

RELATÓRIO FINAL

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Aluna: Mariana Weguelin Vieira
Orientador: Manoel Messias Peixinho

Financiamento: VRAc/PUC-Rio

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Aluna: Mariana Weguelin Vieira¹
Orientador: Manoel Messias Peixinho

As Parcerias Público-Privadas no Ordenamento Jurídico Brasileiro	1
Introdução	2
1. Conceito de Parceria Público-Privada	3
2. Operacionalização das Parcerias Público-Privadas	4
3. Características	4
3.1. Compartilhamento de riscos	5
3.2. Liberdade gerencial na execução da atividade	5
3.3. A vinculação da remuneração do parceiro privado a parâmetros de eficiência e à efetiva disponibilização do serviço	6
3.4. Garantias	6
Conclusão	7

Introdução

Este trabalho é um dos resultados da pesquisa que venho desenvolvendo no Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro sob a orientação do professor Manoel Messias Peixinho. Os objetivos da pesquisa são três. **O primeiro objetivo** é realizar um estudo comparativo dos dispositivos da lei 11.079/2004 (Lei das Parcerias público-privadas) com as leis 8.987/1995, 9.074/1995 e 8.666/1993, cotejando os dispositivos destes três diplomas legais com as novas disposições da lei 11.079/2004. **O segundo objetivo** é estudar as parcerias público-privadas no Direito Comparado, de forma a identificar e recolher os contributos das PPP's em alguns países estrangeiros, quais sejam, Inglaterra, Portugal e Estados Unidos da América, onde houve a experiência de utilização do modelo de parceria nos setores de infra-estrutura em regime de cooperação com a iniciativa privada. **O terceiro objetivo** é aferir as repercussões da implantação das parcerias público-privadas nos direitos fundamentais, principalmente nos serviços públicos, uma vez que a proposta de implantação das PPP's no Brasil visa a incentivar investimentos em setores da economia considerados fundamentais para a concretização de políticas públicas, tais como saneamento básico e transporte, dentre outros, proporcionando ao cidadão acesso mais amplo a serviços públicos eficientes e módicos.

Este artigo visa, tão-somente, a apresentar um panorama global acerca das parcerias público-privadas, deixando para ao final do trabalho de pesquisa a apresentação de um trabalho mais consistente teoricamente.

A Lei 11.079, de 30.12.2004 introduziu na sistemática jurídica brasileira o instituto das parcerias público-privadas (PPP), vindo a consagrar um novo regime de contratação administrativa, que há algum tempo já vinha sendo desenvolvido nas sistemáticas alienígenas, a exemplo de Portugal e Inglaterra.

¹ Aluna do 9º período. Bolsista do programa de iniciação científica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Trata-se de uma inovação importante, haja vista a incapacidade estatal de fazer frente a todos os investimentos que se fazem necessários na sociedade hodierna. Aliás, fora exatamente essa a constatação do estado de falência da Administração Pública que fizera emergir a tônica de um moderno Direito Administrativo pautado por uma maior cooperação entre os setores público e privado.

Como resultado desta moderna tendência interativa, a idéia de imperatividade, que legitimava as prerrogativas estatais, passou a dar lugar à idéia de uma ponderação focada no interesse público. Em conseqüência, os atributos da supremacia, imposição e unilateralidade que antes permeavam a atuação estatal, cedeu lugar à idéia de consensualidade e negociação².

Sob essa nova ótica administrativista é que surgiram as parcerias público-privadas, cuja própria denominação já evidencia a idéia de cooperação, de parceria, que norteia a relação entre os contratantes público e privado. Com efeito, a desigualdade que caracterizava a relação contratual no âmbito dos contratos administrativos, e que conferia à Administração uma posição de supremacia em relação ao contratado, acabou perdendo um pouco de sua força, a fim de dar lugar a um maior nivelamento entre as partes. Este nivelamento assume fundamental relevância no âmbito das parcerias público-privadas, na medida em que o instituto foi desenhado com vistas à realização de investimentos privados em projetos que seriam economicamente inviáveis pela via tradicional da concessão, seja pela baixa lucratividade do empreendimento em si, seja por tratar-se de empreendimentos de grande porte, que demandariam vultosos investimentos cuja amortização seria inviável no curto e médio prazo.

Dessa forma, essa nova lógica de contratação administrativa consubstancia-se em importante fator de atratividade dos projetos. Considerando a carência de recursos da Administração Pública – em que pese a estratosférica carga tributária brasileira – e a ausência de uma política pública de desenvolvimento eficiente, vê-se que o instituto das parcerias público-privadas é um importante instrumento para o desenvolvimento do país.

1. Conceito de Parceria Público-Privada

A expressão “parceria público-privada”, em seu sentido lato, corresponde a toda e qualquer forma de articulação entre o os setores público e privado. Sob esse prisma, diversos institutos são espécies de parcerias, como o da concessão e da permissão, os contratos de gestão, os convênios e consórcios, etc.³

Sucede que, para fins de aplicação da Lei 11.079/04, parcerias público-privadas devem ser compreendidas em seu sentido estrito, referindo-se este, nos termos do art. 2º da mencionada lei, ao contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

Concessão patrocinada consubstancia-se na concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

² “Progressivamente, assim, o Estado vai abandonando a histórica pretensão de ser dirigente e mentor da sociedade para fincar-se na missão de ser dela instrumento e parceiro. Com isso, a imperatividade deixa de ser critério para ser ferramenta, posta à escolha do legislador. (...) Certo é, também, que a postura, velha de mais de dois séculos, erguida sobre a tríade supremacia, imposição e unilateralidade – reputadas como atributos permanentes e inafastáveis da Administração Pública em suas relações com os administrados – vem cedendo paulatinamente espaço à consensualidade e à negociação, pois que se vêm mostrando muito mais eficientes para a satisfação dos interesses públicos (...)”. Neto, Diogo de Figueiredo Moreira. O Futuro das Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos, in Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XVII, Editora Lumen Juris, 2006, pp. 06 e 07.

³ Cf. Maria Sylvania Zanella Di Pietro. Parcerias na Administração Pública, 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2006, p. 20.

Em que pese a aparente inovação desta forma de remuneração do parceiro privado, trata-se de medida já contemplada no regime da Lei 8.987/95, que disciplina as concessões comuns. Mas, se as concessões subsidiadas já eram juridicamente possíveis, sua viabilidade prática dependia do estabelecimento de um adequado sistema de garantias, que protegesse o concessionário contra o inadimplemento do Poder Público⁴, razão pela qual veio a Lei 11.079/04 suprir esta lacuna.

As concessões administrativas, por sua vez, referem-se aos contratos de prestação de serviços de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Em outras palavras, em tal modalidade de concessão, o serviço pode ser prestado diretamente ao usuário, sem cobrança tarifária – hipótese em que a Administração Pública é usuária indireta – ou diretamente ao Poder Público, que se afiguraria como usuário direto do serviço prestado.

Trata-se, em linhas gerais, de concessões para as quais a amortização do investimento privado se dá integralmente por meio de verbas do Poder Público. Tal modalidade de parceria público-privada seria aplicável àquelas hipóteses em que a cobrança de tarifas fosse inviável social, econômica, ou mesmo juridicamente, como nos setores de educação e saúde públicas, ou ainda porque o único beneficiário do serviço seria o próprio Estado.

2. Operacionalização das Parcerias Público-Privadas

Para a operacionalização da PPP, faz-se necessário que se constitua, antes da celebração do contrato de parceria, uma sociedade de propósito específico (“SPE”) – art. 9º da Lei 11.079 –, com vistas à implantação e ao gerenciamento do projeto.

Tal engenharia societária acaba por facilitar a captação de recursos e, conseqüentemente, a própria viabilização do projeto. Isso porque, por meio da SPE, garante-se um maior controle sobre a execução do empreendimento, bem como a saúde financeira do projeto, em virtude da segregação patrimonial, contábil e jurídica que a sociedade de propósito específico implica⁵.

Com efeito, a constituição de uma SPE acarreta a formação de um patrimônio de afetação, o qual estará integralmente vinculado ao asseguramento da execução do projeto. Isso acaba por garantir maior liquidez ao empreendimento e diminuir os riscos com relação ao mesmo, já que evita que os investimentos e receitas vinculados àquele projeto específico possam ser confundidos ou desviados para as demais atividades da empresa.

No entanto, ainda que se admita que a Administração Pública assuma a posição de sócia do parceiro privado na SPE – estratégia, aliás, bastante eficaz para fins de divisão de riscos e lucros entre o Estado e o parceiro privado –, cumpre salientar que ela não poderá deter o controle desta sociedade.

3. Características

⁴ Face à ausência de inovação normativa no que tange às concessões subvencionadas, Marcos Juruena Villela Souto consigna: “Certamente, haverá muita discussão em torno do art. 3º, § 2º, da Lei nº 11.079/2004, que estabelece que as **concessões comuns** continuarão regidas pela Lei nº 8.987/95. Afinal, para a diferença das concessões ‘subsidiadas’ para as concessões patrocinadas é a ausência de uma disciplina de garantias ao parceiro privado.” Parcerias Público-Privadas, in Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XVII, Editora Lumen Juris, 2006, p 29.

⁵ “A segregação de riscos entre o **negócio concedido** e a **pessoa do contratado** é viabilizada pela criação de sociedades de propósito específico, encarregada de gerir, separadamente, as receitas e despesas do projeto em PPP, de modo que o investidor não precisa temer outras atividades ou a vida pregressa do contratado”. Marcos Juruena Villela Souto. Parcerias Público-Privadas, in Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XVII, Editora Lumen Juris, 2006, p 36.

3.1. *Compartilhamento de riscos*

Um dos pontos mais relevantes trazidos pela nova sistemática legislativa diz respeito à repartição objetiva de riscos entre as partes como diretriz fundamental das parcerias público-privadas.

Trata-se de medida de fundamental relevância, na medida em que a alocação de riscos tem efeito direto sobre os custos de prestação do serviço. Assim, os custos projetados serão tanto maiores quanto maiores forem os riscos assumidos.

Considerando que a análise dos custos acaba por influenciar a proposta formulada pelo parceiro privado – tendo em vista que a oferta do licitante leva em consideração as previsões de gastos decorrentes do contrato, bem como a margem de lucro do contratado –, bem se vê que a redução de custos permite a formulação de propostas mais competitivas e menos onerosas para a Administração Pública.

Ademais, alocar riscos para a parte que possa suportá-los a um custo mais baixo gera uma enorme economia. Suponha-se, por exemplo, que o risco de alteração das especificações do serviço seja transferido ao particular. Evidente que, não tendo o parceiro privado controle sobre a atuação do Estado, o custo desta assunção de risco será maior do que se o risco fosse suportado pelo Poder Público. Afinal, assumindo o custo pelo risco de alteração nas especificações do serviço, teria o Estado um maior incentivo para restringir as alterações ao efetivamente necessário, porquanto ele próprio estaria arcando com seus custos.

Nesse contexto é que o princípio norteador desta sistemática de repartição objetiva de riscos é o princípio da eficiência. Com efeito, é visando uma maior eficiência na descentralização do serviço que se busca alocar os riscos de modo a minimizar os custos a eles relacionados. E é somente por meio de uma repartição clara e objetiva que esta economia é possível.

Em consequência, não há, na Lei 11.079/04, uma prévia definição dos parâmetros de repartição de riscos, tendo em vista que esta repartição será feita casuisticamente, levando em consideração as peculiaridades de cada projeto – podendo, inclusive, nos termos do art. 5º, III, envolver o compartilhamento dos riscos referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária⁶. É o contrato, destarte, que deverá especificar essa divisão de riscos.

Já nas concessões comuns, regidas pela Lei 8.987/95, adota-se sistemática diversa. Nesta modalidade de contratação administrativa, os riscos inerentes à prestação do serviço, tais como a quantidade de usuários do serviço e o montante efetivamente arrecadado por meio da cobrança tarifária, a variação dos custos com insumos, etc., são integralmente suportados pelo concessionário, somente são transferidos ao Poder Concedente os riscos extraordinários, oriundos de fatos imprevisíveis ou de responsabilidade do próprio Estado, em razão do direito do concessionário ao re-equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Assim é que a lógica da repartição objetiva de riscos, consagrada na Lei 11.079/04, proporciona uma maior flexibilização na alocação dos riscos, deixando espaço para a realização de um compartilhamento mais eficiente.

3.2. **Liberdade gerencial na execução da atividade**

⁶ “A busca da eficiência econômica não significa, portanto, que o Estado deva simplesmente transferir todos os riscos da parceria para o setor privado. Nada mais equivocado. Riscos são custos e o parceiro privado obviamente cobrará do Estado para suportá-los. Se o Estado transferir riscos que poderia suportar a um custo mais baixo, estará pagando mais caro por um serviço de que não necessita e recursos escassos da sociedade estarão sendo desperdiçados”. Marcos Barbosa Pinto. Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas, in Revista do BNDES, nº 25, junho de 2006.

Outra vantagem na utilização desta nova modalidade contratual consubstancia-se na liberdade gerencial assegurada ao parceiro privado na execução da atividade.

Em linhas gerais, fica o parceiro privado a cargo não apenas da execução da atividade, tal como ocorre nas concessões, mas também do desenvolvimento do projeto como um todo (criação, elaboração, desenvolvimento, construção, operação).

Dessa forma, as parcerias público-privadas atribuem ao ente privado uma enorme liberdade gerencial, o que o possibilita a buscar sempre a solução mais vantajosa para o negócio e uma gestão mais eficiente do empreendimento, diferentemente do que ocorre nas concessões, em que o delineamento da execução do serviço já é previamente traçado pela Administração Pública ao retirar do particular uma margem de controle sobre o seu próprio negócio e limitando-o à implementação da política de execução demarcada pelo Estado.

Busca-se, assim, tirar proveito da *expertise* do setor privado no gerenciamento da atividade, sem retirar-se da Administração Pública o poder de regulação do serviço. Conseqüentemente, tem-se, nas parcerias público-privadas, uma maior diminuição do risco de insucesso do projeto.

Essa liberdade gerencial decorre da idéia de “*value for money*” inerente às parcerias público-privadas, segundo a qual, por meio das PPPs, busca-se uma maior eficiência/qualidade na prestação do serviço, ao mesmo tempo em que um menor custo operacional.

3.3. A vinculação da remuneração do parceiro privado a parâmetros de eficiência e à efetiva disponibilização do serviço

A necessidade de uma prestação eficiente do serviço também levou o legislador a vincular a remuneração do parceiro privado a parâmetros de eficiência previamente definidos no contrato, bem como à efetiva disponibilização do serviço.

Tal mecanismo de remuneração busca não apenas maximizar a qualidade da prestação do serviço, tendo em vista que estimula o parceiro privado a seguir os parâmetros de eficiência delineados pela Administração, mas também inibir os atrasos na entrega dos projetos, problema bastante freqüente no âmbito das contratações administrativas, já que o particular somente será remunerado quando der início ao desenvolvimento da exploração da atividade, o que exige o completo funcionamento do projeto.

Com essa medida, estar-se-á compatibilizando o interesse privado, consubstanciado no recebimento da contraprestação pelo serviço prestado, com o interesse público, concernente à obtenção de um serviço de qualidade.

3.4. Garantias

Considerando que esta nova sistemática contratual aplica-se ao desenvolvimento de projetos cuja viabilidade econômica depende, total ou parcialmente, de subsídios estatais, torna-se necessário o estabelecimento de mecanismos que assegurem a solvência do Estado.

Com efeito, sendo o contrato de parceria um contrato que tende a ser de longa duração – o prazo mínimo de vigência contratual é de 5 anos –, a constituição de garantias permite ao investidor blindar-se contra a inadimplência estatal e outros riscos que porventura possam incidir sobre o contrato celebrado – riscos econômicos, políticos, ambientais, etc.

Assim é que, nos termos do art. 8º da Lei das PPPs, as obrigações pecuniárias de responsabilidade do ente público poderão ser garantidas através de diversos mecanismos, tais como (i) vinculação de receitas; (ii) instituição e utilização de fundos especiais previstos em lei; (iii) contratação de seguro-garantia com seguradoras não controladas pelo governo; (iv) concessão de garantias por organismos internacionais ou instituições financeiras em que o

governo não figure como controlador; (v) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade, ou, ainda, (vi) outros mecanismos que sejam aceitos pela legislação vigente.

No âmbito federal, a sistemática escolhida foi a constituição de um Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), o qual terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas (União, suas autarquias e fundações), e será sujeito a direitos e obrigações próprios (art. 16, §1º).

Em virtude de sua natureza privada, o FGP não se submete ao regime jurídico de Direito Público e, conseqüentemente, à execução de dívidas pelo sistema de precatórios. Desse modo, as obrigações assumidas por seus cotistas nos contratos de parceria público-privada serão garantidas através dos bens e direitos integralizados – em caso de inadimplência do cotista do Fundo, o parceiro privado poderá acionar, diretamente, as garantias dadas pelo FGP (penhor, hipoteca, alienação fiduciária, etc. – art. 18, §1º).

Assim, a lógica é a de que o Fundo funcione como um patrimônio de afetação, ou seja, como um patrimônio segregado destinado a garantir o cumprimento das obrigações de seus cotistas. Admite-se, inclusive, o estabelecimento de uma afetação parcial, através da qual uma parcela do FGP estaria vinculada exclusivamente ao cumprimento de uma determinada obrigação, não se comunicando com o restante do patrimônio do Fundo e não podendo ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do mesmo (art. 21).

O Decreto nº 5.411/05 regulamentou parte do FGP, estabelecendo que a integralização das suas cotas pela União se dará por meio da transferência de ações de sua propriedade, que representem participações minoritárias em empresas públicas ou sociedades de economia mista, por constituírem ativos de liquidez permanente. Dentre as companhias que terão suas participações acionárias transferidas para o FGP, estão a Companhia Vale do Rio Doce, Eletrobrás e Banco do Brasil. Embora o governo tenha autorizado uma transferência no valor total de R\$ 6 bilhões (seis bilhões de reais), até o momento foram transferidos, efetivamente, R\$ 2,9 bilhões (dois bilhões e novecentos milhões de reais), conforme portaria publicada em 16.12.2005 pelo Ministério da Fazenda.

Registre-se, no entanto, que a lógica do fundo garantidor vem sendo objeto de alguns questionamentos, sob a alegação de constituir desvio de poder legislativo, porquanto se estaria a fraudar o regime constitucional de precatórios judiciais instituído para a execução das dívidas do Poder Público.

Na defesa de sua constitucionalidade, porém, argumenta-se que as pessoas jurídicas de Direito Privado criadas pela União excluem-se do regime jurídico de Direito Público, e, por conseguinte, da execução pelo sistema de precatórios, tendo em vista que o art. 100 da Constituição Federal vincularia apenas a “Fazenda Pública”.

Conclusão

Diante do exposto, vê-se que a sistemática das parcerias público-privadas, introduzida pela Lei 11.079/04, confere uma maior segurança jurídica às contratações administrativas, o que constitui importante fator para a atratividade dos projetos e, em conseqüência, para a realização dos investimentos pelo setor privado.

Trata-se, portanto, de um mecanismo contratual bastante eficiente, cuja implementação visou incrementar a sistemática administrativa tradicional e suprir a incapacidade de investimentos estatais, de modo a fomentar a participação do setor privado em projetos de interesse público e propiciar o desenvolvimento do país.

Sendo um instituto bastante recente, porém – considerando que se passou pouco mais de um ano desde a edição da Lei 11.079, editada em 30.12.2004 – seus efeitos jurídicos ainda

não foram integralmente delineados, principalmente em função de sua pouca aplicabilidade, já que os projetos de PPPs ainda encontram-se em fase embrionária no contexto nacional.

Ademais, em que pese a eficiência desta nova modalidade contratual, uma efetiva anulação dos riscos – econômicos, políticos, ambientais, etc. – que porventura possam incidir sobre o desenvolvimento do empreendimento demanda-se a implementação de uma regulamentação detalhada, por meio da qual as responsabilidades de cada parceiro estejam claramente delimitadas e os riscos devidamente compartilhados.

Assim é que, somente por meio de um exaustivo marco regulatório é que se poderá verificar o efetivo cumprimento das metas contratuais, a fim de evitar maiores subjetivismos e discricionariedades por parte dos contratantes, e, conseqüentemente, assegurar-se o sucesso das PPPs.