

## **Parcerias Público-Privadas**

**Aluna: Jordana Batista Fontes**

**Orientador: Manoel Messias Peixinho**

### **As Parcerias Público-Privadas no Direito Estrangeiro e no Brasil: Instrumento de Concretização de Políticas Públicas e de Direitos Fundamentais**

#### **Introdução**

Tanto no direito estrangeiro quanto no brasileiro, é possível conceituar de forma ampla as parcerias público-privadas. No primeiro caso, as PPP significam “toda e qualquer” parceria entre um ente público e um privado, visando realizar projetos de interesse público com vantagens para ambas as partes. Já no direito brasileiro, é o contrato celebrado entre Administração Pública e pessoa privada para viabilizar realização de projetos de interesse social, recebendo o parceiro privado, em contrapartida, remuneração.

#### **Histórico das Parcerias Público-Privadas no Direito Estrangeiro**

Historicamente as parcerias público-privadas são justificadas pela escassez de recursos por parte da Administração para financiamento de grandes obras públicas destinadas à população de baixa renda. Diante disso, a união entre entes privado e público, proporcionaria a possibilidade de realizações desses projetos com mais eficiência, visto que o setor privado detém meios mais ágeis para tanto.

Além disso, segundo Gregory C. Shaffer, “as demandas cada vez mais complexas num mundo em crescente transformação exigem que governos passem a delegar funções tradicionalmente públicas a setores privados. Os estados deixaram de ser produtores de bens e serviços para terem um papel mais regulador e fiscal da economia e do mercado”.

## **Conceito de Parcerias Público-Privadas**

As PPP propõem a cooperação entre os entes público e privado para efetivar a prestação de serviços com utilidade pública, tendo as duas partes vantagens econômicas ou sociais.

O que diferencia o instituto em questão da privatização estatal, é que, no primeiro caso, a responsabilidade final pela entrega do serviço pertence ao ente público, enquanto que na privatização, é o setor privado quem se responsabiliza pela entrega. No entanto, nesse último caso, apesar do responsável pelo serviço ser o parceiro privado, o ente público não pode ser indiferente à qualidade dos serviços prestados já que a empresa determinada para a realização do serviço foi escolhida mediante concorrência.

Diante disso, ao contrário das privatizações, o parceiro público tem total controle de comando do projeto, ao passo que o papel do setor privado se resume na disponibilidade do capital.

## **Elementos Básicos**

### **1) Prazo contratual**

Nos contratos de PPP estrangeiros, assim como no Brasil há a exigência de um longo prazo, sendo no primeiro caso de 15 a 30 anos, e no segundo de 5 a 35 anos, conforme artigo 5º, I da lei 11079/04.

### **2) Remuneração do parceiro privado**

Ao contrário do Brasil, no direito estrangeiro o pagamento não é feito até a entrega do projeto.

### **3) Risco do empreendimento**

No estrangeiro, os riscos do empreendimento pertencem ao setor privado, enquanto que no Brasil, os mesmos são partilhados entre os dois setores.

#### **4) Financiamento do empreendimento**

No direito brasileiro há possibilidade de financiamento do setor público durante a execução do projeto, ao contrário do que ocorre no direito estrangeiro, em que não é provido nenhum recurso durante a construção.

#### **5) Transferência do controle do serviço**

Para o direito estrangeiro, deve haver transferência por parte do setor público de ativos e recursos necessários para a prestação do serviço.

### **Tipos de Parceria Público-Privadas**

#### **1) Build Operate Transfers**

Financiamento e construção do projeto sob responsabilidade do setor privado, tendo o setor público, posteriormente, o controle formal.

#### **2) Build Own Operate**

Nessa modalidade de PPP os contratos tem caráter perpétuo, já que tanto o controle, quanto o financiamento e a construção se concentram no setor privado.

#### **3) Leasing**

A principal característica desse tipo de contrato é que parte do risco pertence ao setor privado.

#### **4) Joint Ventures**

Os dois setores têm atuação conjunta, buscando vantagens para ambas as partes. No entanto, a individualidade de cada setor permanece e não há transferência dos riscos para o setor privado.

#### **5) Operations or management contracts**

Envolvem parcialmente o setor privado na realização de projetos, como o exemplo de um serviço prestado.

## **6) Cooperative arrangements**

Caracterizam-se pela informalidade dos acordos.

### **Características Gerais das Parcerias Público-Privadas**

- 1) Pactuantes
- 2) Relacionamento entre os parceiros
- 3) Obrigações
- 4) Compartilhamento de riscos e responsabilidades
- 5) Continuidade

### **Características Específicas das Parcerias Público-Privadas**

- 1) Tipologia
- 2) Foco no serviço
- 3) Custo operacional
- 4) Inovação
- 5) Alocação dos riscos

### **Pressupostos para a Implantação das Parcerias Público-Privadas**

- 1) Vontade política
- 2) Estrutura legal adequada
- 3) Adequação do projeto
- 4) Ambiente adequado
- 5) Valor do dinheiro
- 6) Segurança jurídica

## **Benefícios e Problemas no Uso de Parcerias Público-Privadas**

Conforme Manoel Peixinho as PPP facilitam projetos de grande vulto, como os de infraestrutura, já que o setor privado detém meios mais ágeis para a sua realização, além de limitarem o risco decorrente do atraso, visto que o mesmo setor contrai uma obrigação de resultado. Um outro benefício exposto pelo autor é o do valor do dinheiro, conseguido por meio de alocação eficiente dos riscos. Além disso, como o projeto é financiado pelo setor privado, não há dependência da dívida pública para tanto. Por fim, esse projeto também incentivaria novos investimentos e minimizaria os custos do Estado.

No entanto, apesar dos benefícios citados, há a existência de determinados contras para a implementação das parcerias, como a dificuldade na elaboração de uma boa relação custo/eficácia no pacote financeiro.

### **As Parcerias Público-Privadas no Brasil**

Depois da análise das parcerias nos direitos do Reino Unido, Estados Unidos, Austrália, França, Coréia do Sul, Espanha, Portugal, Holanda, África do Sul e Chile, o autor se dedicou à análise das PPP no direito brasileiro.

A primeira consideração diz respeito ao surgimento das parcerias no Brasil, como uma forma de ampliar a capacidade estatal de investimentos em setores de essencial importância para o desenvolvimento do país. Além disso, os contratos de parcerias atraem investimentos privados para setores em que os recursos públicos seriam insuficientes.

### **Objetivos**

As parcerias público-privadas visam consagrar os princípios da eficiência, previsto expressamente no artigo 37 da Constituição Federal, e da supremacia do interesse público.

## **Modalidades Contratuais**

As parcerias público-privadas são uma espécie de concessão que, conforme artigo 2º da lei 11079/04, podem ser divididas em concessão patrocinada ou administrativa. A primeira consiste na concessão de serviços públicos em que é cobrada por parte do setor privado, além da tarifa dos usuários, contraprestação do parceiro público. Já a concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços em que a administração pública é a única usuária direta ou indireta.

## **Repartição dos Riscos e dos Ganhos entre os Parceiros Público e Privado**

Conforme artigo 4º da lei que regula as PPP, o risco entre os parceiros contratantes será dividido. A consequência que decorre disso, é o estímulo que o setor privado terá para firmar um acordo de tamanha proporção. Assim, com os riscos partilhados, além de outras garantias previstas no artigo 8º da lei, o parceiro privado será atraído aos investimentos no projeto, o que gera benefícios para ambas as partes.

## **Conclusão**

Diante do exposto, nota-se que os sistemas de parcerias são definidos pelas partes pactuantes, pelo relacionamento entre os parceiros, pelas obrigações recíprocas, pelo compartilhamento de riscos e responsabilidades e pela continuidade.

A adoção das parcerias facilita a produção de infraestrutura em um curto espaço de tempo, limitam o risco decorrente de atrasos ou de paralisações de construções, além de incentivar novos investimentos e a minimização dos custos do poder público.

No sistema de PPP no direito estrangeiro, é o setor público quem paga pelos serviços prestados pelo setor privado, além de assumir a responsabilidade pela entrega final dos serviços. No entanto, na privatização, ao contrário, o setor privado assume a responsabilidade pela entrega.

## **Parcerias Público-Privadas e os Princípios Constitucionais**

### **Introdução**

De acordo com Maria Lucia de Paula Oliveira e com a lei 11079/04, as parcerias público-privadas consistem em uma forma de concessão que se divide em duas modalidades: a patrocinada (artigo 2º §1º) e a administrativa (artigo 2º §2º). A primeira delas se aproxima do conceito de concessão comum, em que são cobradas, pelo ente privado, tarifas dos usuários. No entanto, se diferencia na medida em que além das tarifas cobradas, há uma contraprestação devida por parte do poder público, que pode ser garantida com base no artigo 8º da referida lei. Já a concessão administrativa consiste na prestação de serviço por parte do ente privado em que a administração pública é a única usuária direta ou indireta.

No que tange aos princípios fundamentais, de real importância seria a adequação das parcerias público-privadas a esses pilares inseridos no artigo 1º da Constituição Federal, justamente pelas parcerias se tratarem de políticas públicas e, por isso, devem atender aos objetivos previstos no artigo 3º da Lei Suprema. Por conta disso, para as hipóteses em que as PPP sejam utilizadas com finalidades distintas das constitucionalmente previstas, deve ser exercido o controle judicial.

### **Parcerias Público-Privadas e os Princípios Fundamentais**

Um dos objetivos fundamentais da Constituição, constituído através dos princípios da dignidade da pessoa humana e da capacidade contributiva, é a realização da solidariedade social, em que as PPP ajudam a consagrar a medida que, conforme exposto pela autora na página 55, “podem ser uma novidade importante para se homenagear o princípio da solidariedade, sem que se tenha que adotar tarifas redistributivas, já que com elas há a possibilidade do custeio total ou parcial pelo poder público, havendo ainda previsão de mecanismo de vinculação de recursos públicos a esse custeio. Com isso, assegurar-se-ia que os recursos públicos, de origem tributária, sejam realmente destinados ao custeio da efetivação de políticas públicas que concretizem a solidariedade social”.

Assim como o princípio da solidariedade social, é também objetivo fundamental o desenvolvimento nacional. Diante disso, as PPP também podem contribuir para esse fim, já que ajudam a efetivar um projeto de natureza social e econômica, conforme o artigo 4º da lei 11079/04.

## **As parcerias Público-Privadas e os Princípios de Ordem Econômica**

Nos termos do artigo 2º § 2º da lei 11079/04, a concessão administrativa é a única usuária, direta ou indireta, dos serviços prestados. Diante disso, há quem questione a constitucionalidade desse tipo de concessão, visto que, conforme o parágrafo único, inciso II, do artigo 175 da Constituição, a política tarifária de cobrança dos usuários seria considerada pressuposto para esse tipo de contrato.

No entanto, no entender de Maria Lucia Oliveira, o princípio da eficiência, principal objetivo das PPP, inserido no artigo 37 da CF, serve como forte argumento constitucional para negar a inconstitucionalidade da concessão administrativa.

## **As Parcerias Público-Privadas e os Princípios Constitucionais da Administração Pública**

### **1) Princípio da legalidade**

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” é o que está previsto no artigo 5º, inciso II da CF. Assim, ao cidadão é permitido praticar qualquer ato que não esteja proibido por lei, sob o fato de que se algo não está proibido é porque é permitido. No entanto, no que tange a administração pública, isso não se aplica. Ao Estado só é permitida a execução de determinado ato se previamente permitido por lei. Assim, de acordo com o artigo 175 da CF, as PPP estão perfeitamente de acordo com o princípio da legalidade, já que se tratam de política pública reservada pela lei 11079/04.

### **2) Princípio da impessoalidade**

A impessoalidade pressupõe a igualdade, a não discriminação entre os administrados. Consiste na neutralidade administrativa, sempre com o objetivo de garantir a atenção aos interesses públicos. Por conta disso, as parcerias público-privadas devem ter especial atenção ao princípio da transparência em todos os aspectos do contrato, visto que esse princípio decorre intrinsecamente da impessoalidade.

### **3) Princípio da moralidade**

A moralidade consiste na idéia de justiça, de honestidade, de probidade que deve ser decorrente da administração pública. Em respeito a esse princípio, a lei que regulamenta as parcerias público-privadas, 11079/04, em seu artigo 4º, prevê as diretrizes que devem orientar a contratação.

### **4) Princípio da publicidade**

O princípio da publicidade está intimamente ligado ao princípio democrático. Isso porque, é justamente através da publicidade que os cidadãos podem ter acesso aos atos administrativos e ter, com



isso, o poder de fiscalizá-los para efetivar o princípio da responsabilidade pública. Em atenção a isso, o artigo 10, inciso VI da supracitada lei das PPP, prevê medidas para a divulgação em rede pública da justificativa para a contratação da parceria.

**5) Princípio da eficiência**

A eficiência, prevista expressamente pelo artigo 37 da Constituição Federal, consiste na base da contratação das parcerias público-privadas. É visando políticas públicas mais eficientes que se atinge mais facilmente o interesse da coletividade.

**6) Princípio da subsidiariedade**

Como se sabe, a administração pública tem como base o princípio da eficiência. Com isso, as PPP não serão aplicáveis se houver meio mais eficaz para a prestação do serviço. São, portanto, contratações feitas subsidiariamente.

**7) Princípio da responsabilidade fiscal**

Segundo a autora, é justamente pelo fato das PPP dispersarem e fragmentarem as decisões governamentais, aumentando a dificuldade de fiscalização, que a lei que regula o instituto previu em seu artigo 4º a responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias.

**8) Princípio da indelegabilidade**

O artigo 4º da lei 11079/04, pretendeu estabelecer limites aos objetos contratados pelas PPP. Diante disso, as atividades que são exclusivas do estado são indelegáveis e, por isso, não são passíveis de de contrato de parcerias.

**9) Princípio da licitação**

Conforme exposto nos artigos 10 a 13 da lei que regula as PPP, a licitação, exigida pela CF em seu artigo 37, inciso XXI, é plenamente aplicável à contratação das parcerias público-privadas.

**10) Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade**

Esses princípios são considerados norteadores dos atos administrativos, que nomento da contratação das parcerias devem estar de acordo com as diretrizes previstas no artigo 4º da lei 11079/04.

**Conclusão**

Diante do exposto, a autora Maria Lucia de Paula Oliveira conclui afirmando que diante da conformação das parcerias público-privadas com os princípios fundamentais e com os da administração pública, pode-se dizer que tais parcerias fazem parte de um Estado liberal democrático, que busca a eficiência econômica, política e social.

# **Contratos Administrativos Nos Estados Unidos**

## **Sistema Regulatório de Aquisições Federais**

Somente em 1981, pela primeira vez no século, começaram os esforços a fim de uniformizar o crescimento da regulamentação em torno dos contratos com o governo. Por conta disso, em 1988 o Direito Público estabeleceu um Conselho Federal de Regulamentação de Aquisição, que é composto por quatro membros. Estes são responsáveis (i) pela aprovação ou desaprovação da regulamentação dos contratos em cada uma das suas próprias agências; (ii) pela redução de burocracia e, finalmente, (iii) por evitar a constante revisão dos regulamentos.

O Regulamento de Aquisição Federal (FAR), que faz parte do sistema federal de aquisições em conjunto com órgãos reguladores, foi criado pelo Departamento de Defesa e da Administração de Serviços Gerais, sob a direção do Serviço Federal de Política de Compras e atualmente é codificado no Capítulo 1 do Título 48 do Código de Regulamentos Federais.

Vale ressaltar que o FAR é aplicado a todas as aquisições, o que inclui contrato com fundos apropriados de fornecimentos ou serviços para uso do Governo Federal por meio de compra ou arrendamento.

O FAR é guiado por alguns princípios, e o principal deles consiste no trabalho em equipe, em que os participantes devem ter iniciativa própria e tomar decisões acertadas, além de tomar frente no caso de uma estratégia específica não tiver sido abordada no FAR, na lei, em ato normativo ou em outro regulamento.

Embora a declaração de princípios orientadores do Sistema de Aquisição Federal seja inconsistente no que tange aos desvios de regras (como uma política, prática ou procedimento incompatível com o FAR), existe um tipo de controle estrito definido para evitar justamente que esses desvios se concretizem.

No que diz respeito às revisões do FAR, elas são realizadas através da ação coordenada do Conselho de Defesa do Regulamento de Aquisição e do Conselho de Aquisição da Agência Civil. Cada conselho tem conhecimento sobre determinadas partes do FAR e é responsável por ajustar sua própria revisão com a do outro. Posteriormente, as informações deverão ser submetidas ao secretariado do FAR para que seja publicado no Registro Federal um aviso solicitando comentários sobre a revisão proposta. A importância da publicação nesse registro é que ela dá aos regulamentos força e efeito de lei.

Apesar de normalmente nos Estados Unidos nem todas as leis estarem reunidas, o FAR se utilizou de um código, com o fim de uniformizar políticas e procedimentos para aquisição pelas agências executivas.

O FAR prevê que um diretor de agência pode emitir ou autorizar a emissão de normas de aquisição de agência que implemente ou complemente o FAR. Tais implementos ou complementos incorporam, junto com o FAR, procedimentos, cláusulas contratuais, e as disposições que regem o processo de contratação. Além disso, a relação entre agências e prestadores de serviços é controlada por eles e devem ser também publicados no Registro Federal.

São considerados desvios do FAR a realização de ações de aquisição que sejam incompatíveis com o FAR ou que não foram autorizadas por ele. No entanto, se a justificativa é o desenvolvimento e teste de novas técnicas e métodos de aquisição, o FAR dispõe que o desvio pode ser concedido. Assim, a agência deve propor uma revisão adequada ao FAR se o desvio afetará mais de um contrato e se for para ser usado como base para futuras contrataçãoe

Diretor de contratação é o nome dado à pessoa que executa ou rompe um contrato em nome do governo.

Atualmente, para os diretores de contratação pode ser delegada, pelos chefes de agências, apenas micro-compras. Assim, seu poder é limitado na medida da autoridade delegada a eles. No entanto, depois de assegurar que todos os requisitos de lei, decretos ou outros regulamentos foram cumpridos, os diretores tem autoridade para vincular o governo a comprar acima do limite de micro-compra.

Este cargo tem a responsabilidade de assegurar o cumprimento dos termos do contrato, salvaguardar os interesses dos Estados Unidos, além de assegurar que os contratantes recebam tratamento imparcial, justo e equitativo.

Quando eles estão convencidos sobre a prática de atividades impróprias, os diretores de contratação têm poder discricionário de rescindir um contrato. Assim, uma concessão indevida pode ser rescindida por conveniência, ou cancelada, se for ilegal.

Por conseguinte, o cancelamento é reservado para os contratos ilegalmente firmados, resultado da violação dos requisitos legais ou regulamentares. Isso é o que determina a doutrina da "ilegalidade palpável", ou seja, contrato que foi apenas indevidamente negociado não nos leva à conclusão, ainda, que o contrato deve ser cancelado.

Outras exigências feitas por regulamentação é a de determinações e de apontamentos, que consistem na aprovação por escrito por um funcionário autorizado. Os apontamentos são declarações de fatos ou fundamentos essenciais para apoiar a determinação e cobre cada exigência do estatuto ou regulamento. Assim, as determinações são consequência dos apontamentos.

**Referências Bibliográficas:**

- 1) PEIXINHO, Manoel Messias. Marco Regulatório das Parcerias Público-Privadas no Direito Brasileiro. Lumen Juris, 2010, p. 1-51
- 2) OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. Marco Regulatório das Parcerias Público-Privadas no Direito Brasileiro. Lumen Juris, 2010, p. 53-69
- 3) KEYES, W. Noel. Government Contracts. Thomson West, 4<sup>th</sup> Ed, p. 1-39