobre a possibilidade do uso da arbitragem na solução de questões relacionadas aos contratos de Parcerias Público-Privadas, é necessário analisar dois aspectos da mesma: o subjetivo – quem poderá ser parte no procedimento arbitral – e o objetivo – quais são as questões ou matérias passíveis de solução arbitral –, de forma a verificar sua adequação aos princípios regentes do Direito Administrativo.

Pelo artigo 1º da Lei de Arbitragem, qualquer pessoa capaz de contratar pode se valer da arbitragem. Desta feita, como a Administração Pública tem inquestionavelmente tal capacidade, e a lei não restringe essa capacidade à pessoa privada, subjetivamente há possibilidade de fixação da arbitragem pela Administração Pública.²²⁶

Antes mesmo da edição da aduzida lei, visto que o Brasil é signatário do Protocolo de Genebra de 1923 e de outros tratados que a reconhecem como um dos caminhos a serem perseguidos para a solução de litígios, e frente à previsão de sua utilização pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, em seu artigo 25, § 13, o Tribunal de Contas da União foi provocado a se pronunciar sobre o assunto.

Em sua manifestação, aquele órgão entendeu que, apesar de o Decreto-Lei nº 2.300/86 prever a utilização do juízo arbitral, apenas o admitia como meio idôneo

²²⁵ No sentido de que o juízo arbitral não atenta contra o princípio da indisponibilidade do interesse público. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, nos autos do Mandado de Segurança nº 1998.00.2003066-9 – acórdão, p.14-15.

²²⁶ Nesse campo da arbitrabilidade subjetiva, a controvérsia girava em torno do princípio da legalidade, pois faltaria autorização legislativa expressa neste sentido. Com a edição da Lei 11.079/04 não falta mais.

a solver pendências relativas aos contratos administrativos celebrados pela Administração Pública, quando o contrato fosse celebrado com pessoa física ou jurídica domiciliada no estrangeiro, concluindo ser inadmissível o juízo arbitral em contrato administrativo, por falta “de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público”.²²⁷

Segundo aquela Corte de Contas, a utilização de juízo arbitral em contratos administrativos afrontaria vários princípios de Direito Público, destacando-se: o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; o da indisponibilidade do interesse público pela Administração; o da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; o do controle administrativo ou tutela; e o da vinculação do contrato ao instrumento convocatório e à proposta que lhe deu origem.

Já em 1995, analisando a utilização da arbitragem à luz da Lei de Concessões, aquele tribunal passou a admitir a inclusão da arbitragem, desde que as cláusulas que fossem julgadas pelos árbitros não ofendessem o princípio da legalidade e o da indisponibilidade do interesse público.²²⁸ Porém ainda não há um consenso quanto ao assunto, havendo decisões contrárias à utilização do instituto em contratos, após a referida decisão de 1995, como no Acórdão 584/2003, de 10/04/2003.²²⁹

²²⁷ Processo n.º TC 008.217/93-9, Rel. Min. Homero Santos, Decisão 286/93 – Plenário – Ata 29/93, DOU de 4.08.93, pág.11192.

²²⁸ TCU, Rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, Decisão n.º 188/95 – Plenário – Ata 18/95, Processo TC n.º 006.0986/93-2, DOU de 22.5.95, pág.7277.

²²⁹ Ementa: Representação formulada pela Federação Nacional dos Engenheiros e por Parlamentares. Possíveis irregularidades praticadas pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE. Inspeção realizada. Impropriedade quanto ao fator de disponibilidade temporal das usinas. Dispensa indevida de licitação. **Cláusulas contratuais indevidas prevendo arbitragem e confidencialidade.** Critério na seleção das empresas. Cobrança do encargo de capacidade emergencial. Reajuste dos contratos vinculados à variação cambial. Divergências nas informações para a fixação do preço-base de aquisição de energia elétrica. Conhecimento. Procedência parcial. Determinação. Ciência ao Congresso Nacional e ao Ministério de Minas e Energia. - Contrato privado e contrato administrativo. Análise da matéria. (Sem grifos no original – TCU, Acórdão 584/2003, 2ª

Quanto à Lei de Concessões, cabe ressaltar que ela mesma fala em “modo amigável de solução das divergências contratuais”. A arbitragem é uma alternativa à solução jurisdicional, e não um método amigável de solução de conflitos, visto que do procedimento arbitral se verifica a presença da pretensão resistida e compreende a mediação, a conciliação, a instrução e a sentença arbitral. Não há previsão, a não ser genérica,²³⁰ que autorize o uso da arbitragem nos contratos administrativos. Porém, em razão do princípio da legalidade, há necessidade de autorização legal expressa, específica, para a adoção da arbitragem, uma vez que a adoção da mesma implica renúncia, pela Administração Pública, à garantia constitucional da inafastabilidade de qualquer lesão ou ameaça de direito à apreciação do Poder Judiciário.

No caso das PPPs, o uso da arbitragem não agride ao princípio da legalidade, pois, como afirmado, a possibilidade veio expressa no texto da Lei nº 11.079/2004, restando coberto o aspecto subjetivo da arbitrabilidade.

Porém, como se depreende da leitura dos artigos 1º e 25 da Lei de Arbitragem, a via arbitral só é passível de utilização para solução de controvérsias que envolvam “direitos patrimoniais disponíveis” – aspecto objetivo. E esse é um dos pontos-chave da polêmica, de onde decorrem duas questões: O que são direitos patrimoniais disponíveis? Os direitos patrimoniais envolvidos nos contratos de PPP são disponíveis?

Câmara. Relator: Ubiratan Aguiar. Data do Julgamento: 10/04/2003, publicado no DOU de 28/04/2003.)

²³⁰ Genericamente, a arbitragem é autorizada nos seguintes dispositivos legais: (1) para qualquer contrato administrativo, com base no artigo 54, caput, da Lei n. 8.666/93, que dispõe a respeito da aplicação supletiva aos contratos administrativos dos princípios da teoria geral dos contratos; (2) para os contratos de concessão, com base no artigo 23, XV, da Lei n.º 8.987/95, que trata das cláusulas essenciais aos contratos de concessão; (3) para a Administração como um todo, com base na generalização das disposições do artigo 23, XV, da Lei n.º 8.987/95; e (4) para a Administração Pública direta e indireta, com base no artigo 1º da Lei de Arbitragem, o qual é interpretado como uma autorização genérica, que dispensaria a necessidade de autorização legal específica para cada caso.

Como regra geral, são patrimoniais aqueles direitos passíveis de avaliação monetária; e disponíveis, os direitos sobre os quais os titulares têm liberdade de disposição, ou seja, quando tutelam direitos individuais. A *contrario sensu*, direito indisponível é aquele do qual não se pode dispor, ou para o qual a Lei impõe restrições de disponibilidade.

A corrente que entende não ser possível a Administração Pública firmar cláusula arbitral, defende essa tese com base em um dos princípios do regime-jurídico administrativo, o da indisponibilidade do interesse público. Para estes, todos os interesses e direitos integrantes das relações contratuais do Poder Público são indisponíveis. E, por se tratar de direitos do Estado, são de interesse da coletividade, não existindo quem possua legitimidade para julgar tais direitos pela via arbitral. Se a Administração Pública não pode transigir, quicá se submeter ao juízo arbitral.

Ao expor sobre as Parcerias Público-Privadas, Celso Antônio Bandeira de Mello²³¹ afirma não ser aceitável que particulares “possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas *extra commercium*”. Ao final, conclui o autor que “permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja dessarte com ele embricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve.”

Porém, na direção oposta, Eros Roberto Grau²³² entende que “não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos

²³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. As Parcerias Público-Privadas. Migalhas. Quinta-feira, 12 jan 2006. Migalhas Quentes. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=20266>. Acesso em: 12 jan 2006.

²³² GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. v.32. 2000. 14-20p. p.15 e 20.

patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público”, esclarecendo que não é toda matéria que pode ser objeto de arbitragem, sendo necessário distinguir os atos de gestão dos atos de autoridade.²³³

Para o autor, todos os direitos passíveis de alienação são disponíveis, inúmeras vezes cabendo à Administração dispor de bens patrimoniais, sem que esteja dispondo do interesse público. Completando, expõe que “sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem” e afirma que “não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da Administração, como, a ele, é recomendável, posto que privilegia o interesse público”.

Há ainda quem entenda que em um contrato administrativo apenas as cláusulas exorbitantes não possam ser objeto de arbitragem. Para José Emílio Nunes Pinto:

O papel do Estado deve ser desempenhado em prol da coletividade e essa regra se sobreporá a qualquer interesse particular. Dessa forma, o equilíbrio das partes ao longo de toda a relação contratual e a imutabilidade dos ajustes contratuais seriam incompatíveis com a prevalência do interesse público. Assim sendo, muito embora se tenham tomado de empréstimo regras aplicáveis aos contratos entre particulares, criou-se em favor do Estado, e porque não dizer, da Administração Pública, determinadas regras que refletem a prevalência do interesse público sobre o particular colocando-a em situação privilegiada sobre o contratante particular o que, numa relação contratual exclusivamente entre partes privadas, seria considerado ilícito. A essas regras ou, melhor dizendo, a essas peculiaridades do contrato administrativo que o diferem do contrato entre particulares denominamos de cláusulas exorbitantes. (...)

Em síntese, entendemos que, nos contratos com o Estado e suas empresas, estes dispõem de autorização legal para submeter as respectivas controvérsias à arbitragem, nos termos do art. 1º da Lei de Arbitragem (arbitrabilidade subjetiva), mas as controvérsias relativas a cláusulas exorbitantes não darão lugar à arbitragem por se caracterizarem como

²³³ “Na relação contratual administrativa o Estado-aparato (a Administração) atua vinculado pelas mesmas estipulações que vinculam o particular; ambos se submetem à lei (Estado-ordenamento); ou seja, a Administração não exerce atos de autoridade no bojo da relação contratual.”

direitos indisponíveis, estando excluídas, portanto, do escopo da arbitrabilidade objetiva.²³⁴

É importante que se tenha em mente que projetos de PPP não se implantam exclusivamente com o aporte de recursos próprios, e o financiamento desses recursos, como exposto em capítulo anterior, depende da capacidade de pagamento demonstrada no lucro estimado do empreendimento, permitindo que o próprio projeto, em sua fase operacional, seja capaz de liquidar os empréstimos e demais obrigações financeiras incorridos para a sua implementação. Nessa perspectiva, o surgimento de controvérsias é elemento que poderá afetar a estabilidade e integridade do fluxo de caixa do projeto, razão pela qual não só os parceiros privados, como também os financiadores desejam ver presente nos contratos de PPP a cláusula compromissória, que funciona inclusive como forma de redução dos custos do financiamento. Daí ser possível que a pressão destes grupos econômicos faça com que a jurisprudência mude seu entendimento no sentido da aceitação da adoção da arbitragem em contratos administrativos.

No entanto, Juarez Freitas adverte que a arbitragem não pode ser encarada como “solução mágica”, pois, apesar de a sentença proferida pelo juiz arbitral não estar sujeita a homologação judicial; a arguição de sua nulidade, inclusive por meio de ação popular, é possível, “o que significa judicializar conflitos, em vez de antecipar a sua resolução”. O autor expressamente afirma que não vislumbra inconstitucionalidade na adoção da arbitragem, porém, cético, alerta que a sua

²³⁴ PINTO, José Emilio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n.504, 23 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5971>>. Acesso em: 21 jan. 2006.

adoção “tende, nessa altura e em nosso contexto, se ausentes as devidas cautelas, a lançar mais polêmica do que luz”.²³⁵

Não é somente quanto à disponibilidade ou não de bens públicos patrimoniais, possibilidade de arguição de nulidade de sentença arbitral, que reside a discussão referente ao uso da arbitragem pela Administração Pública. Há mais três pontos que devem ser observados:

1 – O artigo 2º da Lei de Arbitragem permite a escolha das partes pela arbitragem “de direito ou de equidade”. Porém, por serem os contratos administrativos regidos pelo princípio da legalidade, não é permitido o uso da equidade nas soluções de conflitos em que está envolvida.

2 – Uma das prerrogativas do Poder Público quando em litígio é a exposta no artigo 475 do Código de Processo Civil Brasileiro, que garante o reexame necessário sempre que houver sentença proferida contra ele – duplo grau que não existe na arbitragem.

3 – A Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras enumera como três as principais virtudes da arbitragem: a) especialidade, pois as partes podem indicar para árbitros pessoas que detenham o conhecimento técnico e científico necessário ao deslinde da questão. No Poder Judiciário, o juiz normalmente não tem esse conhecimento e se vale de peritos por ele indicados; b) celeridade: tal procedimento arbitral é extremamente rápido se comparado ao procedimento de uma ação proposta perante o Poder Judiciário; e o c) sigilo, visto que não há, na arbitragem, a publicidade que caracteriza os procedimentos perante o Poder Judiciário.

²³⁵ FREITAS, Juarez. Parcerias Público Privadas (PPPs): Características, regulação e princípios. **Interesse Público**. n.29. Jan-fev 2005. 11-61p. p.32-33.

Das três características apontadas, uma não se aplica aos contratos administrativos – o sigilo –, visto ser incompatível com o princípio da publicidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, e do inciso V do art. 4º da Lei nº 11.079/2004.

Mesmo que a característica do sigilo na arbitragem não esteja de forma expressa na lei, segundo Gustavo Henrique Justino de Oliveira, “do § 6º do art.13 da LA pode-se inferir que o procedimento arbitral deverá desenvolver-se em caráter de sigilo ou confidencialidade entre as partes”,²³⁶ características vedadas no trato de assuntos públicos e que acabariam por reduzir o controle social.

Desta feita, apesar de o uso da arbitragem pela Administração Pública ser uma tendência, conclui-se mister serem feitas algumas adequações à Lei nº 9.307/96 de forma a resguardar o interesse público que, mesmo de forma secundária, esteja sob seu pálio. Ressalta-se também que sua utilização se apresenta como um paradoxo, quando se afirma que um dos pontos essenciais para o sucesso das PPPs é o controle, em especial o jurisdicional.

5.7 PERSPECTIVAS DAS PPPS NO BRASIL

Sistematizar as vantagens e desvantagens das PPPs quando suas aplicações no Brasil estão ainda no nascedouro é tarefa futurista, mas, para não se furtar ao tema, empiricamente, pode-se nomear como principal ganho do instituto jurídico a grande possibilidade de mobilizar recursos econômicos privados significativos que,

²³⁶ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFIELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. Malheiros: São Paulo. 2005. 567-606p. p.596.

de outra forma, não estariam disponíveis para os investimentos públicos pretendidos.

Como no modelo da Lei nº 8.666/93 o Estado vê-se obrigado a desembolsar o valor da obra durante a sua construção, necessitando de recursos orçamentários no curto prazo; no modelo da PPP o pagamento fica diluído no tempo, após a execução do empreendimento e por conta da sua operação, alongando o gasto público e diminuindo a possibilidade de a obra ser interrompida por falta de recursos ou decisão política temporal.

Ainda no exercício de previsão do impacto das opções dispostas aos investidores, pode-se imaginar a incorporação, nas distintas etapas do projeto, de capacidades gerencial e tecnológica próprias do setor privado, representando ganhos de produtividade e eficiência que o poder público não tem costume de apresentar, com real transferência de tecnologia ao mesmo.

Outro aspecto positivo é que, sendo o capital investido totalmente privado e sua contraprestação perceptível somente após a disponibilização efetiva do serviço, este setor tem interesse na execução mais rápida dos projetos, gerando custos fixos menores e atendimento mais rápido das demandas populacionais.

Neste caminho, como o pagamento do parceiro privado é feito de acordo com sua *performance*, prevê-se melhor qualidade dos serviços e incentivo à superação do desempenho da prestação, beneficiando a população.

Outras importantes inovações que trazem vantagens ao novo procedimento de contratação com o poder público dizem respeito à imposição da consulta pública prévia, que traz mais transparência aos contratos; a possibilidade de saneamento de falhas no curso do processo, gerando maior competitividade; e a elaboração do projeto básico e executivo pela mesma empresa, criando compromisso e vinculação

entre o projeto e a obra, possibilitando a minimização de custos, para que se tenha maior retorno e que a execução da obra seja feita com mais rapidez e qualidade.

Como desvantagem de um envolvimento PPP, pode-se destacar sua exposição aos ciclos da economia brasileira, o que criaria instabilidade nas relações público-privadas, podendo gerar problemas na execução e/ou liquidação dos contratos.

Outra possibilidade nefasta seria o comprometimento irresponsável, seja por incapacidade técnica ou má-fé, de recursos públicos futuros com contratações de longo prazo mal formuladas, lesando o patrimônio público e gerando prejuízos aos usuários do serviço.

Uma terceira desvantagem é citada pela Comissão da União Européia no sentido da redução da capacidade de controle dos serviços, porém a mesma já prevê como minimizar esse fator negativo.

Um dos principais objetivos do setor público é proteger o interesse público e assegurar obtenção de vantagens sócio-econômicas (*value for money*). Projetos operados publicamente dão aos contribuintes a capacidade de controlar a qualidade por intermédio de seus votos e impostos. A introdução de operadores privados pode reduzir esse controle caso não sejam desenvolvidos sistemas de controle eficientes. Paralelamente (...) é necessário promover o desenvolvimento de associações de consumidores, que atuem viabilizem as consultas públicas. Isso não apenas cria uma ligação direta com o operador privado, mas também desenvolve na população um profundo senso de responsabilidade ou de participação nos projetos PPP.²³⁷

O Estado Democrático de Direito não condiz com o total afastamento do Estado de funções vitais para sociedade, como demonstrado no Capítulo 2, porém em uma atuação subsidiária, atuando como fomentador-fiscalizador, e para tanto se

²³⁷ COMISSÃO EUROPÉIA. **Diretrizes para parcerias público-privadas bem-sucedidas**. Março 2003. 110 p. p. 53. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm>. Acesso em: 30 set 2004.

valendo das Parcerias Público Privadas, segundo Arnaldo Wald e Luíza Rangel de Moraes:

(...) o Estado pode, ao mesmo tempo, reduzir a sua atuação e aumentar a sua eficiência, garantindo através da efetiva fiscalização, serviços adequados e a realização de obras inadiáveis, viabilizadas pela aplicação de recursos privados no interesse social, diminuindo, dessa forma, simultaneamente o déficit público e o da infra-estrutura e propiciando o aumento de lucros como reinvestimento, ensejando o ingresso de mais tributos, a alocação da poupança e a criação de mais empregos, fazendo, assim, desaparecer alguns dos gargalos de estrangulamento que ameaçam o futuro econômico do país.²³⁸

Desta feita, pode-se concluir que, com responsabilidade e controle, as PPPs podem trazer bons resultados para o desenvolvimento do País, cujo quadro atual se apresenta bastante frágil em questão de serviços públicos e infra-estrutura. Porém é imperioso lembrar que somente o planejamento aliado ao controle podem evitar a transferência de economias públicas e, conseqüentemente, das classes menos favorecidas aos parceiros públicos.

²³⁸ WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. **O direito de parceria e a nova lei de concessões** (Análise das leis 8.987/95 e 9.074/95). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 341p. p.49.

6 O CONTROLE DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Sendo as Parcerias Público-Privadas uma das formas de atuação administrativa do Estado, estão adstritas ao sistema de controle público e social. É o efetivo controle de uma PPP, desde sua elaboração até o término da execução dos serviços, o elemento primordial para mitigar os riscos inerentes a esta modalidade e para garantir o cumprimento de seu objetivo e a realização do interesse público. Neste sentido, afirmam Glória de Faria Alvim F. Pereira Braz e Wagner Nogueira França Baptista:

a garantia da prestação dos serviços públicos concedidos está diretamente relacionada com o exercício do controle na Administração Pública – que é obrigatório, uma vez que envolve a gestão de coisas públicas – e, dentro deste, o poder-dever de fiscalizar.²³⁹

Porém, o controle não pode ter a intenção de impor sua vontade ao administrador ou executor, ou seja, “o controle não pode inibir a gestão, tolher a criatividade, paralisar pelo medo”.²⁴⁰

A Constituição Federal de 1988 não foi nada econômica ao tratar do controle das funções estatais, com fomento especial ao realizado pela sociedade. As PPPs se submetem a todos os controles previstos na Carta Constitucional e ainda aos constantes na legislação infraconstitucional. Nesse caminho, a Lei nº 11.079/2004 pugna pelo controle, embora de forma esparsa, em algumas passagens de seu texto, como, por exemplo, na determinação da realização de audiência pública –

²³⁹ BRAZ, Glória de Faria Alvim F. Pereira; BAPTISTA, Wagner Nogueira França. Concessões de Serviço Público e a sua fiscalização. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Ano XVII, n.3, 1999. 77-105p. p.91.

²⁴⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. PPP – Parceria Público-Privada. Uma visão de controle. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte, Ano 4. n.43. jul. 2005. 5720-5726p. p.5722.

controle popular –, quando da avaliação do desempenho do parceiro privado – controle interno –, autorização legislativa específica em alguns casos, relatórios da execução dos serviços ao Tribunal de Contas, e assim por diante.

A Constituição Federal distingue o controle em duas espécies: o controle interno – que é a verificação realizada no âmbito do próprio poder – e o externo – que é a submissão da atividade administrativa à fiscalização de órgãos externos à sua estrutura. Conforme se verifica, às PPPs aplicam-se o controle interno realizado pelo parceiro público – através dos ministérios e/ou agências reguladoras – e o externo – através do Poder Legislativo, dos Tribunais de Contas, do Poder Judiciário e da população –, neste último caso, seja acionando o Judiciário, denunciando aos Tribunais de Contas ou representando ao Ministério Público, controles esses expostos a seguir.

6.1 O CONTROLE PELO PARCEIRO PÚBLICO

Evidentemente, como toda empresa, a Sociedade de Propósito Específico (SPE), concessionária de serviço público, manterá mecanismos de auto-controle no âmbito de sua estrutura, como fiscalização hierárquica, controle financeiro, controle de gestão, controle de eficiência dentre outros. Porém, apesar de não deixar de ser de grande importância, dar-se-á atenção especial ao controle e à fiscalização que a Administração Pública, o parceiro público, exercerá sobre o privado.

Uma vez que a titularidade do serviço público é do Estado, cabendo ao parceiro privado apenas a gestão e a execução dos mesmos, há que se garantir que o objetivo de lucro deste não se sobreponha ao interesse público e que os serviços

públicos sejam prestados adequadamente.²⁴¹ Para que esses fins sejam atingidos, o parceiro público tem o poder-dever de manter fiscalização e controle sobre esses serviços que legalmente são de sua responsabilidade, zelando pela fiel execução do contrato.

No uso das atribuições advindas desse poder de controle, o parceiro privado tem obrigação de obedecer a “padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas”.²⁴² O parceiro público, em contrapartida, possui o direito de examinar livros contábeis e documentos da SPE, a fim de verificar sua regularidade e os resultados econômico-financeiros derivados da exploração dessa atividade; o dever de vigiar a prestação material do serviço, de fiscalizar as operações financeiras realizadas ou pretendidas pela SPE, de regulamentar e organizar o serviço; e o poder de sancionar ou intervir em caso de irregularidades. Essas atribuições devem abranger os quatro aspectos fiscalizatórios citados por Hector Jorge Escola:²⁴³ o material, relacionado à execução do objeto do contrato; o técnico, que diz respeito à observância dos planos, especificações e regulamentos; o financeiro, de forma a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a modicidade das tarifas; e o legal, que trata da observância ao ordenamento jurídico.

O controle e a fiscalização da PPP pelo parceiro público estão previstos no texto da Lei nº 11.079/2004 (art. 4º, I; 5º, II, VII e X; parágrafo único do art. 6º; art. 9º, § 3º; art. 14, § 5º e art. 15) e ainda, em caráter subsidiário, nos artigos 3º, 29, 30, 32

²⁴¹ Pela Lei 8.987/95, que se aplica subsidiariamente às PPPs, “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.” (artigo 6º, § 1º)

²⁴² Artigo 9º, § 3º da Lei nº 11.079/2004.

²⁴³ ESCOLA, Hector Jorge. citado por DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. 328p. p.79.

e 38²⁴⁴ da Lei 8.987/95. Tais normas demonstram certa preocupação do legislador em exigir a adequada prestação dos serviços e de ratificar que a intenção da delegação não é a de diminuir a necessidade social, mas tão somente alterar o sujeito da prestação dos serviços, mediante a delegação à iniciativa privada pelo Poder Público e não abstenção de seu dever de prestá-los.

Quem delineará os limites do poder fiscalizatório do parceiro público, além da Lei, será o contrato, devendo ser o mais completo possível. Além de considerar as peculiaridades dos serviços-objeto da Parceria, deverá prever e regulamentar o

²⁴⁴ Lei 8987/95:

“Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

(...)

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;

IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;

V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;

VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;

XI - incentivar a competitividade; e

XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

(...)

Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

(...)

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

processo fiscalizatório, interventivo e punitivo, não se abstendo de determinar os prazos e os meios para o exercício dos direitos à ampla defesa e ao contraditório, em respeito ao art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Como dito, o poder de exigir eficiência e atualização de quem presta os serviços públicos é um poder-dever, permanente e inexcludente do Poder Público, uma vez que é necessário à própria realização do interesse público. Desta feita, é dever do parceiro público não só regulamentar, mas fiscalizar e até intervir no serviço público concedido, dentro dos limites legalmente estabelecidos. Por outro lado, o parceiro privado só pode se opor à fiscalização se esta for excessiva, extrapolando os limites da Lei ou do contrato ou tendente à tomada da administração do serviço pelo parceiro público; neste caso cabe ao concessionário opor-se administrativa ou judicialmente ao ato.

Quanto ao acesso aos dados técnicos, contábeis e financeiros da SPE pelo parceiro público, não configura este abuso de poder, visto que se trata da necessária transparência da Parceria.

Como estatuído pelo artigo 15 da Lei nº 11.079/2004, no caso da União, o controle da Parceria Público-Privada será exercido pela Administração Direta e pelas agências reguladoras, que no movimento pela reforma gerencial do Estado foram criadas justamente para normalizar e exercer o controle de regulação dos serviços delegados ao setor privado.

No que diz respeito ao controle e fiscalização das concessões de serviço público pelas agências reguladoras, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁴⁵ muito bem descreve suas atribuições:

²⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. 328p. p.132.

As atribuições das agências reguladoras no que diz respeito à concessão, permissão e autorização de serviço público, resumem-se ou deveriam resumir-se às funções que o poder concedente exerce nesses tipos de contrato ou atos de delegação: regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário, celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar o ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e de sua revisão ou reajuste (quando for o caso), controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim exercer todas as prerrogativas que a lei outorga ao poder público na concessão, permissão e autorização.²⁴⁶

No uso das atribuições das agências reguladoras, Juarez Freitas adverte que:

as agências reguladoras precisam ter elevado espírito público para não cometerem usurpação funcional e intrusiva, vale dizer, não devem agir como inimigas do Poder Concedente, muito menos do usuário. Devem promover a solidária atuação conjunta a favor do serviço adequado.²⁴⁷

A Lei nº 11.079/2004, ao determinar a aplicação subsidiária da Lei de Concessões à modalidade Patrocinada de PPP e adicionalmente os artigos 27 a 39 da Lei 8.987/95 à modalidade Administrativa, autoriza que o controle das PPPs seja feito não só pelo parceiro público, mas também por meio de um órgão técnico, ou por entidade conveniada, conforme determina o parágrafo único do artigo 30 da Lei de Concessões, ou seja, permite que o parceiro público ou a agência reguladora firme convênio com outros entes federados, que visem ao mesmo fim, de forma a fiscalizar de forma conjunta o objeto da Parceria.

Comentando o referido parágrafo único do artigo 30 da Lei de Concessões, Glória de Faria Alvim F. Pereira Braz e Wagner Nogueira França Baptista observam

²⁴⁶ No que diz respeito ao poder regulamentar das Agências Reguladoras, a questão é controversa, entendendo DI PIETRO, por exemplo, que essa competência é apenas para regulamentos administrativos ou de organização, que só é aplicável à administração e ao concessionário e não a terceiros fora dessa relação, como o usuário. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. 328p. p.147.)

²⁴⁷ FREITAS, Juarez. Parcerias Público Privadas (PPPs): Características, regulação e princípios. **Interesse Público**. n.29. jan-fev 2005. 11-61p. p.37.

que as agências reguladoras, no entanto, não podem delegar sua competência regulatória ou fiscalizatória a outros órgãos; o que é permitido é firmar convênios de colaboração com órgãos estaduais para, por exemplo, “elaboração de pareceres, estudos específicos, investigações de atos infrativos”, sendo vedado que a “orientação destinada aos prestadores e consumidores seja dispersada com a atuação estadual (...) desvirtuando a *mens legis* de garantir unidade e segurança àqueles afetados pelos serviços públicos”.²⁴⁸

Além do controle permanente aduzido até então, a Lei nº 8.987/95 previu a formação de comissão – composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários – para periodicamente fiscalizar o andamento da concessão, a prestação dos serviços e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Cabe ressaltar também que o órgão gestor exerce importante função no controle da PPP, seja previamente, ao examinar o projeto e analisar sua conveniência, oportunidade e viabilidade; ou *a posteriori*, ao examinar os relatórios referentes à execução dos contratos enviados pelos Ministérios e agências. Porém, como dito anteriormente, o excesso de atribuições desse órgão pode fazer com que essa atribuição seja deixada de lado.

Desta feita, verifica-se que o controle administrativo do serviço concedido em Parceria Público-Privada encontra-se regulamentado, possuindo o parceiro público – diretamente ou através das agências reguladoras – o arcabouço legal para exercer seu poder-dever de maneira eficiente, dependendo agora apenas da vontade deste, cuja omissão é passível de sanção.

²⁴⁸ BRAZ, Glória de Faria Alvim F. Pereira; BAPTISTA, Wagner nogueira França. Concessões de Serviço Público e a sua fiscalização. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. A XVII, n.3, 1999. 77-105 p.p.98.

6.2 O CONTROLE PELO PODER LEGISLATIVO E PELO TRIBUNAL DE CONTAS

O controle político é exercido pelo Legislativo e, com o auxílio dos Tribunais de Contas, é realizado o financeiro.

Como todo contrato administrativo, as concessões, e mais especificamente as PPPs, estão sujeitas em sua fase de elaboração, licitação e contratação a todas as imposições administrativas necessárias quanto às regras de formalização do ajuste. Atos e procedimentos que indubitavelmente estão sob o pálio do controle político do Legislativo e do controle técnico do Tribunal de Contas, principalmente quanto à análise da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, economicidade e da eficiência dos procedimentos e das justificativas apresentadas para a adoção do mesmo.

Quanto ao controle do serviço, uma vez concedido, e ultrapassada a fase mencionada no parágrafo anterior, também pode ser exercido pelo Legislativo, em uma atuação política e regulamentar, e pelo Tribunal de Contas, num “controle finalístico-gerencial”²⁴⁹ da eficiência na prestação dos serviços.

É constante o controle político feito, no caso de concessões federais, pelo Congresso Nacional, que vem realizando audiências públicas²⁵⁰ freqüentes e

²⁴⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. PPP – Parceria Público-Privada. Uma visão de controle. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte, Ano 4. n.43. jul. 2005. 5720-5726p. p.5725.

²⁵⁰ “O parlamentar [deputado Rogério Silva] avalia que a realização das audiências públicas representará um avanço na conscientização e organização dos usuários dos serviços públicos, pois estimulará a participação popular no controle da gestão das empresas concessionárias. ‘Espera-se, assim, tornar mais transparente o processo de decisões relativos a estes serviços, particularmente no que se refere à fixação de tarifas e preços, e as relações entre as agências nacionais reguladoras e as empresas públicas e privadas que atuam neste setor’, ressaltou.” Disponível em: <[http://www3.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=29002&pesq=concessionária\[serviços|controle\]](http://www3.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=29002&pesq=concessionária[serviços|controle])>. Acesso em: 14 mai 2005.

Mais reportagens no sentido, Disponível em “Câmara estuda propostas para melhorar serviços públicos”.Disponível em: <[http://www3.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=63716&pesq=concessão\[serviço|público\]](http://www3.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=63716&pesq=concessão[serviço|público])>. Acesso em: 14 mai 2005. ou “Câmara recebe queixas e vai ouvir

convocando presidentes de agências reguladoras, no sentido de apurar reclamações e tomar providências quanto à prestação de serviços concedidos. Entretanto, quanto à elaboração de proposições de lei no sentido de regulamentar e melhorar a qualidade dos serviços postos à disposição do usuário, esta atuação está muito aquém do desejado.

O artigo 14, § 5º da Lei nº 11.079/2004 determina, no caso da União, que o órgão gestor das PPPs envie ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas, anualmente, relatório de desempenho dos contratos de Parceria, porquanto “na condição de guardiãs da legalidade, legitimidade e economicidade não podem as Cortes de Contas deixar de cobrar a eficiência”.²⁵¹

No aspecto do controle da execução do contrato de parceria pelo Tribunal de Contas, quem muito bem expõe a respeito é Glória de Faria Alvim F. Pereira Braz e Wagner Nogueira França Baptista.²⁵²

Exercendo importante papel no processo fiscalizatório das concessões, aparece a Corte de Contas da República, que auxilia o Congresso Nacional no exercício do chamado controle externo. Compete-lhe, assim, velar pelos princípios estatuídos no caput do art. 37 da Constituição da República (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade) e demais aspectos elencados nos incisos I a XI do art. 71, da C.F., bem como os decorrentes da legislação infraconstitucional, eficiência, adequação, modicidade e cortesia, economicidade, fidelidade funcional (fiscalização de órgãos e agentes responsáveis pelos valores públicos) observando – sempre e sempre – o móvel do processo de privatização: o interesse público.

operadoras de celular.”Disponível em: <<http://www3.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=65918&pesq=concessão|serviço|público>>. Acesso em: 14 mai 2005. ou “Presidente da Anatel explica reajustes de telefonia.” Disponível em: <<http://www3.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=28357&pesq=concessão|serviços|controle|>>. Acesso em: 14 mai 2005. ou “Deputados averiguam desvio de verba de pedágio.” Disponível em: <<http://www3.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=9850&pesq=concessionária|serviços|controle|>>. Acesso em: 14 mai 2005.

²⁵¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. PPP – Parceria Público-Privada. Uma visão de controle. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte, Ano 4. n.43. jul. 2005. 5720-5726p. p.5725.

²⁵² BRAZ, Glória de Faria Alvim F. Pereira; BAPTISTA, Wagner Nogueira França. Concessões de Serviço Público e a sua fiscalização. Revista **do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. A XVII, n.3, 1999. 77-105p.p.99-100.

A Corte de Contas da União tem agora um desafio: ajustar-se às exigências da modernidade, com a experiência granjeada, e com amparo nas disposições contidas no elenco do art. 70 da Constituição Federal c/c seu Regimento Interno.

Deve-se verificar o alcance e o resultado social colhido, em termos de economicidade e sobretudo de eficiência, valendo-se para este mister de uma iniciativa, ainda que 'a posteriori', supletiva à prerrogativa do cidadão brasileiro, **de forma que se esquadrinhe a qualidade dos serviços públicos, especialmente quanto ao atendimento dos interesses coletivos.**

Não se pode, portanto, numa economia globalizada, pensar somente em efetuar um controle das relações de crédito e de débito, mas sim utilizar-se de mecanismos que viabilizam o desenvolvimento, tais como o próprio controle da qualidade. (sem grifos no original)

Ao examinarem um contrato de PPP ou sua execução, os Tribunais de Contas devem verificar não só a legalidade, mas também a juridicidade e o atendimento ao interesse público.

Convém mencionar que é polêmica a competência do Tribunal de Contas²⁵³ para fiscalizar ou realizar qualquer forma de controle externo sobre as concessões,²⁵⁴ uma vez que não haveria dinheiro público envolvido. Porém o

²⁵³ Constituição Federal - Art. 71 - O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

²⁵⁴ A título ilustrativo, convém trazer à baila que, em setembro de 2000, a Concessionária Presidente Dutra impetrou Mandado de Segurança com pedido de liminar em face do Tribunal de Contas da União, sob a alegação de incompetência deste para fiscalizar serviço concedido, para interferir na

Plenário do Tribunal de Contas da União tem entendido pela competência “para proferir determinações quando se trate de corrigir vícios detectados em atos vinculados ou em atos discricionários ilegais ou que afrontem os termos dos respectivos edital ou contrato”.²⁵⁵ No entanto, em PPPs, seja na modalidade patrocinada ou administrativa, essa questão dificilmente será suscitada, visto que há clara aplicação de dinheiro público e o próprio artigo 14, § 5º da Lei nº 11.079/2004 expressamente atribui ao TCU, no âmbito federal, a função de analisar os relatórios anuais de desempenho dos contratos de PPP.²⁵⁶

No entanto, cabe ao Tribunal de Contas focar sua fiscalização no poder concedente e nas agências reguladoras, que são os órgãos competentes para exercer a fiscalização da execução do contrato de concessão, não apenas quanto à verificação de suas contas, mas também no cumprimento de seus fins, especialmente quanto ao controle das Parcerias e resultados pelo cumprimento de programas de trabalho e de metas.²⁵⁷

execução do contrato e para atuar em lugar do órgão regulador. Uma outra tese defendida pela impetrante era de que, por não se tratar de ato relacionado à despesa, o ato da entidade estatal não estaria sujeito à jurisdição do TCU. O Ministro Relator – Sepúlveda Pertence –, ao analisar o pedido de liminar, entendeu que “aos fundamentos da impetração - de fina lavra - não se pode negar relevância, embora a delibação da causa permita vislumbrar objeções de peso a sua procedência”, ao final indeferindo o pedido de liminar. Posteriormente, em novembro de 2001, após as informações do TCU, porém antes da análise do mérito, a Concessionária desistiu do processo. (Mandado de Segurança nº 23.761-DF - Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Impetrante: Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A. Impetrado: Tribunal De Contas Da União. DJ nº 186 - 26/09/2000 - Ata nº. 142 - Relação de Processos Originários - Despachos dos Relatores)

²⁵⁵ ZYMLER, Benjamin. As licitações no âmbito das parcerias público-privadas. **Fórum Administrativo de Direito Público**. Belo Horizonte, ano 5, n.47, 1, jan. 2005. 4940-4961p. p.4960.

²⁵⁶ Quanto ao controle por meio de relatórios, Pedro Paulo de Almeida Dutra adverte para o risco “de uma certa burocratização imposta pela Lei n. 11.079/04, o que poderá tornar os controles meramente formais, com inevitáveis prejuízos para o interesse público”. (DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. O controle das parcerias público-privadas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. v.56. n.3. jul/set 2005. 133-147p. p.145.)

²⁵⁷ Ementa: Representação formulada pelo Ministério Público junto ao TCU. Possíveis irregularidades praticadas na Codeba. Informações apresentadas pelo Consórcio Nacional EADI Logística e Distribuição. Cobrança irregular de taxa adicional, em duplicidade, para movimentação de cargas no Porto de Salvador, pela arrendatária - Tecon Salvador S/A. Conhecimento. **Prazo para que a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq, cumpra efetivamente suas atribuições**

Luciano Ferraz, em palestra proferida sobre o “controle pelos Tribunais de Contas da Eficiência e Eficácia dos serviços concedidos”, ressalta que o aduzido controle deve ser no sentido da correção, através da proposição de soluções, em vez do mero controle repressivo, baseado em sanções, principalmente no âmbito dos serviços concedidos em que a sustação do contrato pode gerar maiores malefícios para a sociedade. Para ilustrar esse controle mais próximo, o autor relata o caso de:

um julgado do Tribunal de Contas da União, sobre a rede ferroviária federal, por intermédio de uma provocação da Câmara Municipal de Juiz de Fora em Minas Gerais, que diz, que, na exploração da concessão de bens públicos, no caso do serviço público que era a rede ferroviária, estava havendo desperdício, estava havendo um não-atingimento de metas, estava havendo uma série de coisas e o Tribunal de Contas da União fez um levantamento em cima dessa concessão. Realmente apurou as irregularidades e ao invés de, obviamente, aplicar sanções, deram provimento parcial a essa representação que foi realizada. Ou seja, realizaram auditoria de gestão, deram provimento parcial determinando recomendações para que o órgão ou entidade providenciasse a melhoria da prestação do serviço e, claro, atingisse aquelas metas que estavam estabelecidas em contrato, por intermédio daquelas concessões que haviam sido realizadas pela rede ferroviária federal. E olha que ela já estava em liquidação extrajudicial. Quer dizer, eles fizeram, inclusive, mandando intimar o interventor da rede para que prestasse esclarecimento sobre a adoção dos procedimentos contra os concessionários. Ou seja, adotando recomendações e fixando prazo para a comprovação de que aquelas recomendações haviam sido adotadas. Ou seja, nitidamente, um controle que busca correção de rumos, que busca detecção de faltas e proposição de soluções, do que um poder que é voltado exclusivamente a saná-lo. Porque hoje, é necessário vislumbrar a atividade de controle não como um controle de repressão.²⁵⁸

Na forma de administração pública que se pretende implementar no Brasil – gerencial – com a conseqüente transferência da execução de serviços públicos à iniciativa privada, não há espaço para:

regulamentares. Determinação à Codeba. Sobrestamento dos autos. Remessa de cópia aos órgãos interessados. (Sem grifos no original - Tribunal de Contas da União - Acórdão nº 2023/2004 – Decisão de 08 dez 2004 – Plenário - AC-2023-48/04-P – Processo nº 020.556/2003-5)

²⁵⁸ FERRAZ, Luciano. **Controle pelos Tribunais de Contas da Eficiência e Eficácia dos serviços concedidos.** São Paulo: 2003. III Seminário de Direito Administrativo – Controle das Políticas Públicas e Proteção do Usuário: Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/index.htm>. Acesso em: 12 out 2005.

... exames lacônicos, perfunctórios, feitos *a posteriori* sobre fatos consumados. Ao contrário, os órgãos de controle devem estar atentos desde a opção pela PPP, passando pelo exame econômico-financeiro da efetividade da garantia, até a avaliação da eficiência dos serviços, feita diretamente ou por meio de agências reguladoras.²⁵⁹

Luciano Ferraz constata ser de grande importância o controle da realização dos serviços concedidos tanto pelo Legislativo quanto pelo Tribunal de Contas, pois ambos têm condições técnicas e financeiras de verificar e controlar a adequada prestação dos serviços e ainda se o controle do parceiro público sobre o privado está sendo eficiente. Segundo o autor, é “dever inafastável do controle coibir ‘aventuras’ com dinheiro público ou privado, travestidas de PPP”²⁶⁰ e ao mesmo tempo zelar pela garantia de um serviço público contínuo e eficiente.

6.3 O CONTROLE JURISDICIONAL

Como muito bem explanado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro,²⁶¹ “o controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito”. Inócuo seria o princípio da legalidade se os atos da Administração não pudessem ser controlados pelo Judiciário.

²⁵⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. PPP – Parceria Público-Privada. Uma visão de controle. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte, Ano 4. n.43. jul. 2005. 5720-5726p. p.5726.

²⁶⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. PPP – Parceria Público-Privada. Uma visão de controle. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte, Ano 4. n.43. jul. 2005. 5720-5726p. p.5722.

²⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 765p. p.654.

O controle jurisdicional abrange a apreciação pelo Poder Judiciário em um controle externo, porém, ao contrário do controle legislativo, não ocorre de ofício, necessitando ser provocado por meio de interposição de ação, independentemente de se ter esgotada a via administrativa.

Fernando Herren Aguillar,²⁶² em sua obra “Controle Social de Serviços Públicos”, relata que durante muitos anos o controle jurisdicional dos serviços concedidos pendia de legislação que garantisse esse direito ao interessado, e que somente com a Constituição Federal de 1934 se tornou obrigatória a edição de lei regulamentando o sistema de concessões. No entanto, o autor expõe que na prática a referida lei não veio a ser publicada, havendo apenas regulamentações esparsas para cada serviço concedido.

Atualmente, com fulcro no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988,²⁶³ o usuário de serviço público, o Ministério Público ou qualquer cidadão pode utilizar os diversos meios processuais para impugnar atos da Administração ou dos concessionários no que tange à execução dos serviços públicos. No entanto, dada a importância da relação Administração-cidadão, a Constituição Federal previu uma série de ações específicas para a realização do controle daquela – ou de seus delegados. São as ações denominadas constitucionais, que se destinam à garantia dos direitos fundamentais e sociais em geral.

Dentre as ações constitucionais, no caso de concessão de serviços públicos por meio de Parcerias Público-Privadas, destacam-se o mandado de segurança

²⁶² AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. 294p. p.255-259.

²⁶³: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (Constituição Federal de 1988, Artigo 5º)

individual, o mandado de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública.²⁶⁴

Em linhas gerais, no atinente à defesa do usuário de serviços públicos contra ato ou manifestação do poder público ou de concessionários de serviço público²⁶⁵ em que esteja sofrendo lesão ou na iminência de ser lesado em “direito líquido e certo”, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*; essa defesa deverá ser exercida individualmente (art.5º, LXIX da CF/88) ou, em termos preferenciais e estratégicos, de modo coletivo (art. 5º, LXX da CF/88), sendo legitimados, nesta última hipótese, o partido político com representação no Congresso Nacional; a organização sindical, a entidade de classe ou a associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, na defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Pela ação popular, qualquer cidadão é legitimado a pleitear anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público em geral ou de entidade em que o Estado participe, ou à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Tal ação constitucional está prevista no

²⁶⁴ A Ação Civil Pública, mesmo não estando prevista no artigo 5º da Constituição Federal, tem a mesma finalidade dos demais “remédios constitucionais”, na defesa de atos lesivos praticados pela Administração ou seus delegados.

²⁶⁵ Supremo Tribunal Federal: Súmula 510 - PRATICADO O ATO POR AUTORIDADE, NO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA DELEGADA, CONTRA ELA CABE O MANDADO DE SEGURANÇA OU A MEDIDA JUDICIAL.

PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETENCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSIONARIO DE SERVIÇO PUBLICO FEDERAL - ARTIGO 109, I E VIII, C. F. - LEI 1.533/51, ART. 2. - SUMULA 60 - TFR.

1. Ato praticado por agente de concessionária de serviço publico federal, na sua feição ontológica, assumindo o status de autoridade publica federal, é atraído pela competência da justiça federal (art. 109, VIII, c. f. - lei 1.533/51, art. 2.).

2. A parla de mandamus e não de ação comum, a competência firma-se em razão da autoridade, no exercício de concedido serviço publico federal, independentemente da direta participação da união ou de alguma das suas autarquias ou empresas publicas (art. 109, I, c. f.)

3. Precedentes da jurisprudência do STJ.

4. conflito conhecido e declarada a competência da Justiça Federal. (Superior Tribunal de Justiça - CC 7.100/RS, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Seção, julgado em 22.03.1994, DJ 18.04.1994 p. 8429).

artigo 5º, LXXIII e regulamentada pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Segundo Marçal Justen Filho, “sua existência deriva da concepção de que todo e qualquer cidadão é investido do poder-dever de participar do processo de fiscalização da regularidade dos atos administrativos”.²⁶⁶

A ação civil pública é destinada a evitar ou reprimir danos aos interesses difuso, coletivo ou individual homogêneo da sociedade – meio ambiente, patrimônio cultural, consumidor, usuários de serviços públicos, à ordem urbanística; ordem econômica e economia popular, e está disciplinada pela Lei nº 7.437, de 24 de julho de 1985. São legitimados para propô-la o Ministério Público – defensor do interesse social em apreço, nos termos do art. 127 da Constituição Federal –, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista, e as associações constituídas há mais de um ano²⁶⁷ e que tenham entre suas finalidades institucionais o aspecto almejado pela ação.

²⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, 863p. p.776.

²⁶⁷ Dependendo da relevância do direito a ser protegido, o juiz pode admitir a legitimidade ativa da associação, independentemente desse requisito temporal. Neste sentido há o REsp 121.067/PR, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, julgado em 17.04.2001, DJ 25.06.2001 p. 182.

“CADERNETA DE POUPANÇA. DIFERENÇA DE RENDIMENTOS. LEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA DE ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DISPENSA DO REQUISITO DA PRÉ-CONSTITUIÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

- **Presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e apresentando-se como relevante o bem jurídico a ser protegido, pode o Juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano da associação autora da ação.**

- O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos de depósito em caderneta de poupança firmados entre as instituições financeiras e seus clientes.

- A ação civil pública é o instrumento adequado para a defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores.

Orientação imprimida pela C. Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 106.888-PR).

Recurso especial conhecido e provido para afastar a extinção do processo sem conhecimento do mérito.” (Sem grifos no original)

Porém, não cabe neste trabalho entrar em meandros de cada uma dessas ações, visto que a intenção é dar uma visão geral das várias formas de controle jurisdicional das PPPs.

Cumprе ressaltar que essas ações estão disponíveis, mas sua utilização pela sociedade civil organizada ainda é tímida, excetuando-se o Ministério Público, que tem-se valido da ação civil pública e dos termos de ajuste de conduta para a defesa dos usuários de serviços públicos e garantia da adequada prestação dos serviços.

Fora da seara constitucional, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor – positivou a garantia à prestação de serviços de forma condizente, estabelecendo que a prestação de serviços públicos também se encontra sob a tutela dos direitos dos consumidores. Direitos estes que podem ser assegurados pelo Judiciário, que, como afirma Fernando Herren Aguillar,²⁶⁸ “(...) ofereceu ao usuário dos serviços o ferramental jurídico necessário à operacionalização fática desses direitos”.

Por fim, convém destacar que o controle pelo Judiciário não se restringe ao serviço já concedido, mas, uma vez provocado, também pode ser exercido em razão da decisão estatal de transferir à iniciativa privada a prestação deste ou daquele serviço. Como a Lei nº 11.079/2004 em seu artigo 10, inciso I, determinou a motivação da adoção das PPPs com base em argumentos técnicos, de conveniência e oportunidade; a decisão estatal pode ser questionada judicialmente, tornando mais fácil o exame do mérito pelo Judiciário. Porém, mesmo se assim a lei não dispusesse, não haveria empecilhos para que questionamentos fossem feitos, principalmente quanto à razoabilidade da decisão tomada.

²⁶⁸ AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. 294p. p.258.

Como se verifica, os meios legais para o controle jurisdicional das PPPs estão à disposição, cabendo ao cidadão, à sociedade civil organizada, aos partidos políticos e ao Ministério Público fazer uso deles para garantir o atendimento do interesse público e a adequada e eficiente prestação dos serviços à população.

6.4 O CONTROLE SOCIAL

O controle social é inerente ao Estado Democrático de Direito, e na Lei nº 11.079/2004 está contemplado em três oportunidades: 1) na diretriz de “transparência dos procedimentos e das decisões”; 2) previamente à contratação da Parceria, ao determinar a sujeição do edital e da minuta de contrato a consulta pública, permitindo que a população participe sugerindo e fiscalizando em um controle mais direto da parceria e; 3) na fase de execução, quanto à União, ao determinar que os relatórios sejam disponibilizados ao público, por meio de rede pública de transmissão de dados.

Apesar de serem estas as únicas formas expressamente expostas na Lei de PPPs, subsidiariamente podem ser aplicados os artigos 3º, 7º, 22, 29 (XII) e 30 (parágrafo único)²⁶⁹ da Lei nº 8987/95, que previu a necessidade da participação popular como controladora e fiscalizadora dos serviços concedidos.

²⁶⁹ “Art. 3º. As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, **com a cooperação dos usuários**.
(....)

Art. 7º Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e **obrigações dos usuários:**

I - receber serviço adequado;
II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

Entretanto há autores que entendem que a Lei de Concessões, não obstante mencionar de forma redundante a participação do usuário, não a fomentou tanto quanto poderia. Como exemplo, cita-se o artigo 7º, em que figura como direito ou obrigação dos usuários “levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado” e “comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço”, que constantemente é alvo de crítica, visto em nada incentivar a participação dos usuários, como expõe Fernando Herren Aguillar:²⁷⁰

Estes dois incisos em nada contribuem, porém, para reforçar o papel dos usuários dos serviços públicos na sua regulação. É mais do que evidente que não é por sua existência que os usuários irão adquirir maior poder decisório no controle dos serviços. Aliás, a legislação nunca impediu reclamações de usuários e nem por isso os serviços tiveram melhor destino.

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 27.05.99)

IV - **levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;**

V - **comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;**

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

(...)

Art. 22. É assegurada a qualquer pessoa a obtenção de certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões.

(...)

Art. 29. Incumbe ao poder concedente: (...)

XII - **estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.**

Art. 30, Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e **dos usuários**.” (Original sem grifos)

²⁷⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. 294p. p.248.

Da mesma forma revela-se desnecessário o art. 22, que assegura a obtenção de certidão do procedimento licitatório; dado o princípio da publicidade insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e art. 3º da Lei de Licitações.

Apesar das críticas, a Lei de Concessões traz preceitos de certa forma incentivadores da participação popular no controle e fiscalização das concessionárias de serviço público, como o art. 29, que determina ao poder concedente que estimule a formação de associações de usuários; e o art. 3º e o parágrafo único do art. 30, que prevêm a cooperação do usuário no processo fiscalizatório. Quanto ao art. 29 da Lei de Concessões, Fernando Herren Aguillar faz sua crítica:

Estimular a formação de associações de usuários para a defesa de interesses relativos ao serviço pode apenas significar que essas entidades terão que se valer de mecanismos extra legais para obterem seus interesses. E isso não requer legislação alguma para que venha a se concretizar.

O fortalecimento da posição do usuário só poderá ocorrer em duas hipóteses (sendo que apenas uma delas pode ser objeto de lei):

a- informalmente – a coletividade se organiza espontaneamente e reage de modo a pressionar direta ou indiretamente o Poder Público.

b- institucionalmente – outorga-se poderes a representantes comunitários, a entidades de bairro, associação de usuários ou algo semelhante, para que possam interferir no processo decisório de modo oficial.

No âmbito legislativo somente cabe discutir a questão da participação popular nos moldes da segunda hipótese. A opção que prevaleceu, contudo, foi a da primeira hipótese.²⁷¹

Ao abordar a consulta pública tratada pela Lei nº 11.079/2004, Juarez Freitas acrescenta que a “regulação das PPPs precisa ser socialmente controlada, assim como a atuação do órgão gestor”, propondo que, além da consulta pública prevista pela Lei de PPPs, dever-se-ia acrescentar a “obrigatoriedade das Audiências Públicas em todas as decisões relevantes e estratégicas das Agências

²⁷¹ AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. 294p. p.250.

Reguladoras”, de forma a “incentivar a sociedade a assumir o protagonismo na fiscalização”.²⁷²

No sentido de um maior controle e fiscalização dos serviços públicos concedidos à população, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.953/2002 – hoje apenso ao Projeto de Lei nº 4.907/2005 – de autoria do Senado Federal, que estava previsto no art. 27 da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de janeiro de 1998,²⁷³ e em consonância com o § 3º do artigo 37 da Constituição Federal.

Os referidos projetos de lei dispõem “sobre a proteção e defesa do usuário dos serviços públicos, prestados pela administração direta, indireta e os delegados pela União” e prevêm a criação de Ouvidorias de Defesa do Usuário, a quem competirá o recebimento e apuração das reclamações ou denúncias, bem como a recomendação das correções.²⁷⁴

Também está prevista nesses projetos de lei determinação referente à violação dos direitos do usuário dos serviços públicos, criando normas procedimentais no âmbito administrativo, que poderão chegar ao âmbito judicial, compelindo os responsáveis ao pagamento de indenizações.

²⁷² FREITAS, Juarez. Parcerias Público Privadas (PPPs): Características, regulação e princípios. **Interesse Público**. n.29. jan-fev 2005. 11-61p. p.31.

²⁷³ O art. 27 da Emenda Constitucional 19/98 dispunha que “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos.”

²⁷⁴ Art. 6º É o Poder Executivo autorizado a criar Ouvidorias de Defesa do Usuário de Serviços Públicos, com competência para avaliar a procedência de sugestões, reclamações e denúncias e encaminhá-las às autoridades competentes, inclusive às Comissões de Ética, visando à:

- I – melhoria dos serviços públicos;
- II – correção de erros, omissões, desvios ou abusos na prestação dos serviços públicos;
- III – apuração de atos de improbidade e de ilícitos administrativos;
- IV – prevenção e correção de atos e procedimentos incompatíveis com os princípios estabelecidos nesta Lei;
- V – proteção dos direitos dos usuários;
- VI – garantia da qualidade dos serviços prestados. (Projeto de Lei 6.953/2002)

No entanto, como se verifica, ainda falta interesse dos dignos representantes do povo para votar tais projetos, de forma a garantir mais esses direitos aos utentes dos serviços públicos concedidos ou privatizados. Apesar disso, como revela Odete Medauar, há muitos meios de a população se manifestar, que de grande contribuição se apresentarão para a fiscalização, aprimoramento e controle das PPPs:

Quanto aos chamados controles sociais ou controles não institucionalizados, tais como as manifestações de entidades da sociedade civil, as manifestações de partidos políticos, os abaixo-assinados, as passeatas, a imprensa falada, escrita e televisiva, as cartas à imprensa, embora tais atuações não culminem em medidas por si próprias, podem contribuir, pela repercussão, para o aprimoramento da Administração.²⁷⁵

Embora se possa afirmar que a Constituição Federal buscou fomentar a participação da sociedade no controle das funções estatais, ainda são tímidas as formas de controle social dos serviços concedidos, visto que algumas destas dependem de regulamentação, outras, de incentivo “político”, sendo necessário dotar o usuário de maior poder decisório e inclusive fiscalizatório. Mesmo introvertidos, os primeiros passos já foram dados pelas leis instituidoras das agências reguladoras, pela Lei das Concessões e, em breve – espera-se –, pela lei de defesa do usuário de serviço público. Portanto, não faltam meios para que o cidadão também contribua para a fiscalização e controle dos serviços concedidos por meio das Parcerias Público-Privadas, pugnando por uma eficiente prestação de serviços públicos.

²⁷⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 512p. p.441.

7 CONCLUSÃO

De início percebe-se que as Parcerias Público-Privadas não constituem uma inovação no âmbito da prestação dos serviços e obras públicas, visto que, desde a Antigüidade, grandes empresas eram responsáveis pela exploração de minas, portos, estradas, pontes, entre outras obras públicas. Na Idade Média, os serviços públicos de infra-estrutura como estradas, feiras e mercados também eram desempenhados pela união de comunidades feudais, demonstrações inequívocas da ausência do Estado na pré-modernidade.

Com a evolução do Estado até sua forma moderna, o Estado Democrático de Direito, verifica-se uma atuação subsidiária do Poder Público no sentido de abster-se de atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e recursos, atuando como fomentador, coordenador e fiscalizador da iniciativa privada e das políticas públicas.

Estes aspectos estão presentes no Estado brasileiro a partir dos anos 90 quando, ao contrário da antiga forma de administração, puramente burocrática, sem foco no cidadão, mas no sistema em si; procura-se implantar uma administração pública gerencial, calcada em menor intervenção do Estado, e na melhoria dos serviços prestados ao cidadão, pela transferência de atividades antes executadas pela Administração Pública para ONGs, OSCIPs, concessões e permissões de serviços e obras públicas, apontando para a consonância das PPPs com o Estado Subsidiário.

Da análise da experiência internacional em Parcerias Público-Privadas, algumas das lições que se pode tirar são que a decisão e a contratação de uma PPP não podem se dar de forma açodada, sendo aconselhável a comparação com algum

projeto semelhante inteiramente financiado e operado pelo poder público; que o equilíbrio na assunção dos riscos deve ser priorizado e, finalmente, que a melhor forma de o interesse público ser assegurado é pela via do controle e fiscalização constantes.

Entre os resultados do estudo realizado permite-se conceituar PPP como a atribuição a um privado, mediante contrato, da execução de obra e/ou prestação de serviço público delegável, com remuneração subvencionada total ou parcialmente pelo Estado, e distribuição dos riscos que lhe são inerentes, além do oferecimento de garantias da contraprestação pública.

Em relação aos objetivos das PPPs, os principais são mobilizar recursos privados significativos que, de outra forma, não estariam disponíveis para os investimentos pretendidos; e incorporar as capacidades gerencial e tecnológica próprias do setor privado nas atividades públicas, o que possibilita ganhos de produtividade e atendimento à população não atingidas pelas estruturas públicas.

Para tanto, a instituição de duas novas modalidades de concessão se mostrou importante, porquanto cada uma atende a objetivos distintos. A concessão comum continuará a ser utilizada quando se tratar de projeto economicamente viável e auto-sustentável do ponto de vista financeiro. A concessão patrocinada, por outro lado, tem como objetivo os serviços públicos passíveis de exploração econômica por delegação à iniciativa privada mediante tarifas dos usuários, mas que dependem que parte dessa tarifa seja subsidiada pelo Estado para a manutenção da modicidade da mesma. Finalmente, a concessão administrativa tem por objetivo os serviços públicos que o Estado pretende oferecer, sem cobrança de tarifas dos usuários além de atividades sociais e culturais, em geral não economicamente

viáveis. A diferença de objetivos e relacionamento entre a Administração e o parceiro privado determinará a adoção de uma das modalidades de PPP.

Em razão do atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao garantir a efetiva prestação de serviços públicos em consonância com a modicidade de sua tarifa, a instituição de subsídio público pelo Poder Concedente às PPPs não fere o ordenamento jurídico pátrio, pelo contrário, garante o interesse público.

Depreende-se que, sob o ângulo da remuneração, a modalidade administrativa de PPP está em consonância com o instituto da concessão. Porém, do ponto de vista das relações jurídicas, somente quando a Administração Pública é usuária indireta do serviço é que se pode configurar a concessão. Na hipótese em que ela é usuária direta, configura-se um simples contrato administrativo de prestação de serviços à Administração, que deveria ser regido pela Lei nº 8.666/93 e não pelo regime jurídico da concessão.

Outro aspecto observado, é que na licitação para escolha do parceiro privado pode-se dispensar o projeto básico sem que a isonomia entre os concorrentes seja mitigada, desde que alguns de seus elementos estejam esclarecidos no edital. Assim como a inversão de fases licitatórias dada a celeridade e economia que proporciona, conclui-se como salutar, visto que não fere os princípios da impessoalidade e da moralidade, pois há pouca margem de discricionariedade na verificação do atendimento das exigências de habilitação, critérios em geral objetivos e de fácil controle.

São duas as conclusões que se tira quanto às garantias estabelecidas na Lei 11.079/2004.

No que diz respeito à possibilidade de transferência do controle da Sociedade de Propósito Específico para os seus financiadores, sem necessidade de verificação

das exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal; apresenta-se inconstitucional, em razão do disposto no artigo 37, XXI da Constituição Federal. Porém, tal inconstitucionalidade pode ser sanada se o edital e contrato obrigarem tais verificações.

Quanto ao oferecimento de garantias da contraprestação do parceiro público, conclui-se ser necessária para a atração da iniciativa privada dado o volume de capital investido e o descrédito na Administração Pública quanto ao cumprimento de suas obrigações para com fornecedores. No entanto, analisando-as do ponto de vista dos princípios reguladores do Direito Administrativo, entende-se que seria necessária alteração constitucional para a adoção das mesmas, porém, mesmo a Emenda deveria respeitar os princípios da isonomia quanto aos credores da Administração e que a garantia atenha-se ao pagamento, não avançando na liberação de recursos públicos.

A possibilidade da adoção da arbitragem na solução de controvérsias advindas do contrato de PPP revelou ser uma tendência, porém para sua utilização é mister fazer algumas adequações à Lei nº 9.307/96 de forma a resguardar o interesse público que, mesmo de forma secundária, acaba sendo atingido.

O controle é o ponto que se constatou mais importante para o sucesso de uma PPP, pois evita a transferência indevida de renda pública aos parceiros privados e seus financiadores, com conseqüente enriquecimento sem causa destes em oposição ao empobrecimento da população ou do erário. O controle social se apresenta também como uma forma de trazer a população para mais perto das tomadas de decisão, em consonância com o Estado Democrático de Direito. Porém, quanto ao controle institucional, também se chegou à conclusão que o mesmo não

deve ser meramente de fixação de falhas e punição, mas, ao contrário, de apresentação de soluções, de forma a evitar maiores prejuízos.

Planejamento, controle, fiscalização: estas são a principal salvaguarda da cidadania em relação aos “empresários-públicos” e possível desvirtuamento dos objetivos das Parcerias Público-Privadas.

Assim, resta ao Poder Público fazer com que estas expectativas sejam atendidas, ofertando aos particulares parcerias viáveis para a realização de atividades em condições que viabilizem a contratação e o investimento privado, honrando seus compromissos e atendendo aos preceitos legais que regem as PPPs, de forma a consolidar a credibilidade deste relevante instituto jurídico e alcançar o melhor atendimento do interesse público primário.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. 294p.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra. **As Parcerias Público-Privadas no Brasil**. Disponível em: <http://www.celc.com.br/antiores/celc_comentario_00115.htm>. Acesso em: 02 jun 2005.

ANASTASIA. Antônio Augusto Junho. Aspectos gerais das parcerias público-privadas no contexto da reforma do Estado. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte. v.56, n.6, jul./set. 2005. 171-204p.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas – PPP's no Direito Positivo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, mai-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 30 ago 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio de subsidiariedade**: Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 95p.

BARBOSA, Maria Elisa Braz. **O regime jurídico administrativo e as parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: UFMG, 2005. 265p. Dissertação (Mestrado).

BBC-News. Hospital on the sick list? **BBC-News**. Monday, 3 September, 2001. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/in_depth/business/2001/ppp/1493330.stm>. Acesso em: 26 set 2005.

BBC-NEWS. Incinerator protesters march again. **BBC-News**. Saturday, 3 November, 2001. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/1/hi/england/1635184.stm>>. Acesso em: 29 dez 2005.

BBC-NEWS. Petition against incinerator plans. **BBC-News**. Monday, 14 January, 2002. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/1/hi/wales/1759439.stm>>. Acesso em: 29 dez 2005.

BBC-NEWS. Protest over incinerator plans. **BBC-News**. Tuesday, 18 June, 2002. Disponível em <<http://news.bbc.co.uk/1/hi/wales/2050101.stm>>. Acesso em: 29 dez 2005.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Parcerias público-privadas**. Curitiba: Juruá, 2005. 146p.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 498p.

BONELLI, Claudia Elena e CINTRA, Antonio Felix de Araujo. A sistemática contratual das PPP. **Migalhas**, São Paulo, 2005. Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=9749>. Acesso em: 16 fev. 2005.

BORGES, Alice Gonzalez. O pregão criado pela MP 2026/00: breves reflexões e aspectos polêmicos. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n.43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=425>>. Acesso em: 02 jan. 2006.

BRASIL. **Ato Institucional nº 4**, de 07 de dezembro de 1966. Convoca extraordinariamente o Congresso Nacional e fixa normas para a votação da nova carta constitucional. Disponível em: <http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_5.htm>. Acesso em: 18 mai 2005.

BRASIL. Câmara Dos Deputados. **Câmara estuda propostas para melhorar serviços públicos**. Agência Câmara. 1 abr. 2005. Disponível em: <<http://www3.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=63716&pesq=concessão|serviço|público>>. Acesso em: 14 mai 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Câmara recebe queixas e vai ouvir operadoras de celular**. Agência Câmara. 06 mai 2005. Disponível em: <<http://www3.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=65918&pesq=concessão|serviço|público>>. Acesso em: 14 mai 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Deputados averiguam desvio de verba de pedágio**. Agência Câmara. 03 set. 2001. Disponível em: <<http://www3.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=9850&pesq=concessionária|serviço|controle>>. Acesso em: 14 mai 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Presidente da Anatel explica reajustes de telefonia**. Agência Câmara. 03 abr 2003. Disponível em: <<http://www3.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=28357&pesq=concessão|serviços|controle>>. Acesso em: 14 mai 2005.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução nº 237**, de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 12 set 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 42/2003 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

BRASIL. **Decreto nº 83.740**, de 18 de julho de 1979. Institui o Programa Nacional de Desburocratização e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 mai 2005.

BRASIL. **Decreto nº 99.179**, de 15 de março de 1990. Institui o Programa Federal de Desregulamentação. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 mai 2005.

BRASIL. **Decreto-lei nº 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 mai 2005.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101**, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 jun 2004.

BRASIL. **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. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 jun 2004.

BRASIL. **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. Publicada no Diário Oficial da União de 31 dez. 2004.

BRASIL. **Lei nº 4.320**, 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. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 jun 2004.

BRASIL. **Lei nº 8.666**, 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. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 jun 2004.

BRASIL. **Lei nº 8.883**, de 8 de junho de 1994. Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 jun 2004.

BRASIL. **Lei nº 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995, alterada pela Lei nº 9.074 de 07 de julho 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. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 jun 2004.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Organizações Sociais**: Escopo do Projeto: A Reforma do Estado. Brasília: Cadernos MARE da Reforma do Estado. 1997. v.2. 74p.

BRASIL. Ministério do Planejamento. **Informações adicionais sobre PPP**. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/planejamento_investimento/conteudo/noticias/informacoes_adicionais_sobre_ppp.htm>. Acesso em: 03 mai 2005.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.546/2003**: Mensagem de Encaminhamento nº 355/2003/MP/MF, anexa ao Projeto de Lei nº 2.546/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/182910.htm>>. Acesso em: 06 jun 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Conflito de Competência nº 7.100/RS, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Seção, julgado em 22.03.1994, Publicado no **Diário da Justiça** de 18.04.1994 p. 8429.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 121.067/PR. Relator: Ministro Barros Monteiro. Quarta Turma. Julgado em 17 abr. 2001. Publicado no **Diário da Justiça** de 25 jun. 2001 p. 182.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-RS. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 03/11/1993. Publicado no **Diário da Justiça** de 11 de novembro de 1994. p. 30635

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.761-DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Decisão Monocrática. Julgado em 19 set 2000. Publicado no **Diário da Justiça** de 26 set 2000. p. 50.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3-RS. Relator: Ministro Carlos Velloso. Publicado no **Diário da Justiça** de 11 nov 1994. p.30665.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 510. Publicada no **Diário da Justiça** de 10 dez 1969, p. 5932.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n.º TC 008.217/93-9, Relator Ministro Homero Santos. Decisão 286/93, Plenário, Ata 29/93, Publicado no **Diário Oficial da União** de 4 ago 1993, p.11192.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC n.º 006.0986/93-2. Relator Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira. Decisão n.º 188/95, Plenário, Ata 18/95, Publicado no **Diário Oficial da União** de 22. mai. 1995, p.7277.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 584/2003, 2ª Câmara. Relator: Ubiratan Aguiar. Data do Julgamento: 10/04/2003. Publicado no **Diário Oficial da União** de 28 abr 2003. p. 6966.

BRAZ, Glória de Faria Alvim F. Pereira; BAPTISTA, Wagner nogueira França. Concessões de Serviço Público e a sua fiscalização. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Ano XVII, n.3, 1999. 77-105p.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Orgs). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998. 316p.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O Estado do Século 21. **Folha de São Paulo**: São Paulo, 28 nov 1996. Disponível em: <http://bresserpereira.org.br/ver_file.asp?id=764>. Acesso em: 11 jan 2005.

BUENO, Júlio César e MADEIRA FILHO, Victor. A divisão de riscos nas Parcerias Público Privadas (PPPs): um novo paradigma na construção civil brasileira? **Migalhas**, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=10445>. Acesso em: 10 mar 2005.

BUSTANI, José Mauricio de Figueiredo. PPP: lições da experiência britânica. **Jornal Folha de S. Paulo**. São Paulo, 11 nov. 2003. Tendências e Debates. p.A-3.

COMISSÃO EUROPÉIA. **Diretrizes para parcerias público-privadas bem-sucedidas**. Março 2003. 110p. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm>. Acesso em: 30 set 2004.

COMISSÃO EUROPÉIA. **Livro Verde da Comissão sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões**. Disponível em: <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l22012.htm>>. Acesso em: 13 dez 2004.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias Público Privadas: Relatos de algumas experiências internacionais. In: SUNDFIELD, Carlos Ari (Org). **Parcerias Público-Privadas**. Malheiros: São Paulo. 2005. 605p.

COUTINHO, Virgínio Ferreira, CAMPOS, Maria Tereza Oliva Silveira. **Brasil século XXI: a construção de um Estado eficaz**. Brasília: ENAP, 1996. Texto 7. 31p.

DALLARI, Adilson. **Aspectos jurídicos da licitação**. 3. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva. 1992. 145p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 765p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. 328p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 449p. p.81-191.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno**: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 268p.

DINIZ, Eli. Globalização, reforma do Estado e teoria democrática contemporânea. **Perspectivas**, São Paulo, out/dez. 2001, v.15, n.4, 13-22p.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Mandado de Segurança nº 1998.00.2003066-9. Relator Desembargadora Nancy Andrichi. Julgado em 18 mai 1999. Publicado no Diário do Judiciário de 18 ago 1999. p. 44.

DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. O controle das Parcerias Público-Privadas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte. v.6 n.3, jul-set 2005. 133-148p.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra – Portugal: Almedina, 1999. 407p.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. Atualizado de acordo com a Emenda Constitucional 41/03. 5. ed. rev e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 521p. p37.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. PPP – Parceria Público-Privada. Uma visão de controle. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte, Ano 4. n.43. jul. 2005. 5720-5726p.

FERRAZ, Luciano. **Controle pelos Tribunais de Contas da Eficiência e Eficácia dos serviços concedidos**. São Paulo: 2003. III Seminário de Direito Administrativo – Controle das Políticas Públicas e Proteção do Usuário: Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/index.htm>. Acesso em: 12 out 2005.

FREITAS, Juarez. Parcerias Público Privadas (PPPs): Características, regulação e princípios. **Interesse Público**. n. 29. jan/fev 2005. 11-61p. p.31.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. 924p.

GOMES, Marcos Eduardo Ruiz Coelho. Parceria público-privada. Breves apontamentos ao substitutivo do Projeto de Lei nº 2.546/03, em trâmite na Câmara dos Deputados. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 388, 30 jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5510>>. Acesso em: 31 ago 2004.

GOSLING, Tim. PFI In Scotland. **Institute for Public Policy Reserch**. 30 Jan 2003. Disponível em: <<http://www.ippr.org/articles/archive.asp?id=329&fID=53>>. Acesso em: 26 set 2005.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. v.32. 2000. 14-20p.

HARADA, Kiyoshi. **Parecer**: Artigo 8º da Lei nº 11.079/04, conhecida como Lei das PPPs, que permite a vinculação de receitas públicas e instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei. Consultante: Comissão de Precatórios da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. In Notícias OABSP de 27 jan 2005. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/incoab3/NoticiasDetalheImpressao.asp?id_noticias=2814>. Acesso em: 29 jan 2005.

HARRIS, Steffen. **Public Private Partnerships**: UK Expertise for International Markets. International Financial Services, London, 2003. 24p. Disponível em: <http://www.ifsl.org.uk/pdf_handler.cfm?file=PPP_report_2002&CFID=125684&CFTOKEN=20868695>. Acesso em: 16 set 2004.

HEATHCOTE, Chris. **Public Private Partnerships UK and other International Experience**. Seminário Internacional Parceria Público-Privada (PPP) na Prestação de Serviços de Infra-estrutura. Brasília MRE-BID-BNDES. 13 e 14 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/publicacoes/catalogo/s_PPP.asp>. Acesso em: 16 set 2004.

HORTA, Raul Machado. Federalismo e o Princípio da Subsidiariedade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Org.) **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. 461-472p.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. 3008p.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Public Investment and Fiscal Policy**. March 12, 2004. 52p. p.9. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/PIFP.pdf>>. Acesso em: 18 set 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. 671p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, 863p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. 654p.

LESSA, Carlos. Mesa de Encerramento. **Seminário Internacional Parceria Público-Privada (PPP) na Prestação de Serviços de Infra-Estrutura**. MRE/BID/BNDES, 13 e 14 nov 2003, Brasília. Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/seminario/PPP_encerra1.pdf>. Acesso em: 16 set 2004.

LONDON UNDERGROUND LTD. **London Underground and the PPP**. 2003. Disponível em: <<http://www.tfl.gov.uk/tube/downloads/pdf/reports>>. Acesso em: 26 dez 2005.

LONDON UNDERGROUND LTD. **London Underground and the PPP: The first year 2003/04** - As at financial year end 2003/04. London: June 2004. 57p. p.55. Disponível em: <<http://www.tfl.gov.uk/tfl/about/tube-plans/ppp/default.asp>>. Acesso em: 26 dez 2005.

LONDON UNDERGROUND LTD. **London Underground and the PPP: The second year 2004/05** - Report for financial year ending 31 March 2005. London: Jul 2005. Disponível em: <<http://www.tfl.gov.uk/tube/downloads/pdf/reports/lulppp-financial-report-04-05.pdf>>. Acesso em: 26 dez 2005.

MACHADO JR., José Teixeira e REIS, Heraldo da Costa. **A lei 4.320 comentada**. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: IBAM, 1998. 407p.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Globalização e Exclusão**. 1997. Disponível em: <http://www.datavenia.net/artigos/Direito_Constitucional/mundi.html>. Acesso em: 23 jan 2005.

MALTBY, Paul. Let's end this PFI fundamentalism. **Institute for Public Policy Research**. 05 Dec 2002. Disponível em: <<http://www.ippr.org/articles/archive.asp?id=323&fID=52>>. Acesso em: 1º out 2005.

MARCATO, Fernando S. e DANTAS, Paulo Henrique Spirandeli. A divisão de riscos extraordinários nas PPPs. **Migalhas**, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=9701>. Acesso em: 02 fev. 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental. In: SUNDFIELD, Carlos Ari (Org). **Parcerias Público-Privadas**. Malheiros: São Paulo. 2005. 605p.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de Serviço Público sem ônus para o Usuário. In: WAGNER JR, Luiz Guilherme Costa (Org.). **Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 331-351p.

MARTINS, Humberto Falcão. **Reforma do Estado: A predominância do ajuste fiscal**. Rio de Janeiro: nov. 2001. Palestra: Pontificia Universidad Católica del Peru. Disponível em: <http://palestra.pucp.edu.pe/pal_int/impresora/reforma/martins.htm>. Acesso em: 17 mai 2005.

McCORMICK, Roger. **A experiência das Parcerias Público-Privadas no Reino Unido**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 512p.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. 298p.

MEDINA, Paulo. O Princípio da Subsidiariedade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. 243-252p.

MELLO, Alessandra. Proposta fere a Lei de Licitações. **Estado de Minas**. Segunda-feira, 23 de agosto de 2004. Caderno: Política. p.3.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. As Parcerias Público-Privadas. **Migalhas**. Quinta-feira, 12 jan 2006. Migalhas Quentes. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=20266>. Acesso em: 12 jan 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Administrativo**. 19. ed. ver. e atualiz. até a emenda constitucional 47, de 05.07.2005. São Paulo: Malheiros, 2005. 1016p.

MINAS GERAIS. **Lei nº 14.868** de 16 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o programa estadual de parcerias público-privadas. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br>>. Acesso em: 06 jun 2004.

MINAS GERAIS. **Lei nº 9.444** de 25 de novembro de 1987. Dispõe sobre as licitações e contratos da administração centralizada e autárquica do estado e da outras providências. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br>>. Acesso em: 06 jun 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, com a Emenda n. 1 de 1969, Tomo I, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1987.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 657p.

MOREIRA NETO. Diogo Figueiredo. O Sistema da Parceria Entre os Setores Público e Privado - Execução de Serviços Através de Concessões, Permissões, Terceirizações e Outros Regimes. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo. Ano XIII, n.2, 75-81p. fev. 1997.

MOREIRA NETO. Diogo Figueiredo. O Sistema da Parceria Entre os Setores Público e Privado - Execução de Serviços Através de Concessões, Permissões, Terceirizações e Outros Regimes. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo. Ano XIII, n.2, 75-81p. fev. 1997.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Reforma Administrativa**: Emenda Constitucional n. 19, de 5/6/98. Belo Horizonte: Del Rey. 1998. 30p.

MOURA, Marcelo Viveiros de; CASTRO, Décio Pio Borges de. A importância das garantias para o sucesso da Parceria Público Privada. **Migalhas**, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=9749>. Acesso em: 15 fev. 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFIELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. Malheiros: São Paulo. 2005. 567-606p.

OSBORNE, David e GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo**: como o espírito empreendedor está transformando o setor público. Trad. Sérgio Fernando Guarischi Bath e Ewandro Magalhães Jr. 2. ed. Brasília: MH Comunicação, 1994. 436p.

PAIVA, Sílvia Maria Caldeira Paiva; ROCHA, C. Alexandre A. **Parceria Público-Privada**: O papel do Senado Federal na discussão e aprovação da Lei 11.079, de 2004. Texto para discussão 25. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal: Coordenação de Estudos. Mai.2005. 76p.

Papa JOÃO PAULO II. **Carta Encíclica Centesimus Annus**. Roma. 1991. Cap. II. Rumo às "Coisas Novas" de Hoje. Disponível em: <http://www.vatican.va/edocs/POR0067/___P4.HTM>. Acesso em: 19 dez 2005.

Papa JOÃO XXIII. **Carta Encíclica Mater et Magistra**. Roma. 1961. nº 51-53. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_po.html>. Acesso em: 19 dez 2005.

Papa LEÃO XIII. **Carta Encíclica Rerum Novarum**. Roma. 1891. nº 19/31. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_en.html>. Acesso em: 19 dez 2005.

Papa PIO XI. **Carta Encíclica Quadragesimo Anno**. Roma. 1931. nº 79-80. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_en.html>. Acesso em: 19 dez 2005

PARLAMENTO EUROPEU. **Características essenciais da ordem jurídica comunitária**: O princípio da subsidiariedade. Fichas Técnicas 1999-2002. Disponível em: <http://www.europarl.eu.int/factsheets/1_2_2_pt.htm>. Acesso em: 22 dez 2005.

PEREIRA NETO, Hidelbrando. **Estado, Constituição e Globalização**: As Novas Possibilidades do Constitucionalismo. Dissertação (Mestrado em Direito, Cidadania e Desenvolvimento). Ijuí/RS: Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. 2004. 134p.

PIMENTA, Carlos César. A Reforma Gerencial do Estado Brasileiro no Contexto das Grandes Tendências Mundiais. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v.32, n.5. set-out 1998. 173-199 p.

PINTO, José Emilio Nunes. As parcerias entre o setor público e o setor privado . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n.63, mar. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3839>>. Acesso em: 31 ago 2004.

PINTO, José Emilio Nunes. Os dois C das PPPs . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 351, 23 jun. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5359>>. Acesso em: 31 ago. 2004.

PIRES, Maria Coeli Simões. Descentralização e Subsidiariedade. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Ano XVIII, n.3, 35-72 p. jul-set 2000.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito Adquirido e ordem pública**: Segurança Jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 1016p. p. 21-64 e 353-404.

POLTRONIERI, Renato. Garantia ao investidor: Sucesso das PPPs depende da boa aplicação da regra. **Revista Consultor Jurídico**. 18 ago 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/37183,1>> Acesso em: 26 ago 2005.

PORTO NETO, Benedicto. **Concessão de Serviço Público no regime da lei 8.987/95**: conceitos e princípios. São Paulo: Malheiros. 1998. 140p.

PORTO NETO, Benedicto. Licitação para contratação de parcerias público-privadas. In: SUNDFIELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. Malheiros: São Paulo. 2005. 605p.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 86**, de 26 de Abril de 2003. Define normas especiais aplicáveis às parcerias público-privadas. Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt/Portal/Print.aspx?guid=%7B8079E5-C7AC-4BB6-8677-A95D17B227A%7D>>. Acesso em: 07 set 2005.

PORTUGAL. Ministério de Obras Públicas, Habitação e Transportes. **O que são as concessões Scut**. Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt/Portal/Print.aspx?guid=%7B0EE0137D-64E1-4DA8-AFFD-46CC55E4BF80%7D>>. Acesso em: 07 set 2005.

PORTUGAL. Ministério de Obras Públicas, Habitação e Transportes. **Como se chegou a esta situação de insustentabilidade do modelo Scut?** Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt/Portal/Print.aspx?guid=%7B0EE0137D-64E1-4DA8-AFFD-46CC55E4BF80%7D>>. Acesso em: 07 set 2005.

QUEIROGA, Onélia Setúbal Rocha de. **A origem do Estado Moderno**. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 1998. 53p.

RODRIGUES JÚNIOR. Waldery. **A Participação Privada no Investimento em Infra-Estrutura e o Papel do Project Finance**. In. Texto para discussão n.495. Brasília: IPEA, julho de 1997. 73 p.

RODRIGUES, Adriano Pires; BENTO, Leonardo da Silva e FARIA, Viviana Cardoso de Sá e. **O papel do Project Finance na viabilização de Projetos de Energia Elétrica**. Centro Brasileiro de Infra-estrutura. Disponível em: <www.ppe.ufrj.br/ppel/production/tesis/vcsfaria.pdf>. Acesso em: 10 dez 2004.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. A Reforma Administrativa e a Emenda nº 19/98: Uma Análise Panorâmica. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Reforma%20Administrativa.htm>. Acesso em: 18 mai 2005.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 877p. p.587.

SOARES, Ricardo Pereira e CAMPOS NETO, Carlos Álvares da Silva. **Considerações sobre o projeto de Lei de Parceria Público-Privada (PPP) em face da experiência recente do Brasil**. In: Texto para discussão nº 1010. IPEA: Brasília, mar. 2004, 20p.

SOARES, Ricardo Pereira; CAMPOS NETO, Carlos Álvares da Silva. **Parcerias Público-Privadas do Plano Plurianual**: Proposta de um conceito. In: Texto para discussão nº 924. IPEA: Brasília, dez. 2002, 20p.

SOUTH AFRICAN, **National Treasury's Public Private Partnership**. Links: About the PPP unit and PPP Unit history. Disponível em: <<http://www.ppp.gov.za/>>. Acesso em: 12 out 2005.

SOUTH AFRICAN, National Treasury's Public Private Partnership. **Public Private Partnership Manual**: National Treasury National Treasury PPP Practice Notes issued in terms of the Public Finance Management Act. Module 01: South African Regulations for PPPs. 28 p. Disponível em: <<http://www.ppp.gov.za/manual/pppmanual.zip>>. Acesso em: 12 out 2005.

SOUTH AFRICAN. Municipal Infrastructure Investment Unit. **Encouraging and optimising private sector investment in municipal infrastructure**. 2005. Disponível em: <<http://miiu.org.za/>>. Acesso em: 12 out 2005.

SOUZA, Alfredo José de. As Parcerias Público-Privadas e o Desenvolvimento: O Papel do Controlo Financeiro Externo. **Revista do Tribunal de Contas de Portugal**. Nº 36. Julho/Dezembro de 2001. 27-46p.

STATE GOVERNMENT OF VICTORIA, Department of Treasury and Finance. **Partnership Victoria Guidance Material**, 4 volumes: Vol.1, Overview, Vol.2, Practitioners' Guide, Vol.3, Risk Allocation and Contractual Issues, Vol.4, Public Sector Comparator – Technical Note, June 2001. Disponível em: <<http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/0/D642DEFD81BB296CCA2570B500102251?OpenDocument>>. Acesso em: 27 dez 2005.

STATE GOVERNMENT OF VICTORIA, Department of Treasury. **Infrastructure Investment Policy for Victoria**. June 1994. Disponível em: <http://www.partnerships.vic.gov.au/domino/web_notes/PartVic/PVWeb.nsf>. Acesso em: 27 dez 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, v.1, n.2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 abr 2004.

SUNDFIELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFIELD, Carlos Ari. (org.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. 606p.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Considerações sobre a parceria público-privada**: Advogado aponta como o Projeto de Lei nº 2.543/03 e a Lei 14.869/03 apresentam a base necessária para formas de formalizar parcerias entre a administração pública e a iniciativa privada. 2004. Disponível em: <<http://licitacao.locaweb.com.br/artdescricao.asp?cod=35>>. Acesso em: 1º out 2004.

UNITED KINGDOM. The Treasury of the United Kingdom's economics and finance ministry. **PFI Signed Projects List - Dec 2004**. Disponível em: <http://www.hm-treasury.gov.uk/documents/public_private_partnerships/ppp_pfi_stats.cfm>. Acesso em: 26 dez 2005.

UNITED KINGDOM. Department for transport. **London Underground Public Private Partnership: the offer to Londoners.** 06 mar 2001. Disponível em: <http://www.dft.gov.uk/stellent/groups/dft_railways/documents/page/dft_railways_504024.hcsp>. Acesso em: 26 dez 2005.

URREJOLA, Sebastián Cox. Políticas sociais e justiça comunitária – ações de interesse público, a partir da sociedade civil no Chile. In: .BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos e GRAU, Nuria Cunill (Org.). **O Público Não-Estatal na Reforma do Estado.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. Parte II. Cap. 6. p.191.

VALLE, Vanice Lírio do. **Parcerias Público-Privadas e Responsabilidade Fiscal: Uma conciliação possível.** Rio de Janeiro: LumenJuris. 2005.169p.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. **O direito de parceria e a nova lei de concessões:** Análise das leis 8.987/95 e 9.074/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 341p.

WIKIPÉDIA, Enciclopédia. **Empowerment.** Disponível em: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Empowerment>>. Acesso em: 12 out 2005.

WIKIPÉDIA, Enciclopédia. **Public Private Partnership.** Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Public-Private_Partnership>. Acesso em: 26 set 2005.

ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes. O Princípio da Subsidiariedade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo. v.8. n.33. 125-140p. out/dez 2000.

ZYMLER, Benjamin. As licitações no âmbito das parcerias público-privadas. **Fórum Administrativo de Direito Público.** Belo Horizonte, ano 5, n.47, v.1, 4940-4961p. jan. 2005.