Número 20 – novembro/dezembro/janeiro - 2009/2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

MECANISMOS DE ATUAÇÃO ESTATAL: AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPs)

Marco Aurélio de Barcelos Silva
Pós-graduando em direito público pela Escola Superior de Advocacia da OAB/MG, aluno do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da UFMG, assessor jurídico da Unidade PPP de Minas Gerais.

INTRODUÇÃO

Ao longo do processo histórico, a esfera de atuação do Estado, isto é, o conjunto de atividades por ele assumidas revela-se variável. Com efeito, ora o Estado concentra seu foco de atuação apenas na manutenção da ordem pública, deixando ao mercado a tarefa de suprir diretamente as necessidades sociais (Estado Liberal); ora ele assume para si essas atribuições, tornando-se, inclusive, detentor de monopólios em searas típicas da atuação privada (Estado Socialista, Estado de Bem-Estar Social).

Nos tempos modernos, com o surgimento dos Estados Democráticos de Direito, costumou-se identificar as funções do Estado, através das quais ele produziria os seus atos e realizações, como estando distribuídas em três esferas de Poder, cada qual com uma finalidade diferente. Tratam-se das funções legislativa, jurisdicional e executiva (ou administrativa) do Estado, correspondentes, respectivamente, ao Poder Legislativo, ao Poder Jurisdicional e ao Poder Executivo.

De um modo preliminar, poder-se-ia afirmar que a função legislativa diria respeito, preponderantemente, à elaboração dos atos legislativos – isto é, à elaboração das leis. Por sua vez, a função jurisdicional e a função administrativa estariam vinculadas à aplicação das leis elaboradas, diferenciando-se ambas pelo fato de a primeira ocorrer mediante provocação, ao passo que a segunda se daria "ex officio".

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a função administrativa – que se confundiria com a expressão "administração pública" tomada em seu sentido objetivo ou material – abrangeria o fomento, a polícia administrativa, o serviço público e, ainda, a intervenção. Todas seriam atividades exercidas por pessoas

jurídicas, órgãos e agentes que – e eis o mais importante: – estariam incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas.[1]

Sem embargo, como destaca a referida autora, as atividades realizadas pela administração pública, quer se trate do fomento, quer dos serviços públicos etc., guardam estrita relação com o atendimento de necessidades coletivas. Por outras palavras, o exercício da função administrativa está necessariamente voltado para a satisfação do interesse público.

Pouco importa, portanto, a dimensão assumida pelo Estado, assim como o conteúdo das atividades por ele implementadas. Tudo teria de estar de acordo com interesses que extrapolam a vontade isolada do administrador. Tudo teria de estar de acordo, enfim, com o atendimento de interesses coletivos, sendo certo que não se afastam desse contexto as Parcerias Público-Privadas.[2] A bem da verdade, Parcerias Público-Privadas – PPPs – podem ser identificadas como um mecanismo de atuação estatal destinado a suprir a crescente demanda da sociedade por melhores infra-estruturas e por serviços públicos mais eficientes, em um ambiente de restrição orçamentária. Neste breve artigo, buscaremos demonstrar, ainda que de modo preliminar, a íntima ligação das PPPs com a oferta de vantagens sócio-econômicas e, em última análise, a sua íntima ligação com o atendimento do interesse público, considerando-se alguns de seus aspectos metodológicos próprios. Aprofunde-se.

1. A EXPRESSÃO "PARCERIA" E A ESPECIFICIDADE DAS PPPS

A expressão "parceria" está ligada à idéia de reunião de pessoas para um fim de interesse comum.[3] Nesse sentido, pode-se afirmar que a articulação entre os setores público e privado, ou seja, a parceria entre ambos, não é uma ocorrência inédita, atribuível exclusivamente à figura das PPPs. Desde há muito, esses setores agem em conjunto, visando à execução de tarefas de interesse público.

Justo por isso, parcerias público-privadas devem ser entendidas como um rearranjo da atuação articulada do Estado e da iniciativa privada, apresentando novos conceitos e uma nova metodologia para direcionar a atuação conjunta dos dois. Mas, de antemão, é importante destacar que PPPs não se confundem com toda e qualquer parceria (considerada no sentido amplo da expressão).

Com efeito, institutos como o da concessão e da permissão, a contratação de serviços de terceiros, as sociedades de economia mista, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, todas poderiam ser tidas como espécies de parcerias, já que são ajustamentos que envolvem a atuação privada na realização de alguma atividade de interesse público.

Esses ajustamentos não necessariamente correspondem à idéia de parcerias público-privadas. Como se verá adiante, para ser uma PPP, é preciso que a articulação entre os setores obedeça a determinados princípios e regras

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 59

[2] Nesse sentido, vale frisar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo quem todo o sistema de Direito Administrativo se constrói sobre os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público pela Administração. (Curso de Direito Administrativo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 48).

[3] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2. ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1986. p. 1269.

que estão, em última análise, na lei. Essa, aliás, é a razão pela qual a instituição de marcos legais sobre a matéria revela-se tão importante, a exemplo do que se fez em Minas Gerais e São Paulo, e a exemplo do que se vem tentando fazer na União.[4]

2. ASPECTOS METODOLÓGICOS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

PPPs são ajustes celebrados entre o Estado e a iniciativa privada visando à oferta de serviços públicos e infra-estruturas à sociedade. Surgidas, originariamente, no Reino Unido, essa modalidade de parceria tem a sua razão histórica de ser.

Ao se falar em uma parceria público-privada, deve-se ter como premissa o fato de que ela somente deve existir quando a sua utilização apresentar alguma vantagem em face dos demais instrumentos de atuação colocados à disposição do Estado. Como foi visto acima, o sentido da expressão parceria pode abranger uma grande variedade de articulações e ajustes entre o setor público e o setor privado, tais como as concessões de serviços públicos, os contratos administrativos para a prestação de serviços, as organizações da sociedade civil de interesse público etc. As PPPs estão inseridas nesse sentido amplo da acepção parceria. Contudo, devem ser focalizadas como alternativa aos demais ajustes administrativos que já existem. Trata-se, nada mais, nada menos, que conseqüência lógica do princípio da razoabilidade. Evidentemente, não há de se tolerar atos cuja consecução venha a ultrapassar a real necessidade para o alcance do objetivo previsto na lei.[5] PPPs, portanto, só devem ser utilizadas pelo Poder Público quando consistam, de fato, na melhor escolha para a satisfação das finalidades visadas. Onde se mostrar mais vantajoso a execução direta pelo Estado, ou a simples concessão ou contratação de terceiros, elas devem prevalecer.

Não obstante, a experiência internacional tem mostrado que as parcerias públicoprivadas oferecem maiores vantagens sócio-econômicas do que projetos realizados nos moldes típicos. Tais vantagens são conhecidas pela expressão inglesa “value for money” (ou valor pelo dinheiro) e isso tem sido, sem dúvida, a grande motivação para adoção de programas de PPPs ao redor do mundo.

Ao contrário do que concebido originariamente, PPPs não servem apenas como um meio para se contornar a inércia estatal gerada pela falta de recursos, permitindo-se a alavancagem de investimento pela iniciativa privada. Há, mais que isso, uma série de fatores que tornam a oferta dos serviços mais barata e, o principal, mais eficiente que a forma tradicional.

Um dos diferenciais encontra-se no objeto da contratação. Nas parcerias público-privadas, mais que uma obra, é contratado um serviço. Pode se dizer que haveria uma grande semelhança com uma concessão precedida de obra pública, embora ambas as figuras não se confundam.

---

[4] O Estado de Minas Gerais adotou esses princípios na lei estadual nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003, que criou o Programa de Parcerias Público-Privadas. São Paulo fez o mesmo, através da lei estadual nº11.688, de 19 de maio de 2003. Na União, tramita um projeto de lei nos mesmos moldes. Trata-se do PL nº 2546/03, atualmente sob análise do Senado.

[5] COELHO, Paulo Magalhães da Costa. Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 29.

Na PPP, o parceiro público contrata a utilidade que pode ser extraída da infra-estrutura implementada. Decerto, uma obra não representa um fim em si mesmo (com execeção das obras de arte). A sua criação dá-se para abarcar um serviço ou alguma atividade relevante. Um hospital, um rodovia ou um aeroporto, por exemplo, após inaugurados, são preenchidos com um sem número de funcionários, móveis e equipamentos, que, em conjunto, provêem uma utilidade de caráter público. Pois seria essa utilidade, em última análise, o que a iniciativa privada seria chamada a cumprir em uma PPP.

Como conseqüência dessa "alteração de objeto contratual", busca-se implementar uma transferência otimizada de riscos e responsabilidades entre os contratantes. O parceiro privado ao assumir a gestão do empreendimento, da infraestrutura, do serviço ou da instalação, torna-se, também, responsável pela gerência dos riscos do negócio – desde que, naturalmente, possa suportá-los.[6]

Esse representa um grande avanço em relação às demais contratações do Poder Público. Nos contratos administrativos, o risco é integralmente suportado pelo contratante. O setor privado é instado a prover, tão somente, a carcaça, o prédio, a construção, abandonando o cenário após o cumprimento do cronograma físico-financeiro.

Disso decorre que o Estado, no futuro, terá de promover uma série de novas contratações destinadas à reforma, manutenção e modernização do ativo construído. Mas se não houver recursos, a estrutura ou o serviço se tornarão obsoletos, deixando de cumprir a finalidade para a qual foram concebidos.

PPP diferencia-se de concessão e permissão, dentre outras circunstâncias, pelo fato de que naquela a Administração Pública pode oferecer ao parceiro privado contraprestação adicional à tarifa cobrada do usuário (leia-se: é possível que a tradicionais atrasos que acontecem nas contratações de obras tradicionais. Com efeito, o contratado é o maior interessado em receber, o quanto antes, a sua remuneração. complementação da tarifa se dê com recursos públicos – seriam os subsídios), e pelo fato de a Administração poder, até mesmo, arcar integralmente com a sua remuneração. As concessões fundam-se na idéia de que o pagamento do operador tem de provir da exploração do serviço.[7] Embora estejam autorizadas outras fontes complementares, acessórias ou de projetos associados,[8] até então nunca se falou em remuneração do contrato com recursos públicos, ao contrário do que prevêm expressamente as PPPs. Essa inovação faz com que a oferta dos serviços chegue nas diversas regiões em que a exploração da atividade concedida não se mostre atrativa, considerando-se a baixa renda dos usuários e o baixo índice de retorno do operador. Esse mecanismo, no entanto, exige que os projetos de parcerias ofereçam maiores garantias ao

[6] Uma das diretrizes básicas das parcerias público-privadas consiste em distribuir os riscos do negócio de acordo com a capacidade que cada parceiro tem em administrá-los. Assim, por exemplo, o risco de manutenção de uma estrada deve ser do parceiro privado - que teria condições de amenizá-lo desde o início de implementação do projeto –, ao passo que o risco da demanda deveria ser afastado da sua esfera de competências já que não estaria sob o seu controle.

[7] O mecanismo contratual que prevê a remuneração por meio da exploração econômica da própria atividade é conhecido como "project finance". "O project finance é uma forma de engenharia financeira que tem um desenho mais voltado para a realização de um fluxo de caixa previsível ou estipulado, calcado nos ativos do próprio projeto." (PASIN, Jorge Antônio Bozoti, BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. Revista do BNDES, nº 20. dez. 2003. p. 187).

[8] Ver art. 11 da lei 8987, de 13 de fevereiro de 1995.

investidor/operador. Um contrato de PPP tem duração muito maior que um contrato de prestação de serviços normal, pois se trata de um empreendimento de longo prazo (35, 45 anos), no qual o investimento do parceiro privado é mortizado ao longo da execução do objeto contratado. Por essa razão, o risco de inadimplemento do contratante acentua-se, sendo certo não haver no Brasil uma tradição política consolidada em se honrar compromissos públicos.

Conseqüentemente, deve-se admitir que as obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato de parceria sejam garantidas mediante a vinculação de receitas, por meio, por exemplo, da constituição de fundos específicos.[9] Ademais, pode-se prever a participação de empresas estatais de fomento para que atuem como garantidoras nos contratos firmados.[10]

Outra característica especial das parcerias público-privadas, e que as diferencia das demais formas de articulação como a simples concessão de serviço público, diz respeito à forma de remuneração do contratado. Os instrumentos comumente utilizados pelo Estado sempre enfatizaram a quantidade dos serviços ou produtos disponibilizados. Ou seja, bastava a simples entrega do serviço e o pagamento respectivo era efetuado. Em uma PPP, porém, mais do que a quantidade, interessa a qualidade. O parceiro privado recebe de acordo com o atendimento de metas pré-definidas no contrato, isto é, de acordo com a sua performance. Contratam-se, então, resultados (número de pacientes atendidos em uma hospital, velocidade média em uma rodovia, número de redução de acidentes etc.), e não, os meios que serão utilizados para tanto – sendo que esses serão de competência do executor do empreendimento. Logo, a forma de implementação do projeto, o seu desenho e a sua estruturação, devem ficar a cargo do operador, para que ele escolha os melhores meios de se atingirem os resultados desejados, agregando ao projeto as suas soluções e a sua expertise. (Trata-se da repartição otimizada de riscos e responsabilidades de que se falou acima). Naturalmente, quem pode prever a melhor maneira de se chegar aos índices de resultado apontados no contrato é o próprio prestador do serviço. Por esse motivo, fala-se que, em uma PPP, além da construção, do financiamento e da operação, o parceiro fica responsável pelo desenho dos projetos – sem dúvida, uma das fórmulas responsáveis por conferir-lhe vantagens sócio-econômicas (“value for money”).

Faz-se importante, ainda, diferenciar parcerias público-privadas de privatizações. Ao contrário do que se possa ouvir falar, parcerias não caracterizam “entreguismo”. O Estado não abandona suas atribuições em mãos alheias. Pelo contrário, embora se permita que a execução direta de uma atividade seja implementada por um particular, o Poder Público mantém-se firme na função de regulação e fiscalização do contrato, balizando a atuação do

[9] Em Minas Gerais, foi criado o Fundo de Parcerias Público-Privadas, entidade contábil sem personalidade jurídica, com o objetivo de dar sustentação financeira ao Programa de Parcerias Público-Privadas. O fundo é disciplinado pela lei estadual nº14.869, de 16 de dezembro de 2003.

[10] No Estado de Minas Gerais, cumpre esse papel a Companhia de Desenvolvimento de Minas Gerais – CODEMIG, com previsão na lei estadual nº 14892, de 17 de dezembro de 2003. Em São Paulo, destacase a Companhia Paulista de Parcerias – CPP, cuja atuação está disciplinada na lei estadual nº 11688, de 19 de maio de 2004.

contratado em favor da satisfação do interesse público.[11] Não há, ademais, a venda de ativos estatais para a inciativa privada. Tanto é assim que está contemplada a hipótese de transferência da propriedade do bem móvel ou imóvel objeto do contrato à Administração Pública, quando do término da parceria.[12]

Enfim, o que se observa nas PPPs é uma nova forma de articulação entre os setores público e privado em que a finalidade perquerida – como não poderia deixar de ser – continua sendo o atendimento do interesse público.

3. CONCLUSÃO

PPPs são espécies de ajustamento entre o Poder Público e a iniciativa privada. A união desses setores, todavia, não é por si só uma novidade. Além dos casos citados rapidamente neste trabalho, em várias ocasiões observa-se a participação do setor privado na realização do interesse público, mesmo antes do surgimento da figura do Estado.

O Poder Público tem a tutela, por força de lei, do interesse público; essa é a finalidade que deve ser perseguida em suas ações. Entretanto, nada impede que para realizá-la, ele conte com a colaboração de terceiros, sendo que isso não compreenderá o abandono do fito do bem-estar da coletividade. Na verdade, a parceria é o modo pelo qual a sociedade civil revê o seu contrato social com o Estado.[13]

O direito administrativo moderno foi invadido por termos novos, para designar institutos antigos. A diferença estaria na "ideologia" – que nós preferimos entender como na "releitura" dos institutos até então vigentes. O que se deseja, agora, é a democratização da Administração Pública pela colaboração entre o público e o privado na realização de atividades administrativas do Estado. O que se deseja, mais que isso, é a flexibilização dos rígidos modos de atuação da Administração Pública, para permitir maior eficiência. O que se deseja, enfim, é a parceria entre o público e o privado para substituir-se a Administração Pública dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada, hierarquizada.[14]

PPPs, não há dúvidas, inserem-se nessa realidade e são ainda um conceito em formação no Brasil.[15] Sobretudo, elas representam um rearranjo, um aprimoramento da atuação conjunta do Poder Público e da iniciativa privada,

---

[11] As formas de fiscalização e controle aplicáveis às concessões e contratos administrativos aplicam-se também às PPPs. A legislação criada remete às lei 8666/93 e 8987/95, que terão incidência subsidiária.

[12] Ver, nesse sentido, o art. 12, § 3º, da lei mineira nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003.

[13] WALD, Arnoldo, MORAES, Luiza Rangel de, WALD, Alexandre de M. O direito de parceria e a nova de lei de concessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p.33. O envolvimento da iniciativa privada na realização do interesse público é, com efeito, reconhecida como uma das alternativas para o aprimoramento do Estado de Bem-Estar Social o "Welfare State". Essa é a idéia defendida por Anthony Giddens, autor da "Terceira Via". Em sua obra , o autor afirma que a política da terceira via advoga uma nova economia mista, que busca uma nova sinergia entre os setores público e privado. (A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social democracia. Trad. BORGES, Maria Luiza de A. Rio de Janeiro: Recordo, 1999. p. 109). Ainda segundo Giddens, dever-se-ia falar hoje de "welfare" positivo, para o qual os próprio indivíduos e outras instituições contribuem – fator importante para a geração de riqueza. (Op. cit. p. 127).

[14] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. p. 15-16

[15] PASIN, Jorge Antônio Bozoti, BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Op cit. p. 173.

como um último esforço para se viabilizar a oferta de infra-estruturas, destinadas a facilitar a circulação das riquezas e o crescimento do país, e ampliar a prestação de serviços públicos eficientes, destinados a prover à população um pouco mais de dignidade.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. Mecanismos de Atuação Estatal: As Parcerias Público-Privadas (PPPs). **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 20, novembro/dezembro/janeiro, 2009/2010. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-20-NOVEMBRO-MARCO-AURELIO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. Mecanismos de Atuação Estatal: As Parcerias Público-Privadas (PPPs). Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 2, n. 06, p. 125-132, jul./set. 2004