Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 2 – maio/junho/julho de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: breves comentários

Prof. José Eduardo de Alvarenga
Professor Mestre em Direito Político e Econômico,
Professor da FGV-Direito-Rio, Procurador do
Estado de SP, aposentado.

1. INTRODUÇÃO

Embora o projeto de lei 2546/2003, versando sobre as Parcerias Público-Privadas, tenha tramitado pouco mais de um ano, recebeu cerca de 500 emendas, o que demonstra que se trata de um tema sensível no direito brasileiro. Finalmente, em 30 de dezembro de 2004, o projeto, já bastante modificado, foi transformado na lei 11.079.

A modalidade de ajuste entre a Administração pública e os particulares preconizada pela nova lei não é novidade na prática administrativa brasileira. Inúmeros são os exemplos de parcerias que foram e são feitas, embora não com esse nome. E isto desde os tempos do Império, em que, por exemplo, as ferrovias públicas eram financiadas por acionistas privados. Negócio que se revelou tão satisfatório que as ferrovias do Brasil tiveram um impacto econômico superior ao obtido nos Estados Unidos.

Do ponto de vista normativo, também a nova lei não constitui novidade. A criação de normas gerais para essa modalidade de contrato administrativo pode dar a impressão de que normas não existiam, o que não é verdade. O que mais se fez foi flexibilizar a legislação existente afastando, aqui e ali, esta modalidade de contrato das regras gerais de direito público, aproximando os contratos – tanto quanto possível – das regras de direito privado.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO: 1997.75-76) discutiu a necessidade de se transpor a expressão parceria para o direito público, quando já existe a colaboração entre o setor público e o privado, hipóteses em que entidades não-estatais participam das atividades estatais de índole econômica e com o objetivo de lucro, como ocorre na concessão e na permissão de serviço público.

Como deixa claro o artigo 2º da lei, "Parceria Público-Privada" é contrato administrativo de concessão, que já existia.

Assim, passamos a ter quatro diferentes formas de delegação da prestação de serviços públicos a particulares: a "concessão de serviço público" (denominada pela nova lei de "concessão comum"); a "concessão de serviço público precedida de obra pública", a "permissão de serviço público" (cuja natureza ainda é objeto de acesos debates em doutrina) e a "parceria público-privada".

A parceria público-privada não é novo gênero de concessão. Dependendo do objeto, será uma "concessão de serviço público" ou uma "concessão de serviço público precedida de obra pública". A inovação trazida pela nova lei é a peculiaridade de haver contraprestação pecuniária do parceiro público, que se soma às tarifas cobradas do usuário.

Estes breves comentários visam convidar o leitor a refletir sobre essa modalidade de ajuste administrativo, aprofundar os estudos e tirar suas próprias conclusões.

2. O NOME E A COISA

Em que pese desnecessário o enriquecimento do vocabulário jurídico pátrio com a expressão "parceria público-privada", é compreensível a adoção do nome, como tática de *marketing* político e econômico. Tal e qual aconteceu anteriormente com algumas autarquias criada com o nome de "agências reguladoras".

Aqui – conforme consta da exposição de motivos – o procedimento procura adaptar o que teria alcançado "grande sucesso" (PAZIM et al.:2003) em países como a Inglaterra, Irlanda, Portugal e África do Sul. Um estudo não muito aprofundado das experiências britânica, portuguesa, sul africana e outras, mostra estas experiências não são sucesso tão grande assim e que já amargam prejuízos decorrentes da inexperiência e os sofrem adaptações numa tentativa de salvação do que já foi começado. O exemplo português, sobre o qual falaremos mais adiante, é emblemático. De todo modo, importou-se e se adaptou o modelo e com ele o nome: *Public Private Partnership*, ou seja: parceria público-privada.

Ainda na exposição de motivos encontra-se a afirmação de que o projeto de lei foi elaborado com o objetivo de adaptar o atual marco legal (outra expressão importada) de contratação (Lei nº 8.666/93) e de concessão de serviços públicos (Leis 8.987 e 9.074, ambas de 1995).

A parceria pode servir a variados objetivos de serviços públicos e particulares pelos instrumentos da concessão e da permissão de serviço público:

a) forma de delegação da execução de serviços públicos a particulares pelos instrumentos da concessão e da permissão de serviço público;

b) meio de fomento à iniciativa privada de interesse pública, efetivando-se por meio de convênio ou contrato de gestão;

c) forma de cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública pelo instrumento da terceirização (contratos de obras e serviços, por meio de empreitada);

d) instrumento de desburocratização e de instauração da chamada Administração Pública gerencial, por meio de contratos de gestão.

(DI PIETRO:1999). Ressalvada improvável profecia, Maria Silvia Zanella Di Pietro descreveu as parcerias público-privadas seis anos antes da inauguração do nome.

Insistimos que à primeira vista, poder-se-ia ter a idéia de que Parceria público-privada é uma nova espécie contratual. Não é. É um novo regime jurídico para *determinadas* espécies contratuais já existentes em nosso Direito Administrativo.

Contratos de obras públicas realizadas sob a égide desta Lei 11.079/04, continuam a ser contratos de obra pública, bem como, as concessões de serviços públicos continuam a ter a mesma natureza. A ressalva é que, quando submetida ao regime jurídico desta lei, terão regras especiais.

Não se cria com esta lei um novo tipo de contrato, não há um Contrato de Parceria Público-Privada, como parte da doutrina equivocadamente afirmou. Há, sim, um contrato de concessão sob o regime jurídico de parceria público-privada, ou seja, há um regime jurídico excepcional que traz novas regras e novas situações de disposição sobre contratos de concessão cuja tipologia já se encontra definida no Direito Administrativo brasileiro.

3. O PARADIGMA ADOTADO PELO BRASIL.

3.1. O EXEMPLO BRITÂNICO.

A experiência do Reino Unido tem como base projetos desenvolvidos sob uma fórmula denominada *PFI - Private Finance Iniciative* (iniciativa para o investimento privado), na qual o setor público mantém a responsabilidade pela provisão de parte dos serviços. Na modalidade, o governo contrata com o setor privado para a oferta de serviços cujo retorno social excede o retorno privado (por exemplo, o setor privado constrói um hospital e o setor público fornece os médicos e pessoal).

O conceito de *PFI* foi introduzido no Reino Unido em 1992. Inicialmente os objetivos, que eram de aumentar os investimentos nas áreas sociais, como a saúde, foram frustrados por falta de planejamento, excesso de projetos simultâneos e pressa na execução dos projetos. Estes problemas, que

desembocaram em casos de enriquecimento ilícito, renegociações contratuais duvidosas, serviços de má qualidade e aumento abusivo de tarifas e atrasos no metrô de Londres. O que fez o governo britânico fazer alguns ajustes e incluir mecanismos de controle estatal mais rigoroso para retomar o rumo das parcerias, desta feita com mais cautela.

3.2. O EXEMPLO PORTUGUÊS.

Em seminário realizado no Rio de Janeiro, em 13 de novembro de 2003, Álvaro Costa e Cecilia Silva, da Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto apontaram algumas das dificuldades que vêm sendo constatadas no modelo português de PPP: considerando que o investimento em projetos rodoviários (*SCUT*- sem custo para o utilizador), os investimentos sob a forma de PPP, por exigirem prazos longos de amortização, que passam de uma geração, é necessário um imenso e perene consenso político, para garantir a execução dos projetos e incentivar o investimento privado. Além disso, a adoção exige rigoroso estudo das desvantagens e riscos ambientais, expropriações, modificações unilaterais pelo concedente, preservação do patrimônio histórico, etc.

O modelo entrou em crise também financeira. As despesas que o Estado deverá enfrentar em 2005 é da ordem de 500 milhões de euros e em 2007 passará para 800 milhões de euros, o que representa 40% mais do que é o atual orçamento do Instituto de Estradas de Portugal para a construção e manutenção de todas as outras estradas. A despesa é o que o Estado tem de pagar aos consórcios formados por construtoras e bancos titulares de sete concessões: Norte Litoral, Interior Litoral, Grande Porto, Costa de Prata, Beiras Litoral e Alta, Beira Interior e Algarve.

A solução que se apresenta é a introdução da cobrança de *portagem* (pedágio) nessas estradas. Com evidentes e constatados reflexos políticos, principalmente porque essas auto-estradas cortam regiões densamente povoadas e a reação ao pedágio no trânsito de vizinhança é grande.

Com base nas experiências da Europa, a Comissão Européia (da U.E.), em suas *Diretrizes para Parcerias Público-Privadas bem-sucedidas* (SEMINÁRIO DE BRUXELAS: 2002), enfatiza riscos que podem ser difíceis de especificar antecipadamente nas condições contratuais: 1. Risco de demanda ou volume; 2. Elementos do risco do processo legal; 3. Estruturas e mecanismos de pagamento; 4. Custos de manutenção afetados pela demanda ou pelo volume de utilização; 5. Propostas de financiamento; 6. Cláusulas de remuneração e rescisão e 7. Risco de mudança na legislação.

Na afoiteza de dourar a pílula para os investidores, a lei brasileira não procurou adotar mecanismos que possam solidamente evitar os mesmos problemas enfrentados pelo Reino Unido e Portugal, entre outros, nem de correção das eventuais dificuldades que poderão decorrer dos fatores apontados nas Diretrizes do Seminário de Bruxelas, com base em experiência concreta, três anos antes da lei brasileira.

4. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E AS PARCERIAS

A colaboração entre o público e o privado é tratada na Constituição brasileira em várias oportunidades. Por exemplo:

1. O artigo 194 prevê a participação da sociedade e dos poderes públicos nas iniciativas referentes à seguridade social;

2. O artigo 197 estabelece que as ações e os serviços de saúde devem ser executados diretamente ou através de terceiros e também por pessoa física ou jurídica de direito privado;

3. O artigo 199 afirma que a assistência à saúde é livre á iniciativa privada, embora saúde seja definida como serviço público essencial;

4. O artigo 204 prevê para a assistência social "a participação da população por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis".

Assim, como já era possível – e de longa data - nos regimes de contratação existentes, parcerias público-privadas são possíveis no nosso sistema constitucional.

5. O CONTEXTO ECONÔMICO

Os compromissos assumidos pelo Brasil com os organismos internacionais, dentre eles o de atingir expressivo superávit primário, não permitem praticamente nada em termos de investimento. O fato é que o país não tem poupança interna para financiar investimentos nem credibilidade externa para obter recursos de longo prazo para infra-estrutura.

O modelo das parcerias público-privadas procura seguir fórmulas preconizadas pelas instituições financeiras multimalerais, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Interamericano de Desenvolvimento. Estes organismos têm induzido países em desenvolvimento a beneficiarem, cada vez mais, empresas privadas, a maior parte delas de capital estrangeiro, especialmente na exploração de serviços públicos potencialmente lucrativos. O apoio às PPP vem mencionado expressamente nos documentos do Banco Mundial (WORLDBANK: 2005) com relação ao Brasil, no chamado *Documento de Assistência ao Brasil 2004/2007,* enfatizado como importante alvo de reformas preconizadas pelo Banco no *Primeiro Empréstimo Programático para o Crescimento Eqüitativo e Sustentável,* oferecido ao Brasil e anunciado em 19 de fevereiro de 2004.

Coerente com a sua doutrina, o Banco Mundial e o BID destinam parcelas de suas carteiras ao setor privado no Brasil, com recursos de entidades como a IFC (International Finance Corporation) e a MIGA (Multilateral Investment

Garantee Agency), ambas do Grupo Banco Mundial e o PRI (Departamento do Setor Privado do BID). Em abril de 2003, essas carteiras previam destinar ao setor privado, no Brasil, 17 bilhões de dólares.

Emblematicamente, o Plano Plurianual do Brasil, para o mesmo período (2004-2007), insere as parcerias público-privadas e prevê recursos para elas. O Brasil padece de uma doença que vai se tornando crônica que é a sua incapacidade de suprir as demandas sociais cada vez maiores, por absoluta falta de recursos. A fórmula, entretanto, é uma incógnita que só o futuro longínquo poderá se é correta ou não.

6. O CONTEXTO HISTÓRICO

Para os que não acompanharam mais atentamente a evolução do processo que desembocou nas parcerias público-privadas brasileiras, cumpre lembrar que ele é uma etapa de um movimento que tem se desenvolvido ao longo de mais de vinte anos, que desdobramos a seguir.

6.1. DESBUROCRATIZAÇÃO (1979)

Instituído por decreto (nº 83740, de 18 de julho de 1979) e revogado pelo decreto 5.378, de 2004, o programa nacional de desburocratização arrolava entre os seus objetivos: 1. “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”; e 2. “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”.

Entretanto, o Relatório de Desenvolvimento 2005 do Banco Mundial divulgado em Washington em 28 de setembro de 2004 (Wor“Um melhor clima de investimento para todos – Sumário”, Washington-DC, 2005) indica que não houveram avanços na vida do vida do empreendedor brasileiro, em matéria de burocracia, significando reais barreiras à atividade empresarial.

Dentre as dificuldades apontadas pelo Banco está o custo burocrático: o registro de um negócio no Brasil requer 152 dias, cerca de três vezes a média mundial. Essa marca só é ultrapassada por Congo, Haiti, Laos e Moçambique. Na Austrália, são necessários somente dois dias. O esforço para fazer valer um contrato requer 566 dias, contra 425 na Índia e 388 na média dos países pesquisados.

6.2. PRIVATIZAÇÃO (ANOS 80)

A partir dos anos 80, o Brasil passa por reformas direcionadas para o mercado, sendo as privatizações um dos seus pilares. Assim como outros países, o Brasil fez uma opção clara pela retirada gradativa da intervenção do Estado na economia. A justificativa tradicional para esta opção é a busca de uma maior competitividade e eficiência, que seria prejudicada pela incapacidade do poder público para administrar empresas. Outras justificativas se relacionam com a crise fiscal do Estado: as privatizações se justificam pela necessidade do Estado concentrar os seus gastos em atividades fins. O que não explica a privatização de empresas rentáveis, que há muito não necessitavam de repasses do tesouro nacional e que, ao contrário, serviram em vários momentos para capitalizar o tesouro e aumentar o nível geral de investimentos no país.

O mais forte argumento é o da capacidade administrativa: enquanto a gestão pública de empresas permite o clientelismo e o favorecimento da burocracia, a gestão privada tem que enfrentar as regras do mercado, regras que por serem impessoais (HAYEK: 1990) impedem a má alocação de recursos e o favorecimento político levando assim a uma maior eficiência geral do sistema. A competição funciona, portanto, como um antídoto para o uso do poder político com o objetivo de manter estruturas econômicas ineficientes.

> *"Em parte como reflexo da crise do Estado, em parte como imposição das atuais regras do jogo globalizado - em que se destacam as políticas de ajuste derivadas da predominância daquilo que se convencionou chamar de pensamento único -, a passagem de empresas estatais para o mercado não encontra obstáculos. (...) Os estudiosos também têm advertido que a generalização das operações de mercado poderá dificultar, ao Estado, num futuro bem próximo, qualquer esforço mais firme para desempenhar funções estratégicas e ditar rumos e limites para a vida econômica. Afinal das contas, não estão sendo privatizadas empresas quaisquer, mas sim aquelas que garantiram o desenvolvimento das economias nacionais até um passado bem recente, empresas que, salvo exceções, cuidavam da produção, organização e prestação de serviços essenciais para o bem-estar da população e a modernização da sociedade. Hoje, tudo isso está cada vez mais sob controle do mercado, com um sensível encolhimento das chances de regulação pública. Abriu-se uma hipoteca para o futuro". (NOGUEIRA: 2005).*

6.3. DESESTATIZAÇÃO (ANOS 90).

A lei 8.031, de 12 de abril de 1990, depois alterada pela leis nº 9.491/97, 9.700/98 e medidas provisórias 2.161-35/2001 e 246/2005) instituiu o Programa Nacional de Desestatização.

A teor dos seus dois primeiros artigos, tal programa visa transferir para a iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público, permitir a retomada dos investimentos nas empresas e atividades transferidas à iniciativa

privada, contribuir para a reestruturação econômica do setor privado e permitir que a Administração Pública concentre os seus esforços nas atividades fundamentais. Participam do bolo das privatizáveis, empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União, serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização, instituições financeiras públicas estaduais e bens móveis da União.

Porém, a tradição burocrática ainda causava estorvo. Aí, já no apagar das luzes dos anos noventa, veio a Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, conhecida como Reforma Administrativa, que intentou substituir o antigo modelo burocrático por uma nova Administração Pública Gerencial, focada nos resultados e não mais no controle rígido dos procedimentos.

6.4. PROJECT FINANCE.

“Project finance” é o conjunto de contratos que envolvem um determinado empreendimento os quais inter-relacionam todos os agentes atuantes e as garantias a eles relacionadas. No “project finance”, o projeto é que comanda as interações entre os vários agentes envolvidos. Um “project finance” é avaliado isoladamente, a salvo de quaisquer influências de seus controladores, ou seja, a rentabilidade e as garantias são fornecidas pelo próprio empreendimento ou projeto. Assim, as garantias reais são substituídas pelos recebíveis.

Um project finance pode ser definido como uma operação integrada na qual os financiadores do projeto esperam obter receitas a partir da operação ou expansão do empreendimento intensivo de capital, com vistas à amortização do investimento realizado.

E mesmo antes da introdução oficial das parcerias público-privadas já ensaiava os seus primeiros passos nos negócios públicos brasileiros.

6.5. PPP – PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA.

Por definição, na parceria público-privada (PPP), compete ao parceiro privado levantar recursos necessários aos investimentos iniciais no projeto, como a construção da infra-estrutura exigida para a prestação dos serviços contratados e as despesas pré-operacionais em geral. Ao Estado, cabe pagar pelos referidos serviços conforme o desempenho do parceiro privado ao longo da vigência do contrato de PPP, que no Brasil pode chegar a 35 anos (o mínimo possível é 5 anos).

O investidor pode empregar recursos próprios na realização dos investimentos necessários ao projeto, constituindo a sociedade de propósito específico (SPE) exigida pela lei federal para explorar a PPP, com capital 100% próprio ou em sociedade. O investidor também pode buscar financiamento externo em bancos, agências multilaterais ou de fomento à exportação - incluindo

o Banco Mundial (Bird), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), fundos de pensão, fundos de investimento ou no próprio mercado de capitais, através de instrumentos como as debêntures, os "commercial papers" ou "notes" emitidos no exterior. Financiamentos de maior envergadura muitas vezes são estruturados na forma de project finance, em que os acionistas da sociedade de propósito específico não se responsabilizam pessoalmente pelo repagamento do empréstimo, contando o financiador tão somente com garantias sobre as receitas e demais ativos de propriedade da SPE. A lei federal sobre as PPPs previu que as indenizações por término antecipado do contrato de PPP, por caducidade ou encampação podem ser pagas aos financiadores, o que indica que a sociedade de propósito específico pode dar empenhar este direito ao financiador. Previu ainda que o Estado pode emitir empenhos e realizar pagamentos diretamente ao financiador, inclusive quando tais pagamentos forem efetuados por intermédio de fundos.

Em apertado resumo, os principais aspectos distintivos entre a nova lei brasileira e as outras que já versavam sobre as mesmas matérias, estão na contraprestação ao parceiro privado (artigos 2º, § 1º, 5º, IV, VI, X, § 1º, 6º, 7º, 8º) na criação de sociedade de propósito específico (art. 9º) nos aspectos funcionais da concorrência (arts. 10 e 12) na instituição ou utilização de fundos especiais, livres de contingenciamento orçamentário e blindados contra as regras gerais de crédito público (arts. 8º, II, 16 a 21) Patrocínio público de concessão até o limite de 70% (setenta por cento) sem autorização legislativa (art. 10 § 3º) e a execução direta dos créditos do parceiro privado (art. 18 § 4º) e o emprego preferencial de mecanismos extra-judiciais de resolução de conflitos (art. 11, III).

7. FINANCIAMENTO PÚBLICO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA.

O capital público a ser investido nas PPP não pode, em princípio, ser superior a 70% (setenta por cento) do valor total dos recursos a serem investidos no projeto, limite válido para todas as operações de crédito com recursos de empresas públicas e de sociedades de economia mista controladas direta ou indiretamente pela União. Em princípio, porque nas áreas da região norte e nordeste onde o Indice de Desenvolvimento Humano – IDH for inferior à média nacional, a participação pública pode chegar a 80% (oitenta por cento). Quando houver participação de entidades fechadas de previdência complementar, também a soma pode atingir 80% (oitenta por cento). Havendo combinação dos dois fatores (IDH inferior à média nacional + participação de entidade fechada de previdência complementar) o limite será de 90% (noventa por cento).

Para que não cause perplexidade, convidamos o leitor a retornar ao item III.5, onde afirmamos que “por definição, compete ao parceiro privado levantar recursos...” Por definição: a nosso ver a lei negou a definição. Mas de todo modo, investir o Estado até 90% dos recursos é uma opção que não impede que o parceiro privado arque com a maior parte ou até o total dos investimentos. O fato não desnatura o chamado contrato administrativo de concessão patrocinada. O

que caracteriza a concessão patrocinada é a remuneração parcial ou total dos serviços que vierem a ser prestados, pelos cofres públicos.

8. AS PPPs. E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL.

Os projetos de parceria público-privada devem estar de acordo com a LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias, LOA - Lei Orçamentária Anual e PPA - Plano Plurianual. As despesas de qualquer dos entes federativos com as PPP foram limitados a 1% (um por cento) da receita corrente líquida de cada ano. No caso dos Estados, Distrito Federal e Municípios, o cumprimento deste limite condiciona as transferências voluntárias de recursos da União para esses entes. Além disso, Estados e Municípios que descumprirem a regra, ficam impedidos de obter do Tesouro Nacional garantias em operações de crédito. A responsabilidade fiscal está expressa no artigo 4º. , inciso IV da Lei.

9. AS GARANTIAS PARA O INVESTIDOR.

É evidente que ao investidor privado não tem sido suficiente a garantia constitucional e legal do pagamento das dívidas públicas. O resultado é que, tendo o objetivo de atrair investidores, a lei cercou o contrato de outras garantias, nunca antes oferecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Arrolamos:

1. vinculação de receitas, até o limite do inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal;

2. Instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

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

4. Garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

5. Garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.

6. Outros mecanismos admitidos em lei.

Coerente com o mecanismo de garantias, a lei autoriza (art. 16) a União, suas autarquias e fundações públicas a participar, no limite global de R$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais) em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, para garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias.

Como afirmamos em outra oportunidade, comentando o artigo 16 (ALVARENGA: 2005.52-53):

"Sendo o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas de natureza privada, não estará sujeito às regras de direito administrativo, mas às de direito comum. Entretanto, não se pode esquecer que nem todas as matérias envolvidas na parceria se referem a distrios disponíveis, única possibilidade de se utilizar a arbitragem prevista no art. 11, III. Se formos nos aprofundar sobre a natureza jurídica desse fundo, verificaremos que ele é de difícil enquadramento. Será sujeito de direitos e obrigações (§ 1º), terá patrimônio separado do dos cotistas, responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, mas os cotistas não responderão por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integração das cotas que subscreverem (§ 5º). Se for pessoa jurídica – como aparentemente será – deverá assumir algum modelo de pessoas administrativas com criação admitida, pela União, autarquias ou fundações, como previsto no caput. Se for viver dos frutos (conforme § 2º), deverá ser fundação pública de direito privado e dependerá de lei complementar, conforme exigido pelo art. 37, XIX da Constituição".

10. CONCLUSÕES.

Os contratos previstos pela lei 11.079, de 2004, são os mesmos já existentes no ordenamento jurídico anterior: concessão (administrativa ou patrocinada), precedida ou não de obra pública.

A necessidade de uma lei específica para as Parcerias Público-Privadas, no Brasil, se revelou sob os aspectos de garantias para o investidor privado e conseqüentemente flexibilização de recursos públicos, a saber:

10.1. Contraprestação pelo parceiro público é da natureza do contrato. As concessões que comportarem contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado não constituem parceria público-privada.

10.2. A transparência exigida pelo artigo 22 da Lei 8.987/95 ("É assegurada a qualquer pessoa a obtenção de certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões") foi propositalmente suprimida, quando se trata de PPP, pelo artigo 3º da Lei.

10.3. Normas cogentes como eficiência, respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços, indelegabilidade de funções de regulação e jurisdicional, responsabilidade fiscal, transparência, repartição de riscos e sustentabilidade financeira foram substituídas por meras "diretrizes" (art. 4º).

10.4. Contratos para vigência a longo prazo, entre 5 e 35 anos.

10.5. Penalidades fixadas contratualmente, sem qualquer parâmetro legal, nem mesmo "diretrizes";

10.6. Acionamento da garantia sem submissão às regras gerais válidas para todos os credores da Fazenda Pública.

10.7. Possibilidade de vinculação de receitas e instituição de fundos especiais.

10.8. Criação de sociedade de propósito específico (empresa), em que a Administração não poderá deter a maioria do capital votante: quem contratará com a Administração será, em última análise, essa empresa e não a vencedora do certame.

10.9. Estimativa de impacto orçamentário-financeiro para até 35 (trinta e cinco) anos.

10.10. Patrocínio público de concessão até o limite de 70% (setenta por cento) sem autorização legislativa (art. 10 § 3º).

10.11. Supressão do Poder Judiciário brasileiro em matéria de direito público (artigo 11, III).

10.12. Modelo híbrido de licitação, que pode se iniciar com propostas fechadas e continuar com lances de viva voz. (art. 12).

10.13. Possibilidade de saneamento de irrregularidades, antes, durante ou depois da apresentação das propostas, que pode afetar o princípio da igualdade das partes no certame licitatório.

Todas estas questões constituem novidades introduzidas no até então no sistema vigente. Não sendo o contrato de parceria público-privada uma nova espécie de contrato, inova sob os aspectos de contraprestação e de garantias.

É verdade que sem disposições especiais atrativas para os prováveis futuros investidores, o Brasil não vinha conseguindo alcançar os seus objetivos mais ambiciosos. Entretanto, o tempo e os tribunais demonstrarão se o legislador não errou na dose.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALVARENGA, José Eduardo de. *Parceiras Público-Privadas – Comentários à lei brasileira*. São Paulo: Mapontes, 2005.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações Em Geral.*, Vol. I. 10ª ed., Almedina: Lisboa, 2000.

COMISSÃO EUROPÉIA. Seminário de 100 operadores nacionais de 18 países, em Bruxelas, em 4 de julho de 2002. Disponível na internet:

http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm . Acesso em 20.8.2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 32.

HAPP, Dave; LOBINA, Emanuele & MOTTE, Robin de La. *Water Restruturing and Restruturing in Central Europe. Public Services International Reserarc Unit Reports.* Greenchich University, apr. 2003. Disponível na Internet: http://www.psiru.org/reports/2003-03-W-CEENIS.doc. Acesso em 10 de julho de 2005.

HAYEK, Friedrich A. *O Caminho da Servidão*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

KURTZ, Fábio Coutinho, *Parceria Público-Privada (PPP) x Lei de Licitações*, *in:* http://www.migalhas.com.br, acessado em 02.05.2004.

MARQUES, *Direito Económico*, 5.ª Ed. Coimbra: Almedina. 2004

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 11ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 75-76.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. "Privatizações e cidadania", in *Gramski e o Brasil*. Disponível na Internet: http://www.artnet.com.br/gramsci/arquiv155.htm. Acesso em 28.7.2005.

POMBEIRO, António A. Figueiredo B. *As PPP/PFI parcerias público privadas e a sua auditoria.* Lisboa : Áreas, 2003.

SANTOS, António. C., GONÇALVES, M. Eduarda GONÇALVES e MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*, 5.ª Ed. Coimbra: Almedina. 2004

WORLDBANK. Documento de Assistência ao Brasil 2004-2007, disponível na Internet: http://www.obancomundial.org, acesso em 06.07.2005.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

ALVARENGA, José Eduardo. Parcerias Público-Privadas: breves comentários. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível