

Desafios das parcerias Público-Privadas frente às questões postas no Ordenamento Jurídico Brasileiro

José Teni Cordeiro Júnior

Chefe da Coordenadoria Técnica do TCE.

Graduado em Ciências Contábeis pela

Universidade Estadual do Ceará.

Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza.

Especialista em Controle Externo pela

Universidade Federal do Ceará.

Resumo: O presente artigo será dedicado ao exame das parcerias público-privadas, conhecidas no seio da sociedade pela sigla PPP, destacando-se sua origem e conceituação, à luz não só da legislação nacional pertinente, mas também segundo diversos estudiosos que se debruçam sobre essa novel espécie de contrato em que participam a administração pública e o particular.

Também serão enfocadas algumas de suas particularidades, em especial o que essa ficção jurídica trouxe de inovação ao Direito brasileiro, passando-se essa análise pelos princípios constitucionais que a abriga, bem como aqueles contra os quais ela vai de encontro.

1. Introdução

O presente artigo será dedicado ao exame das parcerias público-privadas, conhecidas no seio da sociedade pela sigla PPP, destacando-se a sua conceituação, à luz não só da legislação nacional pertinente, mas também segundo diversos estudiosos que se debruçam sobre essa novel espécie de contrato em que participam a administração pública e o particular.

Também serão enfocadas algumas de suas particularidades, em especial o que essa ficção jurídica trouxe de inovação ao Direito brasileiro, passando-se essa análise pelos princípios constitucionais que a abriga, bem como aqueles contra os quais ela vai de encontro.

Nesse passo, não há como tratar de PPP sem tecer comentários preliminares acerca das questões conjunturais que tiveram como

resultado as recentes reformas pelas quais passou o Estado para permitir os necessários ajustes que torne possível a esse ente da ficção humana realizar sua missão de promover o bem estar social.

2. Questões conjunturais

Segundo Zymler (2005, p. 156) a PPP está inserida no contexto da ampla reforma da estrutura administrativa do Estado brasileiro, iniciada em meados dos anos 90. Afirma ainda, que o surgimento desse instituto guarda relação com as contínuas transformações políticas e sociais, bem como pela "[...] crise fiscal experimentada pelo Brasil e pelos demais países, a qual demonstrou a inviabilidade da prestação direta dos serviços públicos pelo aparelho estatal."

É fato que o Brasil, após a Segunda Guerra Mundial, experimentou uma fase de desenvolvimento econômico e social. Esse período de crescimento estava diretamente relacionado com o modelo de Estado prestacional predominante. O cenário de "bem-estar" então existente tinha a participação do Estado como elemento determinante.

A centralização na prestação de serviços públicos bem como na realização da infra-estrutura que o país precisava era uma característica própria daquele período. As instituições nacionais eram concebidas a partir de uma estrutura logística e de recursos humanos voltada para a prestação direta dos serviços, a exemplo do Departamento Nacional de Estradas e Rodagens e das entidades estaduais equivalentes, que possuíam escritórios regionais e que desempenhavam diretamente as atividades de construção de estradas.

Entretanto, a crise do Estado evidenciava a necessidade de novas adequações a fim de possibilitar regular atuação desses entes políticos. Pereira (1997, p. 8) assim discorreu sobre esse fenômeno:

Em consequência da captura por interesses privados, que acompanhou o grande crescimento

do Estado, e do processo de globalização, que reduziu sua autonomia, desencadeou-se a crise do Estado, cujas manifestações mais evidentes foram a crise fiscal, o esgotamento das suas formas de intervenção e a obsolescência da forma burocrática de administrá-lo. A crise fiscal definiu-se pela perda em maior grau de crédito público e pela incapacidade crescente do Estado de realizar uma poupança pública que lhe permitisse financiar políticas públicas. A crise do modo de intervenção manifestou-se de três formas principais: a crise do *welfare state* no primeiro mundo, o esgotamento da industrialização por substituição de importações na maioria dos países em desenvolvimento, e o colapso do estatismo nos países comunistas. A superação da forma burocrática de administrar o Estado revelou-se nos custos crescentes, na baixa qualidade e na ineficiência dos serviços sociais prestados pelo Estado através do emprego direto de burocratas estatais.

Esses novos fenômenos exigiram um redesenho da estrutura do Estado brasileiro visando sua redução, bem como uma mudança da cultura de gestão. Foi concebido o Programa Nacional de Desburocratização no final da década de 70, seguido 10 anos após pelo Programa Nacional de Desestatização, implantado pela Lei nº 8.031/90, revogada pela Lei nº 9.491/97. Observou-se a edição de diplomas legais com repercussão direta nas relações negociais do Poder Público com a iniciativa privada, regulando, *v.g.*, a prestação de serviços, bem como os contratos de execução de obras e de compras. Tais instrumentos jurídicos tinham, em sua essência, a descentralização de atividades dantes diretamente promovidas pelo Estado.

É de bom alvitre não deixar de mencionar que a descentralização já era princípio da administração consagrado no ordenamento jurídico anterior, conforme aduzido pela leitura do artigo 6º, inciso III, do então vigente Decreto-Lei nº 200/67, e que a partir de então

o Estado brasileiro passou a executar suas atividades pautado no trespasse das mesmas, quer seja no âmbito de seus quadros, segregando direção e execução, ou descentralizando da Administração Federal para as unidades federadas, ou, por fim, da Administração Pública para a órbita privada, mediante contratos e concessões.

Observou-se, outrossim, a transmutação do modelo de estado burocrático para o gerencial, à vista do disposto no § 7º do artigo 10, do Decreto-Lei sob exame, que destacou como prioridade a formação de um núcleo estratégico com a consequente desobrigação de realização direta de atividades de execução, conforme depreende-se do mencionado preceptivo, a seguir transcrito:

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Com a nova ordem jurídica advinda em face da promulgação da Constituição de 1988, confirmou-se essa tendência a partir de diversos dispositivos expressos na Lei Maior. Os artigos 22, XXVII; 37, XXI e 173, § 1º, III colocaram em evidência o Princípio da Licitação, tornando essencial a aplicação desse procedimento como meio a ser utilizado nas diversas contratações onde a Administração Pública for parte contratante, homenageando os Princípios correlatos da Isonomia e da Competitividade.

A Lei Maior, em seu artigo 175, possibilitou ao Poder Público prestar determinados serviços à coletividade de forma indireta, sob

regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, deixando a cargo de Lei sua regulamentação.

De outro passo, a legislação infraconstitucional (Lei nº 8.666/93) procurou, num primeiro momento, sintonizar essa necessidade de descentralização à iniciativa privada com os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, quais sejam: legalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade, o que resultou na rigidez de procedimentos, em detrimento dos resultados efetivamente obtidos nas contratações, tendo como consequência severas críticas, que por sua vez, foram acentuadas com a elevação a status constitucional do princípio da eficiência.

Sobre a prevalência dos meios frente aos resultados, Oliveira (2006, *on line*), tece as seguintes críticas:

Porque, os instrumentos pragmáticos de controles existentes nos níveis da Administração Pública, se são eficazes em teoria e formalidades, pecam na sua efetividade e eficácia [...], por confundir Custos com Despesas, ou Investimentos com Inversão Financeira ou Despesas – confunde-se até especulador com investidor.

E o conceito que se nos parece mais idiossincrático é, por exemplo, quando da escolha licitatória para contratação nas compras de bens e materiais e de serviços em geral na modalidade de MENOR PREÇO. Como, se não há o indiscutível elemento paradigmático de comparação na composição dos elementos que compõem o produto ou serviço? Como aceitar que tal MENOR PREÇO é realmente o MENOR? Com a modalidade institucionalizada de Pregão, agora, nem assim, com as vênias de estilo, a fragilidade do controle para otimizar os recursos públicos deixa de existir na sua plenitude.

Posteriormente foi editada a Lei nº 8.987/97, Lei das Concessões e Permissões, disciplinando a outorga à iniciativa privada, por meio de contrato, da prestação de serviços públicos, levando-se em consideração as seguintes premissas:

a) o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos;

b) o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

c) os direitos dos usuários;

d) política tarifária; e

e) a obrigação de manter serviço adequado.

Vedel e Delvolvé (*apud* DI PIETRO, 2005, p. 93), ao tratarem sobre o contrato de concessão, discorrem que a construção teórica dessa espécie jurídica se apóia sobre duas idéias que se opõem, quais sejam, "de um lado, de um serviço público que deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da Administração"; de outro "[...] de uma empresa capitalista que comporta, no pensamento daquele que está em sua testa, o máximo de proveito possível".

Resulta da construção sob enfoque, de um lado a existência de cláusulas regulamentares; a outorga de prerrogativas públicas ao concessionário; a sua sujeição a princípios publicistas de prestação de serviços públicos; a existência de prerrogativas do ente público concedente; a necessidade de reversão de bens da concessionária em favor da Administração concedente ao final do contrato bem como a natureza pública dos bens vinculados à prestação do serviço; a responsabilidade civil submetida a normas de direito público; e os efeitos jurídicos da concessão na relação triangular formada pelo Poder Concedente, concessionária e usuários. E de outro, a natureza con-

tratual da concessão de serviço público e o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (DI PIETRO, 2005, p. 94).

Com efeito, observa-se que um dos pilares teóricos das concessões é a qualidade na prestação dos serviços, sinalizando a busca de satisfação por parte dos usuários não conseguida quando da prestação direta pelos entes públicos. Não obstante essa orientação, é fato que as concessionárias de serviços públicos estão em primeiro lugar no *ranking* dos órgãos de defesa do consumidor, tendo em vista a má qualidade dos serviços por elas assumidos.

Destaque-se que a nova roupagem jurídica conferida aos contratos de concessão, após a edição da Lei nº 8.987/95, não trouxe a solução para atender as demandas relativas a promoção de projetos de infraestrutura necessários ao país, e para os quais o Poder Público não dispõe de recursos para tomar a execução para si, uma vez que uma das características assumidas por esse diploma legal é que se destina a regular a delegação de serviços cujo custeio se dá por meio de cobrança de tarifa aos usuários, sem contraprestação por parte da Administração. Portanto, ficaram à margem de seu alcance as hipóteses em que a simples cobrança da tarifa não permitiria ao concessionário aferir o retorno do investimento que realizou tendo em vista as obrigações contratuais assumidas.

É nessa conjuntura composta pela crise fiscal, associada ao aumento desmedido das demandas coletivas, que o Poder Público vai buscar no ordenamento jurídico alienígena uma nova forma de contrato administrativo de concessão (CARVALHO FILHO, 2006, p. 351), com o *nomen juris* parceria público-privada.

Sobre o âmbito de aplicação das PPPs, Zymler (2005, p. 165) prelecionou que o conjunto de serviços públicos que podem ser prestados aplicando-se as PPPs supera largamente os dispostos no artigo 175 da Constituição Federal, "[...] vez que referido dispositivo regula a prestação de serviços públicos que tem acentuado conteúdo econô-

mico, como, por exemplo, o fornecimento de energia elétrica [...]", ao passo que as parcerias público-privadas poderão incrementar o atendimento de necessidades da coletividade em setores onde não haja o interesse econômico por parte dos agentes privados.

Não se pode deixar de mencionar que, ao encaminhar o projeto de lei das PPPs para apreciação por parte das casas legislativas federais, o Poder Executivo tratou de preparar uma série de justificativas enaltecendo a novel figura jurídica, apontadas por Di Pietro (2005, p. 158), conforme segue:

a) que as PPP's alcançaram grande sucesso em diversos países, citando a Inglaterra, Irlanda, Portugal, como forma de contratação pelo Estado frente à falta de disponibilidade de recursos financeiros, e ainda como meio de aproveitar a eficiência de gestão do setor privado;

b) que no caso brasileiro representa alternativa indispensável para o crescimento econômico, tendo em vista as carências socioeconômicas do país, a serem reduzidas mediante a colaboração positiva dos setores público e privado;

c) que as PPP's possibilitam "[...] um amplo leque de investimentos, suprimindo demandas desde a área de segurança pública, saneamento básico até as de infraestrutura rodoviária e elétrica", asseverando-se que a necessidade urgente de investimentos no país faz com que os instrumentos de parcerias sejam imprescindíveis.

Como se pode depreender, parte das justificativas ora destacadas não se coaduna com os institutos aperfeiçoados pela Lei 11.079/2004. Ora, se a reduzida disponibilidade financeira é uma das razões, senão a principal razão, de se buscar novas formas de parcerias com os entes privados, o que se observa é o total compartilhamento de riscos com o parceiro público, na medida em que, dependendo da modalidade de parceria, há retribuição pecuniária por parte destes, seja a título de complementação da receita auferida pela

cobrança de tarifas, seja pela remuneração total por parte do Poder Público, mesmo que iniciada após implementada a prestação do serviço. (DI PIETRO, 2005, p. 159).

Nesse mesmo sentido observa-se Mello (2006, p. 729), tecendo críticas conforme lição a seguir reproduzida:

Curiosamente, embora a concessão de serviços públicos clássica seja adotada para *poupar* investimentos públicos ou para *acudir à carência deles*, e esta última razão sempre foi a habitualmente apontada, entre nós, como justificativa para a introdução das PPPs, a lei pressupõe que na modalidade patrocinada a contraprestação pecuniária a ser desembolsado pelo Poder Público poderá corresponder a até 70% da remuneração do contratado ou mais que isto, se houver autorização legislativa (art. 10, § 3º). Logo, é possível, de direito, que alcance qualquer porcentual, desde que inferior a 100%. Seguramente, não é um modo de acudir à carência de recursos públicos; antes, pressupõe que existam disponíveis e implica permissão legal para que sejam despendidos: exatamente a antítese das justificativas apontadas para exaltar este novo instituto.

Em nova investida em desfavor das PPPs, Di Pietro (2005, p. 159), asseverou que outros objetivos menos declarados desse instituto são o de "[...] privatizar a Administração Pública, transferindo para a iniciativa privada grande parte das funções administrativas do Estado, sejam ou não passíveis de cobrança de tarifas dos usuários"; e o de promover a burla ao regime jurídico de Direito Administrativo, uma vez, pelo exercício de atividades a partir de empresas privadas, muitas dos institutos desse ramo do direito, dentre os quais o concurso público, a licitação, as regras constitucionais sobre finanças públicas, não serão aplicadas.

Mais adiante, tratou de afirmar a impossibilidade de fuga total desse instituto aos preceitos de direito público, dado que: a) o próprio contrato de parceria público-privada é de natureza pública e tem que ser precedido de licitação, estando sujeito aos controles da Administração; b) à semelhança do contrato de concessão comum o parceiro privado está submetido à regime jurídico híbrido, quer seja pelo regime dos bens afetados à prestação dos serviços, quer seja sobre as prerrogativas públicas que o parceiro privado passa a deter, dentre outras; e c) a forma sujeição do parceiro privado à regulação imposta por entes que fazem parte da Administração.

Foi diante desse cenário contraditório que a Lei nº 11.079/2004 entrou em vigor, tratando sobre normas gerais de licitação e contratação de parcerias público-privada.

3. Conceito e características

Ao delimitar um conceito de parceria público-privada, deve-se preambularmente fazer alusão à definição legal encetada no artigo 2º da Lei nº 11.079/2004, e diferenciá-la da acepção ampla do vocábulo parceria. De acordo com Di Pietro (2005, p. 13), o termo parceria, trazido ao contexto jurídico administrativo, abrange todos os ajustes firmados entre o setor público e o setor privado, para a realização de objetivo de interesse coletivo, abrangendo assim as concessões, permissões, convênios, contratos de gestão, terceirização e quaisquer outras formas admissíveis no direito.

Depreende-se que parceria, em sua acepção ampla, não é novidade jurídica, encontrando-se disseminada no seio da Administração Pública por meio de figuras amparadas em diversos diplomas legais, frutos da evolução dos mecanismos estatais que colimam com o interesse público, por meio de um compartilhamento de ações. Dentre elas verificam-se os contratos de gestão, as concessões comuns e permissões, e, ainda, mais amplamente, os contratos administrativos.

Sobre a definição contida no texto legal, verifica-se que a única característica extraída é que se trata de contrato administrativo, portanto regida por regras de direito público, e cingida de prerrogativas de interesse coletivo em relação aos interesses do parceiro privado. Em seguida, limita-se a enquadrá-la simplesmente como um contrato de concessão, e de segregá-la em duas modalidades: concessão patrocinada e concessão administrativa.

Tendo em vista o interesse em se alcançar um conceito melhor elaborado, necessário se faz buscar na lei de regência suas características essenciais, e, a partir daí, construir uma definição que melhor descreva esse instituto.

De acordo com Carvalho Filho (2006, p. 356), são três as características que distinguem as PPPs dos demais contratos administrativos:

a) financiamento do setor privado, razão sempre levada a cabo para justificar a criação desse instituto, cabendo ao parceiro privado o custeio dos investimentos relativos à concessão, com recursos próprios ou conseguidos mediante empréstimos efetivados em instituições financeiras públicas ou privadas.

b) compartilhamento de riscos, consistindo na obrigatoriedade do parceiro público se solidarizar ao parceiro privado em caso de ocorrer prejuízos, mesmo que, à semelhança dos demais contratos administrativos, tiverem como causa as diversas áreas econômicas extraordinárias. Nesse passo, requer eficiente controle sobre o objeto da contratação, pois se a gestão do parceiro privado for temerária, a Administração arcará de forma solidária ao parceiro privado, com as consequências (CARVALHO FILHO, 2006, p. 356). Essa característica encontra-se positivada no artigo 5º, incisos III a V, da Lei das PPPs.

c) pluralidade compensatória, que se revela na obrigatoriedade assumida pelo Estado em favor do concessionário pela execução da

obra ou do serviço, de contraprestação pecuniária sob a forma de pagamento direto, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos sob bens públicos dominiais e outros a serem previstos em lei, nos termos do artigo 6º da Lei nº 11.079/2004.

Observe-se que essa característica se mostra antagônica em relação à primeira enunciada, quando comparadas sob a perspectiva da escassez de recursos públicos que serviu de justificativa para a inserção da PPP no cenário nacional.

Já Di Pietro (2005, p. 170-176) enumera, além das particularidades já apontadas, os seguintes traços comuns entre a concessão patrocinada e a concessão administrativa, configurando essas peculiaridades como características inerentes ao gênero PPP, do qual são espécies:

a) contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, prevista no artigo 2º, § 3º, da Lei 11.079/2004, característica que a diferencia da concessão comum e observada de forma diferente nas duas modalidades de PPP. Ou seja, enquanto na concessão patrocinada a contraprestação é um adicional à cobrança de tarifas dos usuários, na concessão administrativa é a forma de remunerar o parceiro privado.

b) compartilhamento dos ganhos econômicos, justificado pela redução dos riscos do investimento em face das garantias que o parceiro público, a teor do artigo 5º, § 2º, da Lei das PPPs, pode ofertar ao financiador do projeto, tornando possível a aferição de maiores retornos econômicos ao parceiro privado, e possibilitando, por exemplo, a redução do valor da proposta em face da diminuição dos encargos de financiamento impostos.(DI PIETRO, 2005, p. 172).

c) financiamento por terceiros, mencionando-se em diversas passagens da Lei das PPPs a figura do financiador, e incumbindo o Conselho Monetário Nacional, nos termos do artigo 24, de estabele-

cer, na forma da lei, as diretrizes para a concessão de crédito destinado ao financiamento de contratos de parcerias público-privadas.

d) as garantias e contragarantias existentes nessa espécie de avanço são outras inovações diferenciadoras. Enquanto que nos contratos administrativos regidos pela 8.666/93 há, nos termos de seu artigo 56, alterado pelo artigo 26 da Lei 11.079/2004, dispositivo autorizando o Poder Público a exigir como garantias dos licitantes e posteriores contratados caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro garantia e fiança bancária, nos contratos de PPPs existem, além dessas possibilidades, previstas dessa vez no artigo 5º, VIII, da Lei de PPPs, uma inversão de valores a partir do momento em que o parceiro privado entregar o serviço objeto do contrato, estando no aguardo da contraprestação do parceiro público.

A finalidade da ampliação do rol de garantias, bem como sua inversão é atrair o investidor privado. O artigo 8º da Lei das PPPs arrola as demais garantias relativas a essas concessões especiais, quais sejam:

d.1) vinculação de receitas, observando-se a redação do artigo 167, IV, da Constituição Federal, que aponta quais receitas podem ou não ser vinculadas a órgão, fundo ou despesa;

d.2) instituição e utilização de fundos especiais previstos em lei;

d.3) contratação de seguro-garantia junto a companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

d.4) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para esse fim; e

d.5) outros mecanismos admitidos em lei.

É fato que o Brasil nunca ofereceu tantas garantias ao investidor privado quanto a partir da vigência da Lei de PPPs.

e) Fundo Garantidor de PPPs, figura de direito privado idealizada nos termos dos artigos 16 a 20 da Lei 11.079/2004. Segundo

Carvalho Filho (2006, p. 361), constitui figura atípica, uma vez que é de natureza privada, respondendo com seus bens e direitos pelas obrigações que venha a contrair, não obstante seja "[...] despidido de personalidade jurídica própria e se configura como verdadeira *universalidade jurídica de bens e direitos* ou, se preferir, de *patrimônio de afetação*" (grifo original). O artigo 16 da Lei das PPPs autoriza apenas a União e suas autarquias e fundações públicas a participar no FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias pelos parceiros públicos federais em virtude das concessões patrocinadas e concessões administrativas que firmarem.

Os limites globais do FGP serão de seis bilhões de reais (artigo 16, *caput*) e sua criação, administração, gestão e representação judicial e extrajudicial ficarão a cargo de instituição financeira controlada direta ou indiretamente pela União (artigo 17).

De acordo com o artigo 18 da Lei das PPPs, as modalidades de garantias que poderão ser prestadas pelo FGP são: a fiança, sem benefício de ordem para o fiador; penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem a transferência da posse da coisa empenhada antes da execução de garantia; hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP; alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia; outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia; e finalmente garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.

f) criação obrigatória de sociedade de propósito específico, contemplada no artigo 9º da Lei 11.079/2004, que seria uma instituição criada com a única finalidade de implantar e gerir o objeto da parceria, que pode assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários negociados no mercado financeiro. Deverá, ainda, adotar padrões de governança corporativa, e ainda contabilidade e

demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento a ser decretado pelo Executivo (art. 9º, §§ 2º e 3º).

Acerca da Sociedade de Propósito Específico, o artigo 5º, § 2º, I, da Lei 11.079/2004, previu a possibilidade de transferência do seu controle para os organismos financiadores, com o objetivo de promover sua reestruturação financeira, sem a necessidade de atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e de comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Consoante assevera Di Pietro (2005, p. 180), referido dispositivo contraria diversos princípios de Direito Administrativo, quais sejam: princípio do interesse público, uma vez que o objeto das PPPs é, em regra, um serviço público, submetido aos princípios da continuidade, eficiência, adequação e outros indispensáveis para que se tenha um serviço adequado; princípio da moralidade administrativa, por contemplar hipótese típica de desvio de poder por parte do legislador, na medida em que contempla medida contrária ao interesse público; princípios da isonomia, uma vez concede privilégio ao financiador não assegurado a outros possíveis interessados em transferência de concessão; e princípio da razoabilidade por estabelecer discriminação inaceitável em relação às finalidades dos contratos de concessão, seja qual for a modalidade utilizada.

g) instituição por Decreto, de Órgão Gestor da PPP, peculiaridade atribuída às PPPs instaladas apenas no âmbito da União (art. 14), contando com representantes dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, Fazenda e da Casa Civil, ficando a coordenação dos trabalhos a cargo do primeiro, prevendo-se inclusive, a participação de representante do órgão da Administração cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise, nas reuniões do referido órgão gestor.

h) a possibilidade de aplicação de penalidades não só ao contratado mas também à Administração Pública é uma característica

inovadora das PPPs, em se tratando da celebração de contratos administrativos, devendo ser proporcionais à gravidade do inadimplemento e às obrigações assumidas. Entretanto, o silêncio da Lei acerca das formas de penalidades imputáveis à Administração Pública, inviabiliza o cumprimento do preceptivo legal em destaque, uma vez que o sistema jurídico brasileiro, ao tratar do disciplinamento de matérias relativas a imposição de penas, quer sejam sob o enfoque criminal ou administrativo, está alicerçado no princípio da legalidade estrita.

Di Pietro (2005, p. 182-183) assevera que "[...] a aplicação do princípio da legalidade impede a aplicação de penalidades não previstas em lei, seja a que disciplina o serviço objeto da concessão, seja a que estabelece normas sobre licitações e contratos [...], e ainda que as leis correlatas (8.666/93 e 8.987/95), só dispõem sobre sanções ao contratado pela Administração e não o inverso.

Prossegue acerca do assunto, prelecionando o seguinte:

A verdade é que não existe previsão legal de penalidades que possam ser aplicadas à Administração Pública. Ainda que, por interpretação extensiva, se cogitasse de impor-lhes as penalidades previstas no artigo 87 da Lei nº 8.666, essa possibilidade ficaria afastada porque tais sanções são incompatíveis com a posição da Administração Pública no contrato, já que ela atua em nome da pessoa jurídica política (União, Estado, Município ou Distrito Federal), única detentora de poder sancionatório. Não poderia sequer cogitar de aplicar uma pena como a de suspensão temporária de contratar ou de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

Mesmo o poder de rescindir unilateralmente o contrato, por motivo de inadimplemento [...] seria inconcebível de ser exercido pelo parceiro privado, já que é o parceiro público que desem-

penha no contrato o poder de autoridade dotada de prerrogativas consagradas no direito positivo, como cláusulas exorbitantes do direito comum, precisamente porque é ele que atua na defesa do interesse comum.

Conforme observado, a regra relativa à aplicação de penalidades ao parceiro público merece maior atenção por parte do legislador, uma vez que, diante do sistema jurídico ora vigente, os dispositivos então vigentes são de difícil eficácia.

i) o valor e prazo das PPPs são outras características próprias dessa espécie de contrato de concessão, uma vez que os contratos de parceria só serão admitidos quando o valor contratual for equivalente a pelo menos R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) e o período da prestação de serviços não inferior a 05 (cinco) anos e superior a 35 (trinta e cinco) anos (MELLO, 2006, p. 728).

Diante das peculiaridades que foram destacadas, torna-se possível apontar alguns conceitos de Parceria Público-Privada, e assim verificar nestes a presença das diversas características ressaltadas.

Segundo Di Pietro (2005, p. 161) parceria público-privada é:

[...] o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação paga pelo parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

Para Carvalho Filho (2006, p. 353) PPP seria

acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes.

Outros conceitos são verificados na literatura jurídica, senão vejamos:

ajuste firmado entre a Administração Pública e a iniciativa privada, tendo por objeto a implantação e oferta de empreendimento destinado à fruição direta ou indireta da coletividade, incumbindo-se a iniciativa privada da sua concepção, estruturação, financiamento, execução, conservação e operação, durante todo o prazo para ela estipulado, e cumprindo ao Poder Público assegurar as condições de exploração e remuneração pela parceria privada, nos termos do que for ajustado e respeitada a parcela de risco assumida por uma ou outra das partes (MARQUES NETO *apud* VIEIRA, 2005, p. 11-12).

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 a remuneração, por meio da exploração da infraestrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro (JUSTEN FILHO *apud* VIEIRA, 2005, p. 12).

contrato administrativo de longo prazo, celebrado em regime de compartilhamento de riscos, remunerado após a efetiva oferta de obra ou servi-

ção pelo parceiro privado, responsável pelo investimento, construção, operação ou manutenção da obra ou do serviço, em contrapartida a garantias de rentabilidade e exploração econômica asseguradas pelo Poder Público (MODESTO *apud* VIEIRA, 2005, p.12).

Após a apresentação das diversas definições do instituto parceira público-privada, serão discorridas algumas considerações acerca das normas constitucionais que validam as PPPs.

4. Normas constitucionais que albergam as PPPs

Como se pode verificar, a evolução o Estado na busca de soluções frente as crises que o atingiram e que resultaram na restrição de sua capacidade de realizar ações voltadas para o interesse da coletividade inseriu novos valores, que por sua vez buscam proteção no ordenamento jurídico.

As parcerias público-privadas, como novo instrumento regulador de relações negociais entre a Administração e a iniciativa privada, também procuraram na Lei Maior os fundamentos que as justificassem. Dentre eles serão destacados dois: o princípio da eficiência, elevado a status constitucional mediante a Emenda Constitucional 19/98; e o direito ao desenvolvimento como princípio fundamental.

Segundo Oliveira (2005, *on line*), a crise do modelo providencialista fragilizou o então Estado prestador, promovendo a discussão acerca da co-responsabilidade entre Estado, empresas e sociedade na busca da concretização de uma extensa lista de direitos com sede constitucional, caracterizados formal e materialmente como direitos fundamentais. E dentre essas garantias se encontra o direito ao desenvolvimento.

Mesmo nesse momento de transformações, não há como desvincular dessa ficção jurídica seu dever de promover e garantir o desenvolvimento, pois agindo nesse sentido estará, ao mesmo tempo, proporcionando a dignidade humana, uma vez que ao se alavancar aquele, estará o Estado atingindo positivamente a pessoa humana (OLIVEIRA, 2005, *on line*).

Observe-se que no caso brasileiro, os valores dignidade da pessoa humana e desenvolvimento são premissas expressas na Carta Política de 1988, dos quais a promoção é de responsabilidade inafastável do Estado, sem olvidar que na espécie não se trata de crescimento econômico e sim de desenvolvimento em todas as perspectivas em que pode ser alcançada no âmbito da federação.

Assim, reconhece-se no direito brasileiro um direito ao desenvolvimento, qualificado como direito fundamental decorrente, nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição da República (OLIVEIRA, 2005, *on line*).

Verificando-se que os objetivos das PPPs são a melhor prestação de serviços à comunidade e a realização de obras de infra-estrutura utilizando-se de recursos para investimento os quais o Poder Público não dispõe, por meio da participação do parceiro privado, se pode deduzir que sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro busca o atendimento ao direito fundamental do desenvolvimento.

Outra regra constitucional que justifica as PPPs é o Princípio da Eficiência, que teve origem no Brasil com o advento do modelo pós-burocrático. Este, por seu turno, defende a consecução de resultados a um custo menor, passando a ser o novo paradigma norteador da Administração Pública, em substituição às regras rígidas que homenageiam os meios aos fins.

Sendo essa a nova filosofia de gestão do Estado, que busca oferecer respostas mais rápidas e oportunas para a sociedade, procurou nas PPPs, que têm origem no direito anglo-saxão, uma forma

inovadora de regular as relações negociais com particulares que, após submetidos a um processo de escolha (licitação), contratassem com o estado para a prestação de determinados serviços públicos, precedidos ou não de obra, fornecimento ou instalação de bens.

5. Normas constitucionais que desafiam as PPPs

Não obstante as justificativas que rodearam a inserção das Parcerias Público-Privadas no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode olvidar que a novel Lei nº 11.079/2004 é bastante controversa sob a perspectiva da constitucionalidade de diversos de seus preceptivos.

Mello (2006, p. 739), ao dissertar sobre a espécie, aduz que não se recorda de alguma outra lei que reunisse a quantidade e variedade de inconstitucionalidades da lei 11.079/2004, mormente pela pouca quantidade de artigos que a formam.

Apontam-se como inconstitucionais as seguintes matérias encetadas na lei das PPPs:

a) a vinculação de receitas como forma de garantia do parceiro público (artigo 8º, I), que desafia o artigo 167, IV, da Constituição Federal. Enquanto no texto legal reza que as obrigações pecuniárias resultantes do contrato de parceria poderiam ser garantidas por vinculação de receitas, a *lex legum* veda essa vinculação, só admitindo como exceção a repartição do produto da arrecadação das parcelas do Imposto de Renda, ITR, IPVA e ICMS devidas aos Municípios, e das parcelas do Imposto de Renda, IPI e da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico que formam os FPE, FPM e fomentam os programas de financiamento do setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

Mello (2006, p. 740) assevera que a única remissão que o texto constitucional faz ao tema de prestação de garantias, que consta do §

4º do referido artigo 167, refere-se a operações de créditos por antecipação de receitas ou para saldar débitos perante a União.

b) A previsão legal de fundo garantidor da parceria (artigo 16) é outra inovação trazida pela Lei nº 11.079/2004 e cuja constitucionalidade é questionada. De acordo com Mello (2006, p. 740-741), tal hipótese afronta ao mesmo tempo diversos preceitos constitucionais, mencionando dentre eles o artigo 100 da CF/88, que institui o regime de precatórios como a forma constitucionalmente elegida para a satisfação dos credores cujos valores não foram regularmente pagos, seguindo-se a ordem rígida de sua apresentação.

Invoca-se, ainda em ataque à regra da Lei das PPPs que institui o FGP, a infringência aos princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade, tendo em vista que "[...] todos os credores, inclusive os que se encontram no final da interminável fila de aguardo dos pagamentos de precatórios atrasados, seriam preteridos em favor de megaempresários, os super-protegidos 'parceiros' e seus financiadores." (MELLO, 2006, p. 741).

Aponta como mais um dispositivo afrontado o artigo 165, § 9º, II da CF/88, que remete à Lei Complementar matéria que tratem sobre as condições para a instituição e funcionamento de fundos. Ou seja, "[...] enquanto não forem definidas tais condições pelo aludido instrumento legislativo, é óbvio que não há como instituí-los" (MELLO, 2006, p. 741).

c) A possibilidade de utilização de mecanismos privados de solução de disputas, inclusive a arbitragem (artigo 11, III) é outra previsão questionada, pois tendo em vista a alta relevância dos interesses públicos envolvidos nessa espécie de contratação, envolvem bens indisponíveis, cabendo apenas ao Poder Judiciário a solução das contendas que porventura venham a surgir.

Esse pensamento é compartilhado por Mello (2006, p. 743), que assim dispõe: "Permitir que simples árbitros disponham sobre

matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja, desarte, com ele imbricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e da própria dignidade que o envolve”.

d) a transferência ao órgão financiador, do controle da sociedade de propósitos específicos, disposta no artigo 5º, § 2º, inciso I, da lei 11.079/2994, também é hipótese legal cuja constitucionalidade é contestada. De acordo com Mello (2006, p. 743), tal preceptivo encontra embargo no artigo 37, XXI, da Lei Maior, pois enquanto este aponta a necessidade mínima de se exigir do futuro contratado exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis para a garantia do cumprimento das obrigações, aquela regra legal afasta tal exigência, no caso de assunção do controle da SPE pelo órgão financiador.

6. Conclusão

A parceria público-privada é uma nova modalidade de contrato administrativo de concessão cuja inserção no ordenamento jurídico brasileiro se justifica pela necessidade de reverter os elevados déficits em termos de infraestrutura, utilizando-se de recursos da iniciativa privada, atraídos pelas diversas e inovadoras garantias que a Lei nº 11.079/2004 atribuiu a essa espécie de concessão.

Os vários dispositivos que formam o indigitado diploma legal trazem novidades jurídicas não alcançadas até então por qualquer preceptivo que versasse sobre as relações negociais tendo o Poder Público como parte, em especial regras que derogam substancialmente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado em sua acepção mais branda, notadamente as formas de garantias de retorno do investimento realizado pelo parceiro privado.

Dentre esses pontos, merece destaque a transferência do controle da Sociedade de Propósitos Específicos ao órgão financiador da Parceria, para a promoção da reestruturação financeira que assegure a continuidade da prestação dos serviços, sem que este comprove

que detém capacidade técnica para prosseguir com a execução do projeto. E ainda, a instituição do Fundo Garantidor da Parceria no âmbito da União, bem como a faculdade de se empregar mecanismos privados de solução de conflitos.

Nesse contexto, não se pode olvidar que o Brasil, assim como as demais economias em desenvolvimento, foi assolado por crises fiscais, associada aos efeitos da "economia globalizante", e da velocidade dos avanços tecnológicos, que impõem a busca de mecanismos mais eficientes de gestão e também uma maior qualidade na prestação de serviços públicos.

A partir das novas tendências que circunscrevem o Estado Moderno, como a busca da eficiência em detrimento do excessivo controle do modelo burocrático, as inovações promovidas pelas novas regras levadas a efeito com a vigência da Lei nº 11.079/2004 passam por diversas críticas, uma vez que se apresentam de forma a confrontar diversas premissas sedimentadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, torna-se necessário que a Administração Pública em qualquer esfera de governo, ao procurar firmar com a iniciativa privada essa espécie de parceria, seja por qualquer de suas duas modalidades, tente sempre equacionar os meios aos fins, uma vez que cabe a qualquer Estado Democrático de Direito, acima de tudo, o respeito à ordem constitucional sob o qual foi concebido.

Referências bibliográficas

LIVROS:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. Concessão, permissão franquias, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

LEIS:

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. 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. *Oito em um acadêmico*. Organização dos textos e índices alfabéticos remissivos por José Carlos de Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. *Oito em um acadêmico*. Organização dos textos e índices alfabéticos remissivos por José Carlos de Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.

_____. 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. *Oito em um acadêmico*. Organização dos textos e índices alfabéticos remissivos por José Carlos de Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.

_____. 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. *Constituição Federal, Coletânea de Legislação Administrativa*. Organizadora Odete Medauar; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PERIÓDICOS:

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Parceria Público-Privada e Direito ao Desenvolvimento: uma Abordagem Necessária. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, n. 45, ano 4 set. 2005, pag. 6023 a 6039. Disponível em <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=30946> Acesso em 23 ago. 2006.

OLIVEIRA, Manoel Paulo de. As Parcerias Público-Privadas _ PPPs _ e os Serviços Públicos _ uma Reflexão à Luz da Lei nº 11.079/04, Regulamentada pelos Decretos nºs. 5.385/05 e 5.411/05 _ e demais Normas de Regência, quanto aos Instrumentos Técnicos para o Controle Eficiente e Eficaz de Gastos Públicos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, n. 47, ano 4 nov. 2005, pag. 6298 a 6313. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=31904> Acesso em 23 ago. 2006.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília, DF: MARE, 1997.

ZYMLER, Benjamin. A Visão dos Tribunais de Contas sobre os Contratos Administrativos . *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, n. 30, ano 3 jun. 2004, pag. 3863 a 3878. Disponível em <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=9022> Acesso em 08 out. 2006.