



**PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: NOVO MECANISMO DE
FINANCIAMENTO E AUTO-SUSTENTABILIDADE
DOS TRANSPORTES METROFERROVIÁRIOS**

Autor: Paulo Henrique Mainier de Oliveira

RESUMO

Devido à reconhecida incapacidade estatal de promover os gastos necessários para diminuir a brecha que existe entre a demanda de infra-estrutura e de serviços públicos e a capacidade para provê-los, busca-se novas formas de financiamento, principalmente, via iniciativa privada. A Lei nº 11.079/04 introduziu no Brasil a Parceria Público-Privada, prevendo o compartilhamento de riscos, a instituição de uma série de garantias e contraprestação do Poder Público vinculado à performance da SPE, podendo, por isso, viabilizar o empreendimento de grandes projetos.

O propósito do presente trabalho é discorrer sobre a Parceria Público-Privada e a sua utilização no financiamento e auto-sustentabilidade dos transportes metroferroviários, investigando, anteriormente, o cenário brasileiro para a normatização dessa nova forma de desestatização e a distinção entre essa normatização e outros conceitos já existentes; fazendo uma análise quanto aos aspectos licitatórios, contratuais e financeiros das parcerias; e, por fim, examinando a situação do sistema metroferroviário no Brasil.

A análise jurídica desse instrumento é importante porque o pleno sucesso da Parceria Público-Privada depende da identificação e conhecimento acerca do alicerce jurídico-legal sobre o qual vai se edificando esta nova modalidade de contratação pública, até porque, muitas iniciativas governamentais e programas engenhosos de elevada consistência do ponto de vista da ação política e econômica fracassam porque não encontram suporte legal adequado.

Este trabalho, no entanto, não tem como objetivo comentar minuciosamente a Lei de PPP. O objetivo, nessa oportunidade, é tão-somente, situar de forma concisa e modesta esse novo instrumento de contratação pública, engendrado especialmente para fomentar o investimento da iniciativa privada em infra-estrutura e incentivar o crescimento brasileiro, no âmbito da implantação do sistema metroferroviário.

Estando clara a importância de promover a implantação ou aumento do sistema metroferroviário para ligar as grandes metrópoles às regiões mais periféricas, com a reordenação do território urbano, combate à pobreza e promoção da inclusão social, a utilização da Parceria Público-Privada como mecanismo no financiamento e auto-sustentabilidade desse sistema de transporte coletivo, não é uma panacéia, mas uma boa aposta para obtenção dos recursos necessários e retomada dos investimentos para esse fim.

SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO**
- 2. CENÁRIO BRASILEIRO PARA A CRIAÇÃO DAS PPP'S**
- 3. A NORMATIZAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 11.079/04: ASPECTOS LICITATÓRIOS, CONTRATUAIS E FINANCEIROS**
 - 3.1. Conceito e Espécies de Parceria Público-Privada
 - 3.2. Objeto dos contratos de parceria Público-Privada
 - 3.3. Das diretrizes da Contratação
 - 3.4. Das Peculiaridades das Licitações de PPP
 - 3.5. Da Sociedade de Propósito Específico – SPE
 - 3.6. Das Cláusulas Contratuais
 - 3.7. Da Contraprestação e das Garantias
 - 3.8. Aspectos Financeiros
- 4. PPP NO TRANSPORTE METROFERROVIÁRIO**
- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. INTRODUÇÃO

Independentemente da postura ideológica de cada um, é necessário reconhecer a incapacidade estatal de promover os gastos necessários para diminuir a brecha que existe entre a demanda de infra-estrutura e de serviços públicos e a capacidade para provê-los. Ou seja, a necessidade de crescimento do País esbarra na ausência de recursos para financiar a reforma e ampliação da infra-estrutura e da prestação de serviços públicos.

Tal conjuntura, unida ao grande interesse do setor privado em realizar e gerir os investimentos em tais setores, ensejou a redefinição da postura de provedor do Estado e a mitigação dos investimentos com a iniciativa privada. E para isso, se tornou essencial uma normatização eficiente e estável que possibilitasse uma segurança jurídica e um envolvimento duradouro do setor privado nesses projetos. É o que o Brasil vem tentando garantir, a partir dos anos 80, com as privatizações, concessões e agora, mais recentemente, com a Lei nº 11.079/04.

Tal Lei nº 11.079, de 31/12/2004, introduziu no Brasil a Parceria Público-Privada, que é a tradução para o português do termo original em inglês *Public Private Partnership* e que ficou internacionalmente conhecida pela sigla PPP, com o intuito principal de tornar o investimento em infra-estrutura e serviços públicos um negócio atrativo para os investidores privados, mediante o compartilhamento de riscos e a instituição de uma série de garantias.

Apesar de a lei ter sido publicada no final de 2004, ainda há um desconhecimento generalizado, havendo inúmeras incertezas sobre este tema que somente agora começa ser ventilado pelos teóricos brasileiros e que só aparece na imprensa em pequenas notas. Tais fatos não permitem ao leitor desavisado tomar consciência do seu conteúdo real, das repercussões políticas e econômicas para o conjunto da sociedade brasileira e, principalmente, das vantagens que tais mecanismos podem trazer para o empreendimento de grandes projetos.

O propósito do presente trabalho é exatamente discorrer sobre o mecanismo de Parceria Público-Privada e a sua utilização no financiamento e auto-sustentabilidade dos transportes metroferroviários, trazendo a discussão entre simpatizantes e opositores, sobre possíveis benefícios e estragos que tal mecanismo poderia oferecer.

Para cumprir esse desiderato, investiga-se, no próximo tópico o cenário brasileiro para a normatização dessa nova forma de desestatização que é o mecanismo da Parceria Público-Privada (PPP), fazendo-se também uma distinção entre essa normatização e os já existentes conceitos de licitação, concessão, consórcio, contrato de gestão e etc.

Posteriormente, no terceiro tópico, será feita uma análise dessa normatização trazida pela Lei nº 11.079/04 quanto aos aspectos licitatórios, contratuais e financeiros das parcerias.

Por fim, será examinada a situação do sistema metroferroviário no Brasil e as perspectivas da utilização das Parcerias Público-Privadas no financiamento e auto-sustentabilidade dos transportes metroferroviários.

2. CENÁRIO BRASILEIRO PARA A CRIAÇÃO DAS PPP's

O presente capítulo tem por objeto, primeiramente, uma breve exposição sobre Estado Regulador, Gerencial ou mesmo, Subsidiário, como esse modelo usualmente é denominado, com a finalidade de compreender o cenário brasileiro para a instituição das normas desse novo mecanismo de contratação pública.

Vale lembrar que o Estado, para atender a um elenco de necessidades públicas, encontra-se constantemente submetido a um processo dialético, reflexo das tensões dinâmicas que compõem a realidade social, ou seja, para se conformar à dinâmica social e suprir os anseios da sociedade, ele assumiu ao longo da história as mais variadas feições, em uma repetição monótona de processos de reforma e contra-reforma, com movimentos pendulares que o levam a rever, por mais de uma vez, sua forma de intervenção na sociedade e na economia. Assim, de acordo com a intensidade da intervenção, três modelos são apresentados: Estado Liberal, o Estado Intervencionista e o Estado Subsidiário, que apresenta cada um, uma enorme variante, segundo o lugar e a época¹.

Desde logo, é importante observar, que, ao se dividir em modelos, as fases evolutivas dos Estados, procura-se demonstrar esta evolução de maneira teórica e não histórica. Isto porque, embora cronologicamente estas fases evolutivas tenham se sucedido na história, cada Estado vivenciará esta experiência de maneira diversa, em épocas e com intensidade por vezes diferentes, sendo que nem todos experimentarão todas as fases, e principalmente, haverá uma grande diferença na realização dos modelos correspondentes a cada tipo de Estado, segundo o grau de desenvolvimento econômico de cada país, além da sua realidade cultural, podendo ainda haver a convivência de novos mecanismos regulatórios com instrumentos característicos das fases anteriores.

Neste contexto, podemos entender que as novas finalidades estatais, sem se substituírem às anteriores, se sobrepõem. Explica ARAGÃO², de forma mais clara, que “*o surgimento de novos mecanismos regulatórios da economia em cada fase da história político-econômica do Estado, não causou o fim dos instrumentos característicos das fases anteriores*”.

Assim, tal classificação, apesar de grande valia, não apresenta um marco divisório histórico, pois não há uma substituição de um modelo de Estado por outro, mas sim, uma acumulação de modelos, distinguindo-se apenas quanto à intensidade de cada um, em cada momento histórico.

Sendo assim, após notar-se a estruturação do Estado Liberal (caracterizado pela adoção de uma postura de mero guardião da ordem e segurança nacionais, alheio à área social e ao domínio econômico, com atuação somente no pequeno núcleo estratégico, correspondente, sobretudo, à defesa nacional, arrecadação e diplomacia), o mercado livre e a inexistência de uma política social levaram as economias capitalistas à insuficiência de demanda agregada, ensejando uma crise generalizada que abriu espaço para a emergência do Estado Intervencionista.

¹ Para um amplo levantamento da doutrina sobre os modelos de Estado, ver: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, Privatizações, Concessões e Terceirizações*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; PIETRO, Maria Sylvia di. *Parcerias na Administração Pública - Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2002; ARAGÃO, Alexandre Santos. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Econômico*. In: REVISTA DE DIREITO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nº 55, 2002; A. B. COTRIM NETO. *A intervenção do Estado na economia – seu processo e ocorrência históricas*. In: REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA, ano 24, nº 96, 1987.

² ARAGÃO, Alexandre Santos. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Econômico*. In: REVISTA DE DIREITO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nº 55, 2002, p. 137.

Nessa nova realidade, com o quadro econômico agravado pelas Guerras Mundiais, com a escassez de recursos na economia, o Estado se viu compelido a intervir, surgindo o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), nos países desenvolvidos, em especial nos EUA e Europa; o Estado Desenvolvimentista e protecionista nos países em desenvolvimento do chamado Terceiro Mundo; e os Estados Comunistas do bloco soviético.

A nova visão do Estado reconhecia seu papel complementar nos âmbitos econômico e social. Isso significava, para o Estado Intervencionista, a assunção da prestação de serviços sociais fundamentais, “*de cunho distributivista, destinados a atenuar as distorções do mercado e amparar os contingentes que ficavam à margem do progresso econômico*”, conforme lembra BARROSO³.

A idéia era de o Estado disciplinar a própria ordem econômica, seja para limitá-la e permitir sua compatibilização com o interesse coletivo, seja para estimulá-la através da concessão de apoio financeiro, creditício e de infra-estrutura, como também intervir nos setores da economia que não apresentassem atrativos para a economia privada.

Tal intervenção, no entanto, se deu de forma exacerbada, agigantando um Estado que acabou assumindo a atividade econômica como agente implementador e verdadeiro provedor, mas incapaz de desenvolver a contento todas as atividades assumidas. Mesmo após um processo descentralizante, o Estado não conseguiu superar os seus problemas. Hipertrofiado, em aparente contradição, gerou uma queda ainda maior em seu grau de eficiência que o levou ao esgotamento.

Nas palavras do ilustre BARROSO⁴, tal Estado era:

“Densamente identificado com a idéia de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção. Mesmo junto a setores que o vislumbravam outrora como protagonista do processo econômico, político e social, o Estado perdeu o charme redentor, passando-se a encarar com ceticismo o seu potencial como instrumento do progresso e da transformação”.

O esgotamento desse modelo de Estado, megalômico e onipresente em todos os planos, que já tinha sido apontado como fator de desenvolvimento, diante de uma sociedade cada vez mais desejosa da ação positiva estatal, se tornou hipertrofiado, dispendioso e incapaz de realizar atividades até então consideradas essenciais, transformando-se em obstáculo ao crescimento nacional.

Essa crise estrutural acabou em novo movimento pendular que o levou o Estado a rever, mais uma vez, sua forma de intervenção na sociedade e na economia. Na definição desse novo papel estatal, o princípio da subsidiariedade assumiu fundamental importância, fazendo surgir a idéia de Estado Subsidiário⁵. Neste novo quadro, o Estado não exerceria atividades que o particular com seus próprios recursos teria condições de exercer, cuidando apenas de dirigir, estimular, fomentar, suprir,

³ BARROSO, Luis Roberto. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 17.

⁴ BARROSO, Luis Roberto. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 18.

⁵ Para um amplo levantamento da doutrina sobre o princípio da subsidiariedade, ver: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade – conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, Privatizações, Concessões e Terceirizações*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000; SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo da Economia*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo Regulatório*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; PIETRO, Maria Sylvia di, *Parcerias na Administração Pública - Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

vigiar e conter a iniciativa privada, conforme comportassem as circunstâncias ou exigissem a necessidades.

Tendo em vista que "*várias tendências podem ser apontadas como decorrência da aplicação do princípio da subsidiariedade*"⁶, vale acrescentar a parceria entre público e privado, que estaria dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ela fosse deficiente, e especialmente para assegurar a harmonia com os ditames da justiça social.

Assim, tendo o princípio da subsidiariedade como vetor do redimensionamento do Estado, à luz de suas novas funções na sociedade moderna, deveriam ficar a cargo da iniciativa estatal somente as atividades peculiares do Estado soberano (segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação, polícia), por serem consideradas indelegáveis ao particular. Nesse sentido, completa o grande professor SOUTO⁷:

"Com o "enxugamento" da estrutura do Estado, poderá ele se dedicar aos setores que, embora não atrativos à iniciativa privada, são indispensáveis ao atendimento da sociedade, obtendo remuneração e reduzindo gastos com empresas deficitárias ou com a gestão deficitária de recursos públicos que podem ser direcionados para a saúde, educação e para as atividades de poder de polícia, segurança e arrecadação".

Ao fim dessa breve exposição, analisado os movimentos de reforma e contra-reforma empreendidos ao longo dos dois últimos séculos, e tendo em vista que o Brasil não ficou alheio a todo esse processo de mudança, já é possível traçar os principais elementos caracterizadores desses modelos de Estado, no Brasil em particular, e analisar o cenário brasileiro para a criação das Parcerias Público-Privadas (PPPs).

No Brasil, durante o período imperial⁸ adotou-se um modelo patrimonial clássico, pouco voltado para o desenvolvimento econômico e social e caracterizado pela circunstância de o detentor do poder gerenciar a coisa pública como se sua fosse, havendo uma subordinação do poder público a interesses principescos. A economia na época era eminente agrícola e o café era o principal produto de exportação. E apesar da demanda crescente, não havia infra-estrutura suficiente para se adequar às necessidades da época, posto que até a chegada das ferrovias o transporte se processava de modo difícil e demorado no lombo dos burros.

A título de curiosidade, é válido ressaltar que no incentivo à construção de ferrovias, o imperador Pedro II implantou uma parceria entre o governo e a iniciativa privada, que é considerada por alguns, com alguma ironia, uma espécie similar de PPP. Isso porque, o governo imperial acabou estabelecendo uma garantia de juros (cláusula ouro), dispositivo contratual pelo qual o Tesouro assumia o compromisso com o concessionário de que cada ferrovia lhe geraria 7% ao ano de rendimentos.

Mesmo considerando que não tenha sido ao menos uma espécie similar de PPP, algumas observações devem ser feitas sobre essa medida imperial, pois segundo relatos da época, não houve

⁶ PIETRO, Maria Sylvia di. *Parcerias na Administração Pública - Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.29.

⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, Privatizações, Concessões e Terceirizações*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2000. p. 11.

⁸ Para um amplo levantamento da doutrina sobre o Período Imperial, ver: FURTADO, Milton Braga. *Síntese da Economia Brasileira*. 5ª edição. Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos, 1988; MAUÁ, Visconde - *Exposição aos Credores*. 1946; SCHMIDT, Mario, *Nova História Crítica do Brasil - 500 anos de História malcontada*, Rio de Janeiro: Nova Geração, 1997; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

um controle efetivo dos traçados dos trilhos, dos contratos, das obras, e menos ainda a definição de marcos regulatórios. Com toda essa liberdade e com renda assegurada, os investidores não se preocupavam em escolher traçados econômicos. Tendiam a se mover com a maior sinuosidade possível, multiplicando estações, pois não eram apenas elementos formadores de patrimônio, mas também ampliação da garantia do lucro.

Com o passar do tempo, e apesar de muitas fraudes, várias outras ferrovias foram sendo construídas, desempenhando um papel de importância no alargamento da fronteira agrícola e aumento das relações comerciais e financeiras internacionais, pois ofereciam um tipo de transporte de maior capacidade, rápido, regular e relativamente barato, tornando-se preferenciais para o transporte tanto de carga como de passageiros. Desse modo, apesar de todos os inconvenientes, tal garantia de juros e outras concessões, acabaram sendo importantes para a construção das ferrovias, que, sem dúvida, foi o melhor sistema de transporte que o Brasil possuiu de 1850 a 1930.

Mesmo após a proclamação da República e tomada de poder pelas oligarquias, não se verificaram alterações substanciais no modo de administrar. Mudanças só ocorreram após Getúlio Vargas⁹ tomar o poder com a Revolução de 1930, pelas reformas que puseram o Brasil agrário e semicolonial no caminho do desenvolvimento industrial. Isso porque, após a crise da Bolsa de Nova York em 1929 que desencadeou a mais terrível crise da história do capitalismo mundial, foi adotado um modelo de estado de forte intervenção na economia, o que acabou financiando o desenvolvimento nacional.

Como exemplo deste intervencionismo, foram criados o Conselho Nacional do Café, o Conselho Nacional do Petróleo e o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica. Foram criadas também a Companhia Siderúrgica Nacional e a Companhia Vale do Rio Doce, empresas de capital misto, para impulsionar a exploração das riquezas minerais do subsolo brasileiro.

O governo Vargas criou, ainda, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE) que mais tarde seria transformado no BNDES, fundado no sentido de prover o financiamento do programa de crescimento e modernização da infra-estrutura do país, e a Petrobrás (Petróleo Brasileiro S.A.), encarregada de explorar, em caráter monopolista, diretamente ou por suas subsidiárias, todas as etapas da indústria petrolífera, exceto a distribuição.

Além disso, acrescenta o professor WALD¹⁰:

“As concessões de serviço público que permitiram o desenvolvimento do país no período anterior (1850-1950) estavam desaparecendo, terminando seja por decurso do prazo, seja em virtude de encampação ou de acordos, por não mais haver interesses dos concessionários. Efetivamente, o abandono da cláusula-ouro, que lhes dava a estabilidade financeira, e uma política populista de tarifas reduzidas, consideradas políticas e confiscatórias, desincentivaram as empresas concessionárias, em geral européias e canadenses, que participaram do desenvolvimento da nossa infra-estrutura na época, operando em áreas como a telefonia, a eletricidade, o gás, as estradas de ferro e o transporte urbano. Houve, assim, a estatização das concessionárias, passando, outrossim, o Estado a

⁹ Sobre o período da Era Vargas, ver: VARGAS, Getúlio. *Diário / apresentação de Celina Vargas do Amaral Peixoto; edição de Leda Soares*. São Paulo: Siciliano. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1995; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; FURTADO, Milton Braga. *Síntese da Economia Brasileira*. 5ª edição. Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos, 1988; SCHMIDT, Mario, Nova História Crítica do Brasil - 500 anos de História malcontada. Rio de Janeiro: Nova Geração, 1997.

¹⁰ WALD, Arnoldo. *As PPP e a Infra-estrutura*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 162.

ser o motor inicial da industrialização e cabendo-lhe também manter e ampliar a infra-estrutura”.

Durante a ditadura militar, mais empresas estatais foram criadas: Usiminas, Correios e a família "BRÁS": Eletrobrás, Siderbrás, Telebrás, Nuclebrás e Portobrás, através de empréstimos estrangeiros, o que fez com que a dívida externa e a inflação subissem a patamares inimagináveis.

Apesar de ser dono de muitas estatais, face ao enorme endividamento e à escassez de disponibilização de recursos, percebeu-se que o Estado não tinha mais condições de gerar o desenvolvimento e desempenhar a contento as competências que a Constituição da República de 1988 lhe atribuiu, de investir nas áreas de saúde, educação, moradia, segurança, previdência social (isso para falar apenas nas atividades essenciais). Constatou-se, portanto, que os motivos que levaram ao desenvolvimento do Estado Intervencionista no Brasil não mais estavam presentes e não se coadunavam com a Carta Constitucional promulgada em 1988.

Surge no Brasil, então, uma nova concepção de Estado, intermediária entre a filosofia liberal e a intervencionista, calcada nos princípios da subsidiariedade e da livre iniciativa. Por tal concepção, de acordo com SOUTO¹¹ onde a presença estatal não fosse necessária, *“a privatização é o caminho; onde se impuser tal presença, há que se repensar o modo de gestão da atividade, terceirizando, concedendo ou permitindo sempre que o particular se revelar mais eficiente”.*

Um dos mecanismos utilizados por esse Estado Subsidiário é a desestatização, que segundo o citado professor¹² é:

“(...) a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência (princípio da economicidade); é o gênero, do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas”.

Considerando o limite constitucional traçado para a atuação interventiva estatal, na busca de um Estado eficiente, com menos custos e melhores resultados, capaz de atrair recursos privados para o desenvolvimento, ocorreram diversos processos de reforma nos governos do Presidente Fernando Collor, Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso. Essa tendência pôde ser percebida em algumas emendas constitucionais e com a grande produção de leis de temas econômicos, como: energia (Lei nº 9.247/96), telecomunicações (Lei nº 9.472/97) e petróleo (Lei nº 9.478/97), com a criação das respectivas agências reguladoras; defesa da concorrência (Lei nº 8.884/94); concessões e permissões (Lei nº 8.987/95), além, da Lei nº 8.031/90, que instituiu o Programa Nacional de Privatização.

Tais reformas possibilitaram a transformação do papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de fomento, planejamento, regulação e fiscalização. E é nesse cenário, calcado no princípio da subsidiariedade e no modelo de Estado Gerencial, que se insere mais uma forma de desestatização, qual seja, esse novo mecanismo de contratação pública denominado de Parceria Público-Privado.

¹¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3ª Ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2003. p. 129.

¹² SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3ª Ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2003. p. 147.

Nas palavras de ARAGÃO¹³: “*as parcerias público-privadas surgem como uma tentativa de Estado e iniciativa privada dividirem os custos com a implantação de infra-estruturas, já que nenhum teria condições de com elas arcar individualmente*”. Ainda segundo o professor, “*o Estado por não ter condições financeiras, e a iniciativa privada porque a tarifa seria insuficiente (ou em alguns casos até inexistente) para cobrir todos os seus custos e a legítima margem de lucro do negócio*”.

Nas palavras do professor argentino LAROSA¹⁴, qualquer contratação pública que envolvesse gestão e financiamento de infra-estrutura ou prestação de serviço público, no fim será pago por alguém, que não é outro senão o particular, seja na qualidade de contribuinte, seja na qualidade de usuário, de modo que não existiriam serviços ou obras que fossem realizados de forma gratuita, ainda mais os de grande vulto. Além disso, tendo em vista que a realização de obras e serviços públicos transcende o mero interesse comercial e envolve o interesse público cuja gestão o Estado tem como sua atribuição fundamental, o planejamento para o desenvolvimento de infra-estruturas deveria ficar a cargo da Administração Pública. Isto porque, apesar de não serem antiéticos, os interesses que existem no âmbito público e no privado são diferentes, já que o primeiro busca assegurar a satisfação do bem comum e o segundo pretende a obtenção do lucro comercial. Ainda segundo o professor, já teria ficado provado na história que a melhor forma de realizar obras e serviços seria utilizando técnicas que repartissem adequada e equitativamente os riscos entre o setor público e o privado.

Tais entendimentos encontram-se consubstanciados na Exposição de Motivos anexada ao projeto de lei que culminou na Lei nº 11.079/04, pois a idéia de se importar esse mecanismo, que teria alcançado grande sucesso em diversos países como a Inglaterra, Irlanda, Portugal, Espanha, e África do Sul, surgiu, pois permitiria ao Estado contratar, mesmo com a indisponibilidade imediata de recursos financeiros, já que o financiamento seria privado, aproveitando-se ainda da eficiência de gestão privada, para suprir as demandas nas áreas de segurança pública, habitação, saneamento básico e principalmente na de transportes.

Mas pode-se indagar: por que elaborar uma lei nova e não apenas adaptar uma lei antiga a tal objetivo? Antes de responder tal pergunta, será necessário fazer uma distinção entre essa normatização e os já existentes conceitos de privatização, licitação, concessão, consórcio, contrato de gestão e etc. É o que, brevemente, se passa a fazer.

Nas palavras do professor SOUTO¹⁵:

“A primeira abordagem cabível é quanto à imprecisão do termo “Parcerias Público-Privadas (PPP)”, cuja amplitude poderia comportar, além das concessões e permissões comuns, outros tipos de terceirizações, acordos-de-programa, termos de parceria, contrato de gestão, sem falar nos convênios e consórcios”.

No entanto, não é isso que a Lei nº 11.079/04 prevê. O que se busca com o mecanismo da PPP não é aquele contrato tradicional, para construir um prédio para um hospital, para um presídio ou para uma escola. O que se quer é um hospital, uma escola e um presídio, com todos os equipamentos,

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos. *As Parcerias Público-Privadas – PPPs no direito positivo brasileiro*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 52.

¹⁴ LAROSA, Javier Guiridlian. *Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras (nuevas formas de gestión y financiación)*. 1º. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. p. 20.

¹⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Parcerias Público-Privadas*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 26.

serviços e pessoal, envolvendo as obras e as compras necessárias para que esse “pacote” fosse entregue em pleno funcionamento para a Administração Pública.

E partindo do pressuposto que a Administração não tem dinheiro e não pode se endividar mais, deseja-se que o particular se endivida para implementar a prestação dele esperada, e apenas quando todo o serviço estiver em funcionamento e à disposição do Estado é que este começa a pagar, tendo aí, um grande ganho de agilidade.

Explica ainda SOUTO¹⁶ que:

“Na verdade, o que se quer é chegar a uma disciplina jurídica que permita ao Poder Público partilhar riscos com o contratado nas hipóteses em que os modelos até então vigentes não seriam adequados ou aceitos por organismos financeiros internacionais que financiam determinados projetos”.

O que se almeja, então, é distinguir o mecanismo da parceria público-privada dos modelos já existentes, que não se prestavam a suportar suas características e não se adequariam a seus objetivos.

Entre esses modelos utilizados pelo Poder Público estariam as concessões, que segundo JURUENA¹⁷, seriam:

“Contratos de natureza administrativa, através dos quais a Administração – poder concedente – transfere a um particular – concessionário – a realização e exploração, por sua conta e risco, de uma obra ou serviço público, cabendo a este o direito de remunerar-se através da cobrança de uma tarifa, paga pelo usuário do serviço”.

Tais concessões comuns não seriam uma fórmula adequada, pois quando não fossem atrativas para o setor privado, já que nem sempre a sua remuneração se basta pela cobrança de tarifas, não poderia haver remuneração parcial do setor público. Afirma ainda JURUENA¹⁸ que também não seria suficiente à restauração do texto original do art. 24 da Lei de Concessões que foi vetado (“edital poderá assegurar uma receita mínima ao concessionário”) e que serviria exatamente para essas situações que o contrato não fosse auto-sustentável. Esse dispositivo, na época, foi vetado, porque ele retirava o risco do negócio que se procurava transferir para o particular. Pois bem, não se bastava revigorar esse art. 24, ou mesmo dar nova redação para que o Estado assegurasse essa renda mínima ao concessionário, pois o objetivo não era somente garantir a renda mínima ao particular, mas também pagar por desempenho e oferecer um conjunto de garantias.

A Lei nº 8.666/93 também não amoldaria bem esse novo instrumento, tendo em vista a limitação dos contratos ao prazo de 60 meses (o que, muitas vezes, não seria suficiente para a amortização dos investimentos de grande porte), a exigência de disponibilidade imediata de recursos, a previsão de gestão pública da atividade e a vedação expressa à transferência ao particular da

¹⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 30.

¹⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, Privatizações, Concessões e Terceirizações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 80.

¹⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *In: Seminário sobre Parceria Público-Privada realizado na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - Auditório Machado Guimarães - Rua Dom Manuel, 25, térreo, Centro, Rio de Janeiro / RJ, no dia 17.01.2005.*

responsabilidade pela obtenção do financiamento. Já haveria, portanto, uma lacuna quando o serviço público não fosse auto-sustentável e a iniciativa privada não se interessasse pelo negócio, pois, apesar de a atividade continuar sendo relevante e estratégica para o desenvolvimento nacional, para fazer o contrato por essa lei, o Estado deveria ter disponibilidade imediata dos recursos e ainda, quando necessário, ter a responsabilidade pela obtenção do financiamento.

Explica ainda o professor JURUENA¹⁹, que a Administração Pública no “*contrato de gestão fornece meios já disponíveis – bens, recursos e pessoal – para que organizações sociais desenvolvam atividades de relevante interesse público*”, de finalidades não lucrativas e bastante restritas a atividades de interesse social, ao contrário do objetivo da PPP que é de fazer com que o particular disponibilizasse os recursos, demonstrando também não ser este um modelo adequado para tal procedimento.

Nos convênios, o que se tem é uma soma de esforços para alcançar um resultado comum, pois os interesses são recíprocos. E a PPP é um contrato, que as partes tem interesses diversos e opostos, em que um pretende o objeto do ajuste e a outra a contraprestação correspondente. Então, explica MARCOS JURUENA²⁰, que o convênio não seria o modelo que se busca, até porque ele tem sofrido uma séria restrição no que diz respeito à remuneração do conveniado privado, já que os Tribunais de Contas não aceitam o pagamento de remuneração aos particulares que fazem convênio com o Estado, nem mesmo a título de taxa de administração.

Agora, sendo considerada mais uma forma de desestatização, nas palavras de SOUTO²¹, apesar de muita confusão, a PPP não se confunde com privatização, por ser esta a “*mera alienação de direitos que assegurem ao Poder Público, diretamente ou através de controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade*”.

Nenhum desses modelos prestava-se às necessidades que o Estado buscava atender com o modelo de Parceria Público-Privada. Ao que parece, portanto, a opção legislativa brasileira foi trazer um instituto alienígena de contratação destinado a preencher a lacuna verificada entre a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 8.987/95, e que se enquadrasse numa zona intermediária que tem como extremos, de um lado, o modelo em que o Estado retém a responsabilidade pelo financiamento, operação e manutenção do objeto, figurando o parceiro privado apenas como executor material (Lei nº 8.666/93), e, de outro, o modelo em que tais responsabilidades são assumidas pelo parceiro privado (Lei nº 8.987/95).

Como o Estado não tem condições de arcar individualmente com os custos da implantação de infraestrutura ou de serviços, por encontrar-se sem os recursos suficientes e com a capacidade de endividamento esgotada; e como a iniciativa privada também não se interessaria, porque a tarifa, sendo insuficiente ou inexistente não cobriria os custos e a margem de lucro legítima do negócio, ao invés da licitação ou do mecanismo da concessão tradicional, adota-se um novo mecanismo de contratação pública.

Através da Parceria Público-Privada, instrumento de associação do capital público à gestão privado, haveria o compartilhamento dos riscos contratuais entre os parceiros públicos e privados, segundo o critério de atribuição à parte que estivesse mais bem preparada para administrá-los, como o objetivo de fazer com que a iniciativa privada se endividasse para arcar com o desenvolvimento do empreendimento, enquanto que o Estado iria pagando aos poucos – ao longo do prazo de vigência do contrato e apenas depois de disponibilizado o serviço. Nas palavras de ARAGÃO²², “*foi, sem*

¹⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 31.

²⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 31.

²¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 147.

²² ARAGÃO, Alexandre Santos. *As Parcerias Público-Privadas – PPPs no direito positivo brasileiro*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 53.

dúvida, uma maneira de o Estado contornar a sua falta de caixa para investimentos e o esgotamento da sua capacidade de contrair novas dívidas”.

Visto o cenário brasileiro para a normatização dessa nova forma de contratação pública e da sua distinção em relação a instrumentos já existentes, torna-se imperioso estudar o texto editado pela União, no sentido de dar-lhe a aplicabilidade adequada como mecanismo de financiamento e auto-sustentabilidade dos transportes metroferroviários, buscando assim a sua harmonização com os direitos fundamentais a serem garantidos pelo Estado.

3. A NORMATIZAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 11.079/04: ASPECTOS LICITATÓRIOS, CONTRATUAIS E FINANCEIROS

O objetivo desse capítulo será a abordagem, de forma sucinta, do conceito de Parceria Público-Privada e das suas espécies; do objeto e vedações dos contratos; das suas diretrizes; das principais inovações da licitação; da Sociedade de Propósito Específico; do contrato e do compartilhamento de riscos; da contraprestação do Poder Público, do Fundo Garantidor e da execução das garantias; e dos aspectos financeiros.

3.1. Conceito e Espécies de Parceria Público-Privada

Em virtude das experiências internacionais variarem de país para país, algumas bem-sucedidas, outras nem tanto, conforme os modelos teóricos adotados e segundo os parceiros envolvidos nessas relações, não existe uma única definição do que seja Parceria Público-Privada. E mesmo no Brasil, pelas leis já elaboradas pelos diversos entes federativos (São Paulo, Minas Gerais, Santa Catarina, Bahia, Rio Grande do Sul e etc.), não há um conceito único desse novo mecanismo de contratação. E seria muita ambição crer que esta ou aquela definição seria mais adequada do que as outras.

Além disso, a expressão analisada por um ângulo mais amplo acabaria por comportar várias formas de desestatização, como as concessões e permissões comuns, terceirizações, acordos de programa, termos de parceria, subsídios empresariais, contratos de gestão, convênios de toda espécie com Organizações não-Governamentais – ONG's, Organizações Sociais – OS's, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP's, consórcios, franquias e etc.

O artigo 2º da Lei nº 11.079/2004, no entanto, adotou um conceito mais restrito ao dispor que: "*Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa*". Explica JURUENA²³ que "*para não correr riscos jurídicos, optou-se por um formato já previsto constitucionalmente*" criando-se dois novos tipos de concessão, "*variantes do modelo previsto no art. 175, CF*".

Sendo assim, em primeiro lugar, tem-se que definir o que vem a ser contrato administrativo. Nas palavras da professora PIETRO²⁴, contrato administrativo é a expressão utilizada para designar "*os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público*".

Existem quatro tipos de contrato administrativo típico: o contrato de obra pública, o contrato de serviço público, o contrato de fornecimento e o contrato de concessão. Este último pode ser catalogado em dois grupos, conforme o objetivo a que se destinam: concessões de serviços públicos ou concessões de uso de bem público. As concessões de serviços públicos têm por objeto a delegação da execução de serviço público a pessoa privada, enquanto que concessões de uso de bem público visam tão-somente a consentir que pessoa privada utilize bem pertencente à pessoa de direito público.

É possível ainda agrupar o contrato de concessão de serviços públicos em duas categorias básicas: concessões comuns ou concessões especiais, em virtude de suas diversas modalidades.

²³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.32.

²⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. p.240.

A concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos simples (aquela que o Poder Público só delega à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas o serviço público em si) ou concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública (aquela, em que o contrato prevê duplo objeto: a execução de obra e a prestação de serviço) de que trata a Lei nº 8.987, de 13.02.1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado não constitui parceria público-privada, de acordo com a Lei nº 11.079/04, o art. 2º, § 3º, posto que seus recursos têm origem no pagamento das respectivas tarifas pelos usuários do serviço, não se lhes aplicando o disposto a Lei nº 11.079/04.

Explica CARVALHO FILHO²⁵ que a diferença entre as concessões simples e as concessões especiais é que, nessas últimas, *“o concessionário recebe contraprestação pecuniária por parte do poder público”*. E por isso, segundo ele, as concessões especiais, reguladas na Lei nº 11.079/04, *“se sujeitam a regime jurídico específico – o denominado regime das parcerias público-privadas.”*

No entanto, para JURUENA²⁶, a possibilidade de a *“Administração Pública oferecer ao parceiro privado uma contraprestação adicional ou até a substituição total da tarifa não é nova; por via dos subsídios são remunerados serviços deficitários repassados ao setor privado”*, exemplificando seu entendimento na Lei nº 8.987/95, arts. 11 e 17, e na Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 2.831/97, arts. 18, §§1º e 2º, que dispõe sobre a possibilidade, dentre outras receitas do concessionário, de subsídios públicos.

Afirma o professor²⁷, por exemplo, que *“a diferença das concessões “subsidiadas” para as concessões patrocinadas é a ausência de uma disciplina de garantias ao parceiro privado”*.

Antes de se propor um conceito de parceria público-privada, faz-se mister analisar as duas espécies de concessão especial admitidas pela Lei nº 11.079/04: concessões patrocinadas ou concessões administrativas.

A concessão patrocinada, de acordo com o §1º do art. 2º da Lei nº 11.079/04, é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Então, conforme lições de ARAGÃO²⁸ e BINENBOJM²⁹, uma distinção entre a concessão patrocinada e a concessão comum está na forma de amortização dos investimentos com a remuneração do concessionário, que, ao menos em princípio, na concessão comum será integralmente pelas tarifas pagas pelos usuários ou com receitas alternativas (não envolvendo contraprestação pecuniária pelo Poder Público) enquanto na concessão patrocinada a amortização é feita ao mesmo tempo com tarifas e verbas do próprio Erário.

Lembra ainda o professor BINENBOJM³⁰ que:

“Uma outra distinção importante entre as concessões comuns e as patrocinadas diz respeito à distribuição dos riscos dos empreendimentos. Enquanto na modalidade comum o art. 2º, incisos II, III e IV, da Lei nº 8.987/95, prevê enfaticamente a assunção da execução da obra ou serviço

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 151.

²⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Parcerias Público-Privadas*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 26.

²⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.32.

²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos. *As Parcerias Público-Privadas – PPPs no direito positivo brasileiro*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 58.

²⁹ BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 92.

³⁰ BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 92.

pelo concessionário por sua conta e risco, o art. 4º, inciso VI, da Lei nº 11.079/2004, estabelece, como umas das diretrizes das PPPs, a repartição objetiva de riscos entre as partes. Embora a Lei nº 11.079/2004 não disponha, ela mesma, sobre como serão compartilhados os riscos, tal matéria deverá constar obrigatoriamente do contrato de PPP (art. 5º, III)”.

A concessão patrocinada, da mesma forma que as concessões comuns, tem por objeto os serviços públicos econômicos titularizados pelo Estado, suscetíveis de exploração pela iniciativa privada apenas mediante delegação. No entanto, a concessão patrocinada somente poderá ter por objeto os serviços públicos econômicos não auto-sustentáveis, sendo justificável a previsão de uma contraprestação pecuniária, já que o valor pago pelas tarifas não seria suficiente para financiar todos os investimentos necessários.

Quanto à incidência normativa, conforme art. 3º, §1º, da Lei nº 11.079/04, tais concessões regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente o disposto a Lei nº 8.987/95, e as leis que lhe são correlatas, como por exemplo, a Lei nº 9.074/95.

A concessão administrativa, de acordo com o §2º do art. 2º, da Lei nº 11;079/04, é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Nesse caso, segundo ARAGÃO³¹, quando:

“(…) a cobrança de tarifas é inviável econômica ou socialmente, de acordo com decisão política a ser discricionária e fundamentalmente tomada pelo Estado, ou até mesmo juridicamente vedada, como a cobrança pela saúde ou educação públicas (artigos 196 e 206, IV, CF), ou ainda porque o único usuário do serviço a ser prestado é o próprio Estado. Aqui não se falar mais sequer em tarifa a ser complementada por verbas do Estado, mas da inexistência tout court de tarifas”.

Segundo o professor BINENBOJM³², *“a referência à Administração Pública como usuária direta ou indireta dos serviços dá margem a que se concebam duas espécies de concessão administrativa”.*

A primeira é a de serviço público, quando o serviço é prestado diretamente ao usuário, sem cobrança de qualquer tarifa, e indiretamente à Administração Pública, como seria o caso de um serviço de coleta de lixo.

E a segunda envolve prestação de serviços ao Estado, considerado usuário direto, como por exemplo, os serviços de hotelaria de presídios, a colocação de pardais eletrônicos em vias públicas, e etc. Pelo entendimento do professor ARAGÃO³³, *“as concessões administrativas se encontram no meio caminho entre a delegação e a terceirização”.* No entanto, segundo MARCOS JURUENA³⁴ *“o elemento distintivo da terceirização é a expressa vedação de que o contrato tenha*

³¹ ARAGÃO, Alexandre Santos. *As Parcerias Público-Privadas – PPPs no direito positivo brasileiro*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 62.

³² BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 92.

³³ ARAGÃO, Alexandre Santos. *As Parcerias Público-Privadas – PPPs no direito positivo brasileiro*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 64.

³⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.33.

por objeto único uma obra, um fornecimento de bens ou de mão-de-obra”, sendo, portanto, inadmissível que simples contratos de vigilância, limpeza e manutenção, utilizem a disciplina da Lei das PPPs.

Ainda nas palavras do professor BINENBOJM³⁵:

“A lógica econômica da concessão administrativa de serviços ao Estado prende-se não apenas ao esgotamento da capacidade de endividamento e investimento do Estado, mas também à busca por um aumento do grau de eficiência na gestão de obras e serviços públicos no dispêndio de recursos oficiais”.

Pela concessão administrativa, a concessionária não se remunera diretamente dos usuários do serviço público, e sim do Estado, conforme cálculo variável às utilidades prestadas à Administração ou à população. Acrescenta o professor ARAGÃO³⁶ que a remuneração não pode ser fixa, “indiferente à quantidade e qualidade dos serviços prestados”, porque se não, “a Administração Pública assumiria todos os riscos, a exemplo do que acontece com a terceirização e empreitada da Lei nº 8.666/93”.

É por isso, que quanto à incidência normativa, conforme art. 3º da Lei nº 11.079/04, tais concessões administrativas regem-se por esta Lei, incidindo somente o disposto nos arts. 21 (disponibilização aos interessados dos estudos, projetos, obras já efetuados, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital); 23 (traz cláusulas essenciais do contrato), 25 (responsabilidade do concessionário por prejuízos causados ao concedente, usuários ou terceiros); 27 a 39 (anuência do poder concedente na transferência de concessão ou do controle societário da concessionária; encargos do poder concedente e do concessionário; intervenção do poder concedente na concessionária; encampação do serviço, extinção da concessão) da Lei nº 8.987/95 e também o disposto no art. 31 da Lei nº 9.074/95 (prevê a participação dos autores do projeto básico ou executivo na licitação ou execução de obras e serviços).

Segundo o professor paulista MUKAI³⁷, o artigo 27 da Lei nº 8.987/95 seria inconstitucional, “por prever a hipótese de uma empresa vir a executar a concessão sem ter participado de licitação para tal, violando, assim, o art. 175 da CF”. E o art. 31 da Lei nº 9.074/95 também, “posto que coloca o autor dos projetos em situação privilegiada para a elaboração da melhor proposta na licitação para execução da obra correspondente”.

O §3º do art. 3º da Lei nº 11.079/2004 estabelece que os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa, sujeitam-se à disciplina exclusiva da Lei nº 8.666/93 e das leis que lhe são correlatas. No entanto, vale ressaltar, que os contratos de concessões especiais, por serem contratos administrativos, também estão sujeitos à Lei nº 8.666/93, conforme expressa o art. 54, incidindo sobre eles, inclusive, as cláusulas exorbitantes peculiares a tais contratos; aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

³⁵ BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 92.

³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos. *As Parcerias Público-Privadas – PPPs no direito positivo brasileiro*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006.

³⁷ MUKAI, Toshio; Sylvio Toshiro Mukai, ... [et al.]. *Parcerias Público-Privadas: comentários à Lei Federal nº 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 6 e 7.

Expostas as espécies de concessão especial, pode-se conceituar a Parceria Público-Privada como contratação celebrada entre uma entidade federal e uma pessoa do setor privado objetivando a delegação da implantação de infra-estrutura e gestão de serviços públicos, mediante compartilhamento de riscos e ganhos, com remuneração total ou parcial arcada pelo Poder Público.

3.2. Objeto dos Contratos de Parceria Público-Privada

Em relação ao objeto do contrato de concessão patrocinada, dispõe o art. 2º, §1º, da Lei da PPP que a mesma pode abranger a concessão de serviços públicos ou de obras públicas. Acrescenta o professor CARVALHO FILHO³⁸, que neste último caso, “*deve considerar-se que, mesmo sendo a obra o foco do contrato, o contratado recebe em concessão a prestação de um serviço a ser executado em função da obra por ele realizada*”.

Então, o objeto básico do contrato de concessão patrocinada é o serviço público e o destinatário é a coletividade. Não é qualquer serviço público, mas somente aquele “*em relação aos quais os usuários poderiam pagar determinada tarifa*”, sem condições “*de arcar com o pagamento do valor necessário para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessionária, havendo necessidade de subsídio*” – explica WALD³⁹. Nesse sentido, em virtude do altíssimo custo da implantação, gestão e manutenção do sistema, seria possível utilizar o contrato de parceria público-privada no formato de concessão patrocinada para o desenvolvimento de projetos de transporte urbano ou regional de passageiros sobre trilhos, como será mais bem analisado em futuro tópico.

Já no contrato de concessão administrativa, o objeto é a prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, conforme o §2º do art. 2º da Lei nº 11.079/04.

Mas como foi dito, não é fácil entender o que significa ser “usuário direto ou indireto” do serviço. No entanto, seria possível conceber que o serviço fosse prestado diretamente ao usuário, sem cobrança de qualquer tarifa, e indiretamente à Administração Pública, como é o caso de um serviço de coleta de lixo. E também seria possível visualizar uma PPP para prestação de serviços administrativos ao Estado, considerado usuário direto. Nas palavras do professor JURUENA⁴⁰, esses serviços podem se destinar a, por exemplo:

“(...) operação de um prédio para a Administração, seja para as atividades administrativas, seja para um presídio, um hospital ou uma escola, pode ser, perfeitamente, encaixada no conceito de serviço público, que, naquilo que não exigir ato de autoridade, pode ser objeto de concessão ao particular”.

Não há, portanto, nenhum óbice aparente, que por meio da concessão administrativa, o parceiro privado assumisse o compromisso de disponibilizar à Administração Pública ou à própria coletividade uma certa utilidade mensurável (vagas prisionais, leitos hospitalares, vagas escolares e etc.) mediante a operação e manutenção de uma obra por ele previamente projetada, financiada e

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 327.

³⁹ WALD, Arnoldo. *As PPP e a Infra-estrutura*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 162.

⁴⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.33.

construída, em contrapartida a uma remuneração periódica paga pelo Estado e vinculada ao seu desempenho no período de referência.

Sendo assim, estabelece o professor SOUTO⁴¹, que a concessão administrativa se destina a “*situações que não comportam concessão comum ou patrocinada*”, ou seja, aos “*casos de serviços públicos instrumentais (administrativos), em que a própria Administração é usuária*”, por servir de apoio à prestação de outros serviços, como também aos “*serviços sociais, que não comportam exploração econômica pelo Estado (saúde e educação)*” com o intuito de lucro.

Dito isso, deve ser ressaltado que o §4º do art. 2º estabelece três vedações aos objetos dos contratos de parceria público-privada. No inciso I, é vedado que o valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). No inciso II, é vedado que o contrato tenha um período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos. E no inciso III, veda-se a celebração do contrato que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Nesse aspecto, MILESKI⁴² entende que:

“A vontade legislativa busca a realização de grandes empreendimentos, que envolvam soma significativa – no mínimo R\$ 20 milhões – e estejam protegidos por contrato de longa duração (superior a cinco anos), cujo investimento ocorra em importantes obras de infra-estrutura ou prestação de serviço de interesse coletivo, não permitindo que esse tipo de colaboração seja direcionada para gastos de manutenção administrativa, com a utilização apenas e unicamente para fornecimento de mão-de-obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou mera execução de obra pública”.

No entanto, expressa o professor MUKAI⁴³ que o inciso I, no seu entendimento, mesmo pretendendo constituir-se em norma geral, parece inconstitucional, eis que se imiscui na autonomia financeira e administrativa dos Estados e Municípios, ao impossibilitar que inúmeros municípios adotem o mecanismo das Parcerias Público-Privadas. E para SOUTO⁴⁴, além do inciso I, o inciso II também retiraria o poder de decisão de Estados e Municípios sobre sua gestão administrativa. Nas palavras de BINENBOJM⁴⁵:

“(...) embora isso possa parecer uma porta aberta a abusos, entendo que cada ente federativo deve ficar seus próprios limites mínimos, compatíveis com a sua realidade sócio-econômica, mas sem descuidar do fato de que as PPPs se destinam a situações excepcionais e que requeiram investimentos iniciais vultosos do parceiro privado”.

⁴¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Parcerias Público-Privadas*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 34.

⁴² MILESKI, Helio Saul. *Parcerias Público-Privadas: Fundamentos, Aplicação e Alcance da Lei, Elementos Definidores, Princípios, Regras Específicas para licitações e contratos, aspectos controvertidos, Controle e Perspectivas de Aplicação da Lei 11.079/04*. In: REVISTA INTERESSE PÚBLICO nº 29. p. 74.

⁴³ MUKAI, Toshio; Sylvio Toshiro Mukai, ... [et al.]. *Parcerias Público-Privadas: comentários à Lei Federal nº 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 6.

⁴⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.37.

⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 101.

Deve ser aqui ponderado que esse limite, por um lado, basicamente tem o intuito de resguardar as Parcerias Público-Privadas para os investimentos de grande porte. Por outro lado, tal dispositivo parece adentrar por demais no campo legislativo dos entes federativos.

Apesar de a União ter dito que esses incisos fazem parte de uma Lei que estabelece normas gerais, o Supremo Tribunal Federal já tem precedentes em que expõe, que não cabe ao legislador federal estabelecer o que é, e o que não é, uma norma geral. Depende do conteúdo da matéria, pois se essa competência ficasse nas mãos do legislador federal, isso poderia comprometer o próprio pacto federativo. Resta esperar para saber quais os rumos que o STF irá tomar na interpretação desses dispositivos à luz da repartição de competência entre os entes federativos.

Quanto à vedação da celebração do contrato que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública, não parece haver dúvida de que o dispositivo seja constitucional. Assim, deve ser lembrado que alguns dispositivos de leis estaduais que seguiram o projeto original devem ser interpretadas sistematicamente, de modo a não serem consideradas inconstitucionais. Por exemplo, as leis do Rio Grande do Sul (art. 3º, III da Lei nº 12.234/2004), de Santa Catarina (art. 3º, III da Lei nº 12.930/2004), entre outras estabelecem a possibilidade de ser objeto de PPP a execução de obra para a administração pública.

3.3. Das Diretrizes da Contratação

Estabelece o art. 4º da Lei nº 11.079/2004 que na contratação de parceria público-privada, além de obrigatoriamente obedecer aos princípios constitucionais, deverão ser observadas as seguintes diretrizes:

- Eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade. Essa diretriz representa uma mera repetição do disposto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, exigindo-se a utilização adequada dos recursos e dever de boa administração.
- Respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução. Por se tratar de contratos de longa duração, de valor elevado, o parceiro privado tem de ter assegurado os seus interesses e direitos, inclusive se prevendo um equilíbrio contratual, sob pena de não haver interesse da iniciativa privada em contratar com o Poder Público, sob regime de parceria público-privada.
- Indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado. Bem, nesse inciso o legislador quis enfatizar que certas atividades não comportam delegação, de modo que só podem ser exercidas pelo Estado de forma centralizada.

Agora, explica MILESKI⁴⁶ que “*indelegáveis não são somente as funções de regulação, jurisdicional, e do exercício do poder de polícia, mas sim todas as demais atividades, e não são poucas, que são consideradas como exclusivas do Estado*”, demonstrando que o dispositivo não é enumerativo, mas exemplificativo. Ressalta JURUENA⁴⁷ que tal vedação não impede que haja

⁴⁶ MILESKI, Helio Saul. *Parcerias Público-Privadas: Fundamentos, Aplicação e Alcance da Lei, Elementos Definidores, Princípios, Regras Específicas para licitações e contratos, aspectos controvertidos, Controle e Perspectivas de Aplicação da Lei 11.079/04*. In: REVISTA INTERESSE PÚBLICO nº 29. p. 77.

⁴⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Parcerias Público-Privadas*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 34.

delegação parcial a particulares de “*alguns aspectos instrumentais do exercício de funções típicas do Estado*”, como seria o caso da construção e delegação de uma penitenciária.

- Responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias. Em síntese, tal diretriz prevê a observação aos dispositivos da Lei Complementar n.º 101/2001 (Lei de Responsabilidade Fiscal) que impedem o endividamento excessivo da Administração Pública e procura estabelecer práticas de boa gestão pública, representando um importante instrumento para o aprimoramento da democracia e da moralidade política, além de ser um caminho para implantar a transparência dos atos de governo, um dos anseios mais presentes na vida pública brasileira. O êxito da observância desta diretriz, no entanto, depende muito do controle a ser exercido.

Além disso, esse foi, sem dúvida, um dos temas mais discutidos entre a base governista e a oposição no processo legislativo da Lei nº 11.079/2004. Nas palavras de WALD⁴⁸, “*tratou-se, pois, de encontrar a fórmula adequada para evitar tanto o déficit público quanto o déficit de infraestrutura*”.

- Transparência dos procedimentos e das decisões. Não há dúvidas, que tal diretriz trata-se de um desdobramento do princípio da publicidade inserto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Sendo assim, para MILESKI⁴⁹:

“Para que haja transparência dos procedimentos e das decisões que envolvam a contratação de parceria público-privada, necessário que seja dada uma ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público, de todas as informações e documentos que permitam um irretorquível conhecimento da ação administrativa e de sua regularidade legal e constitucional, para que o cidadão possa avaliar, adequadamente, os atos praticados pelo Administrador Público”.

Vale dizer, que deve ser dada publicidade, segundo NETO⁵⁰, “*a todos os procedimentos – concepção, projetos, editais, etc ... – e também às decisões adotadas, como recusas de propostas, impugnações, opção por um contratante em detrimento dos demais e etc*”, inclusive para garantir o controle social a ser praticado pelos cidadãos.

- Repartição objetiva de riscos entre as partes. Tal diretriz apresenta o compartilhamento dos riscos e representa, talvez, a alma desses contratos administrativos de PPP. Isto porque, o risco da atividade a ser empreendida será compartilhada de forma proporcional entre a Administração e o parceiro privado, conforme preveja a fórmula no contrato de como será processada essa repartição.

Segundo SOUTO⁵¹ é “*claro que o contrato deve identificar quem cria os riscos e quais os tipos de riscos são assumidos pelas partes contratantes, dado o inegável impacto econômico neste mister*”. Então, os diversos riscos do empreendimento devem ser ao máximo previstos no contrato. Segundo o professor, por exemplo, “*os riscos políticos, cambiais, de interpretação judicial, de disponibilidade financeira, de relações internacionais não são gerenciáveis pelo particular,*

⁴⁸ WALD, Arnoldo. *As PPP e a Infra-estrutura*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 164.

⁴⁹ MILESKI, Helio Saul. *Parcerias Público-Privadas: Fundamentos, Aplicação e Alcance da Lei, Elementos Definidores, Princípios, Regras Específicas para licitações e contratos, aspectos controvertidos, Controle e Perspectivas de Aplicação da Lei 11.079/04*. In: REVISTA INTERESSE PÚBLICO nº 29. p. 78.

⁵⁰ CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Parcerias Público-Privadas - PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 46.

⁵¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.39.

devendo ser suportados pelo Estado". Já, os "*riscos ligados à construção, operação, rendimento, tecnologia, competição devem ser suportados pelo particular*".

Além disso, como previsto no art. 5º, III da Lei nº 11.079/04, o parceiro privado também fica responsável pelos riscos referentes à "*caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária*". Apesar de a regra parecer correta, o art. 78, XVII e 79, § 2º, da Lei nº 8.666/93 obrigavam a Administração Pública a indenizar o contratado nestas hipóteses.

- Sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas dos projetos de parceria. Tal diretriz significa, em síntese, a verificação da relação do custo-benefício, através de planejamento que demonstre por métodos objetivos a viabilidade financeira e que será vantajoso para o interesse social a celebração do contrato. Lembra CRETELLA NETO⁵², que "*demonstrar a sustentabilidade financeira de um empreendimento é relativamente mais simples do que provar que este trará vantagens sócio-econômicas.*"

Agora, apesar da Lei nº 11.079/2004 não mencionar o planejamento, tal como o fez a Lei nº 14.868/2003, do Estado de Minas Gerais e a Lei nº 11.688/2004, do Estado de São Paulo, parece que esse inciso trouxe implicitamente o dever de planejamento dos setores a serem contemplados, que decorre do art. 174 da CRFB/88, reforçando-o como principal instrumento da intervenção do Estado na economia, nesse contexto de Administração Gerencial.

Sobre a importância do planejamento econômico, explica SOUTO⁵³ que "*os investidores que aportarão os recursos indispensáveis ao desenvolvimento econômico só adquirem segurança com o pleno conhecimento das regras do jogo*". Desse modo, apesar de não ter sido inserida expressamente, não há nenhum óbice ao entendimento de que o mecanismo da Parceria Público-Privada exige o planejamento econômico.

Como a Parceria Público-Privada constitui um novo mecanismo de contratação administrativa de concessão especial, com inúmeras características novas, como o compartilhamento de riscos, a contraprestação pelo parceiro público, entre outras, a Lei nº 11.079/2004 trouxe algumas regras específicas aplicáveis tanto no seu procedimento licitatório, quanto na celebração do contrato.

3.4. Das Peculiaridades das Licitações de PPP

Quanto à licitação, as normas consignadas na Lei nº 11.079/04 (arts. 10 a 13) serão as de aplicabilidade primária, enquanto que em caráter de aplicabilidade subsidiária, incidem as normas da Lei nº 8.666/93 (conforme art. 12 da Lei nº 11.079/04) e da Lei nº 8.987/95 (conforme art. 11 da Lei nº 11.079/04), principalmente seus §§ 3º e 4º do art. 15, os art. 18, 19 e 21.

Sendo assim, estabelece o art. 10 da referida lei que a contratação de parceria público-privada terá de ser precedida de licitação na modalidade de concorrência, lembrando que esta é a empregada para contratos de grande vulto econômico e que exige o maior complexidade no processo seletivo, conforme art; 22, §1º, da Lei nº 8.666/93. Este procedimento será aplicado com as derrogações da Lei nº 11.079/04 e da Lei nº 8.987/95 que forem incorporadas às licitações de PPP.

Pelo art. 10, I, da Lei nº 11.079/04, a abertura do processo licitatório está condicionada a autorização da autoridade competente, fundamentada em estudos que demonstrem a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção por essa modalidade, e não a concessão comum, que não requer verbas públicas.

⁵² CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Parcerias Público-Privadas - PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 47.

⁵³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 45.

Bem, em âmbito federal, a autoridade competente, segundo a leitura do *caput* do art. 14, será o Órgão Gestor (instituída pelo Decreto nº 5.385, de 04.03.2005). Nos outros entes federativos, dependerá da lei específica. Essa autoridade emitirá sua aprovação ao projeto de parceria com base no estudo técnico elaborado de viabilidade da PPP.

Além de abranger o aspecto da viabilidade econômico-financeira (art. 4º, VII), este estudo deverá demonstrar a conveniência e oportunidade da contratação. Não é preciso ressaltar que esses são os critérios pelo qual o agente administrativo efetua um juízo de valor no que tange ao motivo do ato administrativo, que faz parte do que se denomina mérito dos atos administrativos discricionários. A lei exigiu, então, a demonstração do interesse público para a contratação por esse regime de Parceria Público-Privada, da mesma forma que o art. 5º da Lei nº 9.987/95.

Critica, no entanto, CRETELLA NETO⁵⁴, que “*se se está diante de um ato discricionário, parece claro que não se necessitaria de um estudo técnico para demonstrar a “conveniência” e a “oportunidade” da contratação por meio da parceria público-privada*”. No entanto, como a devida *venia* ao nobre jurista, não é porque os atos discricionários não têm seus motivos e objetos expostos na lei, ao contrário dos vinculados que os têm, que a lei não poderia exigir a demonstração de conveniência e oportunidade. Nas palavras de GARCIA⁵⁵, “*o objetivo é explicitar os motivos da escolha desta modalidade contratual, limitando a discricionariedade administrativa*”.

Segundo o professor ARAGÃO⁵⁶:

“Face às necessidades de realização de investimentos em infra-estrutura, impossibilitados em razão da falta de verba própria do Estado e do esgotamento da sua capacidade de investimento, a que as parcerias público-privadas visam fazer frente, sempre foi considerado o risco de as PPPs servirem como meio de afrouxamento das normas de responsabilidade fiscal, ainda mais considerando serem substancialmente uma forma de o Estado financiar no longo prazo infra-estruturas com as quais não poderia arcar de uma só vez no presente”.

A preocupação de proteger as PPPs contra os riscos fiscais e com a sustentabilidade financeira do projeto fez com que o legislador estabelecesse para abertura do procedimento licitatório, o cumprimento de inúmeros requisitos de ordem financeira, para se adequar a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Então, na fase orçamentária, por exemplo, o estudo que fundamentará a autorização governamental deve demonstrar, conforme art. 10, I, “b”, que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, serem compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa. Se tal medida for descumprida, os administradores estarão sujeitos a sanções administrativas e penais, e o respectivo ente público terá retido seus repasses financeiros da União e suas contas recusadas pelos Tribunais de Contas.

Esse estudo também deverá demonstrar que as obrigações contraídas pela Administração Pública, relativas ao objeto desse contrato, estão observando os limites e condições decorrentes da aplicação dos art. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 2000, pela natureza de dívida pública

⁵⁴ CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Parcerias Público-Privadas - PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 84.

⁵⁵ GARCIA, Flavio Amaral. *As Principais Inovações das Licitações na Contratação de Parceria Público-Privada*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII–Parcerias Público-Privadas.2006. p. 187.

⁵⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos. *As Parcerias Público-Privadas – PPPs no direito positivo brasileiro*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 70.

consolidada. A abertura do procedimento licitatório também está condicionada a estudo técnico que comprove a elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada (art. 10, II), estando tal regra, de acordo com o inciso I do art. 16 da LC nº 101/2000.

Para MILESKI⁵⁷:

“Esta é uma exigência importante para ser verificada não só a viabilidade financeira do contrato, mas também a repercussão orçamentário-financeira no período de vigência do mesmo, no sentido de ser preservado o equilíbrio entre receita e despesa, juntamente com os limites de endividamento previstos na lei de responsabilidade fiscal”.

No entanto, lembra CRETELLA NETO⁵⁸:

“Ora, por melhor que seja o estudo a qualidade da empresa encarregada de elaborá-lo, não pode deixar de ser assinalado que a estimativa estipulada pelo inciso II do art. 10 é mera peça de ficção. Com efeito, uma vez que os contratos de PPP podem perdurar por até 35 anos e, se já será difícil estimar o impacto durante os primeiros anos, que dirá de períodos futuros, mais distantes no tempo”.

Também deverá constar do estudo, conforme o inciso III, uma declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato de Parceria Público-Privada se compatibilizam com a lei de diretrizes orçamentárias e com a lei orçamentária anual. Mais uma vez, tal regra está em estrita consonância com o disposto no inciso II do art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O estudo deverá estar consubstanciado, ainda, com a previsão do objeto do contrato de PPP no plano plurianual em vigor (em observância ao art. 167, §1º da CRFB/88) e da estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento das obrigações contraídas pela Administração Pública, durante a vigência do contrato (art. 10, inciso V e VI, da Lei nº 11.079/04, respectivamente).

Esclarece GARCIA⁵⁹ que, *“não mais de admite que o crescimento do gasto público se dê de modo indiscriminado e sem uma adequada vinculação com as leis orçamentárias”.*

No entanto, ressalta CRETELLA NETO⁶⁰:

“(…) quando se atenta para os prazos dos contratos de PPP, vê-se que inexistem meios teóricos ou práticos para estabelecer, ao longo de tanto tempo, o montante de recursos que serão demandados ao Poder Público. A

⁵⁷ MILESKI, Helio Saul. *Parcerias Público-Privadas: Fundamentos, Aplicação e Alcance da Lei, Elementos Definidores, Princípios, Regras Específicas para licitações e contratos, aspectos controvertidos, Controle e Perspectivas de Aplicação da Lei 11.079/04*. In: REVISTA INTERESSE PÚBLICO nº 29, p. 78.

⁵⁸ CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Parcerias Público-Privadas - PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 89.

⁵⁹ GARCIA, Flavio Amaral. *As Principais Inovações das Licitações na Contratação de Parceria Público-Privada*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII-Parcerias Público-Privadas.2006. p. 191.

⁶⁰ CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Parcerias Público-Privadas - PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 90.

exatidão das estimativas será inversamente proporcional à distância no tempo, entre a celebração do contrato e o exercício financeiro acerca do qual se pretenda estimar o fluxo de recursos”.

De todo modo, apesar complexidade da tarefa, em razão da velocidade e imprevisibilidade dos acontecimentos econômicos, sociais e financeiros, por serem regras que exigem a observância da Lei de Responsabilidade Fiscal e das leis orçamentárias, todas estas estimativas e declarações objetivam evitar o comprometimento das receitas públicas com gastos futuros e não programados.

Por ser bem possível que ocorram vários incidentes nas diversas fases do procedimento licitatório, estabelece o art. 10, §2º que sempre que a assinatura do contrato ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, deverá ser precedida da atualização dos estudos e demonstrações a que se referem os incisos I a IV do *caput*, com o objetivo de atualizar o objeto do contrato à realidade do momento de sua assinatura.

Ainda na fase interna da licitação, impõe o inciso VI do art. 10, da Lei nº 11.079/04, a submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, com o objetivo de seguir a diretriz traçada no art. 4º, V desta lei e estimular o controle social, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, com informações sobre a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, do prazo de duração e do valor estimado do contrato, com abertura de prazo para o recebimento de sugestões.

Uma outra condição prevista no inciso VII é a exigência de licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, que passou a ser regra geral para quaisquer empreendimentos de vulto (não apenas públicos) e não poderia ser diferente com as parcerias público-privadas. Assim, afirma CARVALHO FILHO⁶¹ que *“só através dela se poderá verificar se o meio ambiente não estará sujeito a danos fatais e irreversíveis”.*

Para MUKAI⁶², a permissão para dar início à licitação apenas com a posse de diretrizes para o licenciamento ambiental *“é ilegal e inconstitucional”.* Segundo o professor, pelo o inciso IV do §1º do art. 225, da CRFB/88, *“no caso de instalação de obra ou de atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, deverá haver um Estudo Prévio de Impacto Ambiental, a que se dará publicidade”.*

Na fase interna, impõe-se ainda a elaboração do edital que é o instrumento convocatório na modalidade da concorrência, contendo a minuta do contrato, conforme art. 11 da Lei nº 11.079/04. O edital também deverá indicar expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os art. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987/95. É importante observar, que tais regras abrem a possibilidade de disponibilização dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados pelo concedente, em troca do ressarcimento dos dispêndios correspondentes, conforme especificados no edital.

O inciso II do art. 11, que foi vetado, previa que o contratado poderia ficar responsável pela elaboração dos projetos executivos das obras. Segundo as razões de veto do Presidente da República, na Mensagem nº 1.006, de 30.12.2004 ao Presidente do Senado Federal, por esse dispositivo, poderia se presumir que *“a Administração teria a obrigação de realizar o projeto básico das obras”.* E que *“as parcerias público-privadas só se justificam se o parceiro privado puder prestar os serviços contratados de forma mais eficiente que a Administração Pública”.*

⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 336.

⁶² MUKAI, Toshio; Sylvio Toshiro Mukai, ... [et al.]. *Parcerias Público-Privadas: comentários à Lei Federal nº 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 17.

Constava também no veto, que *“este ganho de eficiência pode advir de diversas fontes, uma das quais vem merecendo especial destaque na experiência internacional: a elaboração dos projetos básico e executivo pelo parceiro privado”*. Nas palavras de ARAGÃO⁶³, *“o espírito das parcerias público-privadas é justamente se valer da expertise privada para dar melhores soluções às necessidades públicas”*.

Além da faculdade de previsão no edital de garantia limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação (art. 11, I, Lei nº 11.079/04), admite-se a colocação de uma cláusula compromissória do emprego do mecanismo da arbitragem, regulado pela Lei nº 9.307/96, como instrumento de solução de conflitos, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

A lei exige que deva ser realizada no Brasil e em língua portuguesa (art. 11, III, Lei nº 11.079/04), mas a adoção do idioma português como o oficial do procedimento, não impede a adoção de outros idiomas ou ritos, árbitros estrangeiros já empregados e reconhecidos mundialmente.

Muito se tem discutido sobre a legalidade da utilização da arbitragem nos contratos administrativos. Como óbices à admissibilidade de cláusulas de arbitragem encontramos o argumento de que a arbitragem não pode ser utilizada em questões que envolvam o Poder Público, por estarem em jogo direitos públicos, indisponíveis; o princípio da legalidade administrativa e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

No entanto, tais argumentos não se configuram procedentes. Segundo o professor SOUTO⁶⁴:

“(...) a previsão de arbitragem nesses contratos é inovação que espanca diversas dúvidas no sentido de que seu uso seria contrário ao princípio da legalidade e da jurisdição. (...) O interesse público se realiza com a composição de conflitos e não pela sua permanência, que só afugenta investidores que podem trazer os recursos que levam ao desenvolvimento”.

O art. 12 da Lei nº 11.079/04 foi claro ao estabelecer que o procedimento licitatório obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos, ou seja, à Lei nº 8.666/93 e que a Lei nº 11.079/04 terá caráter complementar. No entanto, isso não contraria o que já foi dito, que quanto à licitação, as normas consignadas na Lei nº 11.079/04 teriam aplicabilidade primária, e que as normas da Lei nº 8.666/93 teriam aplicabilidade subsidiária, pois, quando a Lei das PPPs mandar seguir outros critérios ou procedimentos, esta prevalece sobre a Lei de Licitações, ou seja, aplica-se esta em tudo o mais que não for conflitante com a Lei nº 11.079/04.

A Lei de PPP permite, no inciso I do art. 12, que o Poder Público faça uma aferição prévia da qualificação técnica das propostas apresentadas, desclassificando os proponentes que não obtiverem pontuação mínima. Nesse ponto, critica o professor MUKAI⁶⁵ que *“trata-se de uma disposição inócua e que tem a finalidade de “afastar” interessados que não agradem a Administração”*, podendo começar aqui, o “dirigismo” na licitação.

Os critérios a serem adotados além dos previstos nos incisos I e V do art. 15 da Lei nº 8.987/95: (I) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado (critério mais objetivo); (II) a melhor

⁶³ ARAGÃO, Alexandre Santos. *As Parcerias Público-Privadas – PPPs no direito positivo brasileiro*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 81.

⁶⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.43.

⁶⁵ MUKAI, Toshio; Sylvio Toshio Mukai, ... [et al.]. *Parcerias Público-Privadas: comentários à Lei Federal nº 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES.*; Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 20.

proposta técnica, com preço fixado no edital; e também os seguintes, previstos no inciso II da Lei nº 11.079/04: (a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública (critério absolutamente objetivo); (b) melhor proposta em razão da combinação do critério de menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital.

Lembra SOUTO⁶⁶, que o repúdio ao critério de maior valor de outorga, não reproduzido na Lei das PPPs, “*ao argumento de que qualquer pagamento feito pelo licitante terá repercussão na tarifa, elevando o custo do serviço público ao usuário*”, suprime “*essa via de receita primária*”, ficando o Erário “*sem precioso instrumento de caixa, mas que, por outro lado, viabiliza o princípio da modicidade das tarifas*”.

Estabelece o inciso III do art. 12, que o edital definirá a forma de apresentação das propostas econômicas, indicando padrões de apresentação que permitam mais facilmente a comparação entre as ofertas dos concorrentes, admitindo-se também, propostas escritas em envelopes lacrados, ou propostas escritas, seguidas de lances em viva voz.

Em relação aos lances em viva voz, que apresentam uma enorme semelhança com a modalidade de pregão (art. 4º, VIII e IX, da Lei nº 10.520/02), estes deverão sempre ser oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances, de modo que “*os lances se sucederão até que nenhum dos demais participantes cubra o último oferecido*”⁶⁷ e o edital poderá restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% (vinte por cento) maior que o valor da melhor proposta.

A Lei de PPP, no inciso IV do art. 12, dispõe, também, que o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório. Ressalta JOSÉ CRETELLA NETO⁶⁸, que “*a substituição de um envelope lacrado por outro permitirá alterações mais amplas*”, até mesmo alterando completamente a proposta original. Por isso, para TOSHIO MUKAI⁶⁹, essa “*norma é absolutamente ilegal e inconstitucional. Ilegal porque atenta contra o princípio da competitividade nas licitações (art. 3º, §1º, I da Lei nº 8.666/93) e inconstitucional porque atenta contra o princípio da igualdade (art. 37, XXI, da CF)*”.

A Lei nº 11.079/04 possibilita ainda a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, desde que previsto no edital, este sendo precedente àquela, tal como também sucede na modalidade de pregão. Nas palavras de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO⁷⁰, “*no sistema clássico, perdem-se horas examinando os documentos de habilitação para, ao final, ser escolhido apenas o vencedor; tal sistema contraria a modernidade e refoge a qualquer padrão da razoabilidade*”. Por isso, segundo o professor, “*a lei não deveria ter previsto a faculdade, mas sim a obrigatoriedade da inversão. É muito mais lógico julgar primeiramente as propostas, para só depois verificar a documentação exclusivamente do vencedor*”.

⁶⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.50.

⁶⁷ CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Parcerias Público-Privadas- PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 110.

⁶⁸ CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Parcerias Público-Privadas- PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 109.

⁶⁹ MUKAI, Toshio; Sylvio Toshiro Mukai, ... [et al.]. *Parcerias Público-Privadas: comentários à Lei Federal nº 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 26.

⁷⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 338.

3.5. Da Sociedade de Propósito Específico – SPE

Desde o projeto de lei nº 2.546, que culminou na Lei nº 11.079/04, existe a previsão da constituição pelo licitante vencedor de uma sociedade de propósito específico (SPE) para implantar e gerir seu objeto, bem como a adoção de contabilidade e demonstração financeira padronizadas, como condição para celebração do contrato.

A constituição da SPE, portanto, deve ocorrer antes da celebração do contrato de parceria, mas não é requisito para a participação na licitação. Ou seja, antes da celebração do contrato, entende-se no procedimento licitatório, participará sem problemas a pessoa jurídica já existente ou mesmo um consórcio. Somente aquele que vencer o certame terá que cumprir obrigação pré-contratual de instituir a SPE, para implantar e gerir o objeto da parceria.

Enquanto as demais sociedades empresárias possuem como objeto social uma ou mais atividades econômicas, a SPE tem em seu objeto social a atuação limitada à exploração de determinado empreendimento, impedindo que seus administradores prospectem “*outras oportunidades de negócio, sob pena de praticarem atos ultra vires, ou seja, atos que extrapolam o objeto social*”, explica ROCHA⁷¹.

A importância da constituição da SPE está relacionada, exatamente, à limitação da atividade empresarial ao empreendimento específico, pois possibilitaria ao parceiro público ter conhecimento dos resultados da atividade para repartição de riscos, reajustes tarifários e remuneração do parceiro privado. Facilitaria também a obtenção de financiamento por meio do *project finance*, com a vinculação dos recebíveis do projeto ao pagamento dos credores e amortização das prestações devidas. No caso da modalidade de concessão administrativa, seria estruturado apenas com os recebíveis do Estado, mas na modalidade de concessão patrocinada, além dos recebíveis provenientes do Estado, também contaria com os recursos tarifários.

Nas palavras do professor ROCHA⁷², um risco seria “*a limitação da responsabilidade das sociedades integrantes da joint venture à sua participação da SPE*”. No entanto, essa regra poderia ser facilmente afastada pela inserção de uma cláusula de fiança das sócias da SPE com renúncia ao benefício de ordem pelas obrigações desta sociedade, ficando a responsabilidade solidária, na forma dos arts. 827 e 828 do novo Código Civil.

Vale ressaltar que a SPE poderá assumir, em princípio, qualquer forma societária legal, inclusive a de sociedade limitada, permitindo (sendo esta uma faculdade, tão-somente) o §2º do art. 9º da Lei nº 11.079/04 que ela assuma a forma de companhia aberta, para ter acesso ao mercado de capitais, captar os recursos necessários ao empreendimento e permitir uma maior transparência devido à prestação pública de contas.

Já o §3º do art. 9º estabelece que a SPE deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, respeitando os direitos dos acionistas (majoritários e minoritários), credores, trabalhadores e também da sociedade.

Permite ainda o §1º do art. 9º que ocorra a transferência do controle da SPE, desde que ocorra autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987/95, segundo o qual, o pretendente deverá atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal

⁷¹ ROCHA, Henrique Bastos. A Sociedade de Propósito Específico nas Parcerias Público-Privadas. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 274.

⁷² ROCHA, Henrique Bastos. A Sociedade de Propósito Específico nas Parcerias Público-Privadas. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 276.

necessárias à assunção do serviço e comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

A autorização governamental, no entanto, não é exigida quando a aquisição do controle decorre da inadimplência da SPE com a financiadora do projeto da PPP, como estabelece o art. 5º, §2º, I, da Lei nº 11.079/04, o que poderia ocorrer com o penhor de ações do capital da SPE.

A Lei de PPP também veda no art. 9º, §4º que a Administração Pública seja titular da maioria do capital votante das SPE, a não ser que a aquisição da maioria do capital votante da SPE se dê por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento. Apesar da vedação à detenção pelo Estado do controle societário da SPE, não existe qualquer empecilho para a sua participação minoritária no capital votante dessa sociedade. Ressalte-se ainda que a integralização do capital da SPE subscrito pelo Poder Público não pode ser considerada remuneração do parceiro privado. Um dos perigos que esse dispositivo apresenta é o de tornar a PPP uma espécie híbrida, que poderia acabar sendo batizada de parceria público-público-privado-pública. Isto porque, o Estado pode contratar e oferecer contraprestação, os fundos de pensão ou o próprio Estado entrar como sócio, e o BNDES, por fim, financiar.

3.6. Das Cláusulas Contratuais

Cumpridos todos os requisitos do procedimento licitatório e constituída a sociedade de propósito específico, o objeto da licitação deverá ser adjudicado ao vencedor e celebrado o contrato de parceria público-privada. Sendo assim, estabelece o inciso I do art. 5º, da Lei nº 11.079/04, que deverá constar o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação. Então, o contrato só admite prorrogação se o prazo total não ultrapassar o limite de 35 anos. Segundo CARVALHO FILHO⁷³, “a fixação do prazo fica a critério da Administração; nesse ponto, portanto, exerce atividade discricionária”, cabendo, no entanto, observar o princípio da proporcionalidade.

Devem ser previstas no contrato as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais e os mecanismos a serem utilizados na preservação da atualidade da prestação dos serviços (art. 5º, IV e V). Segundo o §1º, as cláusulas contratuais de atualização automática de valores, baseadas em índices e fórmulas matemáticas, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, razões fundamentadas para a rejeição da atualização.

A Lei de PPP também impõe a presença no contrato da previsão: (i) das penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual (art. 5º, II); (ii) dos fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia (art. 5º, VI); (iii) dos critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado (art. 5º, VII); (iv) da prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos (art. 5º, VIII); (v) do compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado (art. 5º, IX); (vi) da realização de vistoria dos bens reversíveis (art. 5º, X).

Uma outra cláusula obrigatória, e extremamente essencial neste instrumento de contratação, é a da identificação dos riscos, a quantificação e a alocação das responsabilidades sobre todos os riscos

⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 330.

identificáveis na época da contratação, com a transferência para o parceiro em melhor posição para bancá-lo. Apesar de a Lei de PPP, em regra, não distinguir entre os diversos tipos de riscos a que se sujeitam os investimentos, nem determinar como tais riscos devem ser enfrentados e o critério da partilha, ela estabeleceu expressamente a regra de repartição, objetivando principalmente, a viabilidade da contratação. O Estado deve então, no momento da formatação da contratação, elencar todos os tipos de riscos, ou seja, potenciais eventos danosos, levando em conta quais poderiam ser assumidos integralmente pelas partes e quais deveriam ser compartilhados e em qual proporção.

O primeiro e maior dos riscos a preocupar os investidores é o risco político. Por envolverem grandes quantias e contratos longos, as PPPs não podem sofrer com mudanças abruptas de orientação na política pública, a cada alternância no poder. O risco político também envolve o “fato do príncipe”, entendido como alterações administrativas, alheias ao contrato, que maculam a estabilidade da relação pactuada. Diferentemente da Lei nº 8.666/93, que estabelecia ser a Administração Pública a responsável por tais eventos, a Lei das PPPs, apesar de não estabelecer de antemão regras sobre o assunto, possibilitou a repartição entre as partes dos riscos referentes ao fato do príncipe e à álea econômica extraordinária, assim como os efeitos do caso fortuito e da força maior. Um outro importante risco a ser considerado, é o risco regulatório, associado à intervenção do regulador, que assume, em determinados setores, uma importância fundamental. A indefinição ou imprecisão nos contornos da competência de intervenção de cada ente pode acarretar em um aumento dos riscos, atingindo o equilíbrio financeiro do contrato de PPP. Para evitar tal risco, faz-se mister definir claramente as competências e limites de atuação dos órgãos reguladores.

Podem ser citados também: o risco tecnológico (caso o empreendimento fique defasado por inovação tecnológica não absorvida, deixando o usuário sem um serviço de qualidade e mais barato); risco de receita (pode cair a demanda pelo serviço ou pode ocorrer inadimplemento do usuário no pagamento das tarifas. Um caminho seria o contrato estabelecer um limite, sendo que até determinado valor de receita, permaneceria a obrigação de o Estado remunerar o ente privado, e acima, o risco seria suportado pelo parceiro privado); risco cambial (a depreciação da moeda local pode provocar prejuízo, pois em muitos casos, os investidores não aceitam a aplicação de índices locais); e o risco social ou ambiental negativo (os projetos podem oferecer impactos como o aumento de preços dos serviços, a degradação ambiental e etc. A tarefa das partes será regulamentar o que possa vir a surgir, estabelecendo quem deverá suportar e em que medida os efeitos daí decorrentes).

Vale acrescentar que do contrato ou em relação a ele, outros contratos irão ser desenvolvidos no âmbito da PPP, tais como o contrato de construção, contratos de operação e manutenção, contratos de financiamento. Cada um desses contratos, no todo ou em parte, envolvendo as mesmas partes, ou não, estarão encadeado com os demais. Pode ocorrer então, que ocorram atrasos e prejuízos para ambas as partes, em decorrência de suas relações com terceiros.

Eliminar todos os tipos de riscos parece impossível. No entanto, mitigar os riscos é uma diretriz fundamental, talvez a mais importante, na contratação das PPPs. A possibilidade financiamento em muito será definida em face dos riscos a serem suportados pelas partes, em especial pelo setor privado. Portanto, a previsão dos riscos assumidos terá impacto decisivo na avaliação dos financiadores.

3.7. Da Contraprestação e das Garantias

Apresenta o art. 6º da Lei nº 11.079/04, um rol exemplificativo das contraprestações que a Administração Pública poderá oferecer nos contratos de PPP. Temos por exemplo, a ordem

bancária; a cessão de créditos não-tributários; a outorga de direitos em face da Administração Pública; a outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; ou outros meios admitidos em lei.

Cabe ressaltar que é previsto, parágrafo único do art. 6º, a possibilidade de pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade estabelecidos em critérios objetivos de avaliação do parceiro privado (art. 5º, VII) definidos no contrato. Seja qual for a forma pela qual a contraprestação se apresente, ela só poderá ser efetuada quando já estiver disponibilizado o serviço objeto do contrato de parceria público-privada, de acordo com o art. 7º da Lei nº 11.079/04, sendo, no entanto, facultado à Administração Pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível desse serviço.

Ocorre, que o Estado brasileiro não é um bom pagador. Desse modo, a elaboração da Lei de PPP demonstrou a enorme preocupação em tranquilizar o investidor e evitar que o concessionário sofresse prejuízos ou corresse riscos diante de eventual inadimplemento do poder concedente.

Acrescenta o professor ARAGÃO⁷⁴ que:

“(...) ordinariamente o credor do Estado tem que iniciar o seu périplo propondo uma ação no Poder Judiciário, que demoraria anos a ser julgada, e, depois, esperar o seu precatório ser pago, o que via de regra demanda no mínimo a mesma quantidade de anos, ainda mais se considerando os fortes contingenciamentos que os últimos orçamentos vêm sofrendo”.

O projeto de lei chegou a veicular o direito de preferência nos pagamentos aos parceiros privados em relação às demais obrigações contratuais. Tal dispositivo não foi reproduzido definitivamente, mas a lei, além da possibilidade de arbitragem, exceção ao caminho que os credores em geral percorreriam para serem pagos, estabeleceu uma série de garantias no art. 8º para as obrigações pecuniárias contraídas pelo Estado, como a contratação de seguro-garantia junto a companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; ou mesmo garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.

Admite também o art. 8º, como garantia, a vinculação de receitas, exceto a receita de impostos, pela proibição do art. 167, IV da CRFB/88 e a utilização de fundos especiais previstos em lei. Em relação a esta última hipótese, o art. 16 autorizou a União, suas autarquias e fundações participem de um Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, com natureza privada e sem fim lucrativo, administrado por instituição financeira controlada direta ou indiretamente pela União. Em caso de inadimplência do cotista do Fundo, o parceiro privado poderá acionar diretamente a garantia dada pelo Fundo (fiança, penhor, hipoteca, alienação fiduciária e etc., conforme art. 18, da Lei nº 11.079/04), funcionando como verdadeiro patrimônio de afetação. Tais garantias são mecanismos utilizados para fazer com que o parceiro privado-credor não se sujeite ao regime do precatório (art. 100, CF). Elas vêm sendo criticadas, pois estaria se criando uma categoria especial de credores do Poder Público. Não quer dizer, no entanto, que haja inconstitucionalidade, pois a própria Constituição permite que se adote a forma privada, para se buscar o atendimento mais eficiente dos seus objetivos.

O professor HARADA⁷⁵ afirma que o Fundo seria incompatível com o art. 165, §9º, II, CRFB/88, que impõe lei complementar para estabelecer *“as condições para instituição e funcionamento de*

⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos. *As Parcerias Público-Privadas – PPPs no direito positivo brasileiro*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 77.

fundos”; e com o art. 71 da lei nº 4.320/64, que vedaria que os fundos garantissem dívidas pecuniárias. Com tais afirmações, não concorda o professor ARAGÃO⁷⁶, pois a exigência do art. 165, §9º, II, CRFB/88, não é para criação de cada fundo específico, mas uma lei genérica, que no caso é a Lei nº 4.320/64. E a violação ao art. 71 desta Lei não existiria, pois um dos objetivos dos Fundos pode ser garantir as dívidas da realização de projetos de infra-estrutura.

Além da possibilidade de transferência do controle da SPE para os seus financiadores, com o objetivo de promover a reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços (art. 5º, §2º, I), um caminho inédito no ordenamento jurídico brasileiro é a possibilidade, prevista no art. 5º, §2º, II e III, da Lei nº 11.079/04, de que os empenhos das obrigações pecuniárias se façam em nome dos financiadores do projeto e não do contratado, e que estes recebam as indenizações por extinção antecipada do contrato.

3.8. Aspectos Financeiros

Em relação ao enquadramento do endividamento resultante do contrato de PPP, conclui o professor JURUENA⁷⁷ que:

“(...) se o instituto for corretamente empregado, o que se busca é que o particular preste um serviço à Administração e por ele seja remunerado, é, pois, típica despesa de custeio, afinal, a Administração não quer receber uma obra pública, quer a gestão de um serviço com a agilidade e eficiência do setor privado. Para tanto, o contratado terá que investir na montagem da estrutura sobre a qual prestará o serviço. Mas, frise-se, o que se busca é a gestão privado do serviço”.

No mesmo sentido encontra-se o professor ARAGÃO⁷⁸: *“as PPPs, então, não devem ser entendidas como a compra de uma obra a prazo pela Administração, mas a contratação de um serviço, com remuneração atrelada à sua disponibilidade e ao cumprimento das metas”.*

Agora, o dispositivo que amenizou a crítica de que a PPP seria uma forma de burlar a Lei de Responsabilidade Fiscal é o art. 22 da Lei nº 11.079/04, que limitou os gastos com PPP a 1% (um por cento) da receita corrente líquida. Apesar de ser aplicável somente à União, ela deve ser cumprida por Municípios e Estados, pois tal norma dispõe que a concessão de garantias, como também o repasse de recursos voluntários por parte da União aos outros Entes federativos, estaria condicionado ao cumprimento da LRF e do referido limite, conforme aferido pela Secretaria do Tesouro Nacional (art. 28, lei nº 11.079/04).

⁷⁵ HARADA, Kioshi. *“Parecer jurídico sobre o artigo 8º da Lei nº 11.079/04, conhecida como Lei das PPPs, que permite a vinculação de receitas públicas e instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei”*. Documento WWW: <http://www.escriptorioonline.com.br>. Acessado em: 21/05/2006.

⁷⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos. *As Parcerias Público-Privadas – PPPs no direito positivo brasileiro*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 78.

⁷⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Parcerias Público-Privadas*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 38.

⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos. *As Parcerias Público-Privadas – PPPs no direito positivo brasileiro*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006. p. 72.

4. PPP NO TRANSPORTE METROFERROVIÁRIO

Ficou claro que a Parceria Público-Privada foi criada, exatamente, para ser utilizado na prestação de serviços públicos que não apresentem sustentabilidade financeira somente com as tarifas pagas pelos usuários, prevendo a possibilidade de compartilhar os riscos, várias garantias e contraprestação do Poder Público vinculado à performance da SPE.

A análise jurídica desse instrumento mostrou-se importante porque o pleno sucesso da Parceria Público-Privada depende da identificação e conhecimento acerca do alicerce jurídico-legal sobre o qual vai se edificando esta nova modalidade de contratação pública. Convém não esquecer que muitas iniciativas governamentais e programas engenhosos de elevada consistência do ponto de vista da ação política e econômica, muitas vezes fracassam porque não encontram suporte legal adequado.

Antes de se aventar, no entanto, sobre a possibilidade de sua utilização como mecanismo no financiamento e auto-sustentabilidade dos transportes metroferroviários, o foco deve ser a identificação e delimitação do transporte de passageiros sobre trilhos no Brasil, como também de sua situação atual.

O transporte terrestre de passageiros é elencado expressamente pela CRFB/88 como serviço público e envolve, basicamente, o rodoviário e os modais sobre trilhos: ferroviário e metroferroviário. Apesar de semelhantes, esses dois últimos modais se distinguem, principalmente, por envolver tecnologias distintas e porque o sistema metroferroviário, em sua maior parte, é implantado abaixo da superfície.

O transporte de passageiros sobre trilhos, portanto, compreende a infra-estrutura ferroviária e metroferroviária, abrangendo as redes ou linhas sob jurisdição federal, estadual, municipal e particular. Em comparação ao sistema rodoviário, a implantação da ligação sobre trilhos, envolve maiores custos e demanda maiores estudos, principalmente, relacionados à escolha do regime jurídico, viabilidade financeira e operação, por parte do Poder Público.

A respeito do regime jurídico, estabelece a CRFB/88, no seu art. 175, que o Poder Público pode, no processo de modelagem da prestação do serviço, escolher uma entre essas várias possibilidades encontradas no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a prestação de um serviço pode migrar da acepção direta (prestação direta pelo Estado), até o regime de concessão comum (Lei nº 8.987/95), permissão ou autorização, passando por formas mistas, entre as quais, a Parceria Público-Privada (Lei nº 11.079/04), em regra, após licitação pública prévia e através da formalização de um contrato. Nesse processo de modelagem, deverá ser levado em conta, necessariamente, a viabilidade financeira do empreendimento e as conformações do Estado às dinâmicas sociais.

Em relação à operação, nas palavras do ilustre professor SOUTO⁷⁹:

“Os serviços de transportes envolvem a atividade propriamente dita e a preparação e a manutenção da respectiva infra-estrutura, tais como as rodovias, (...) ferrovias e linhas de transporte metroferroviário e respectivas estações de embarque”. (edição nossa)

⁷⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *DESESTATIZAÇÃO. Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 157.

Um aprofundado estudo sobre a operação é necessário porque a infra-estrutura (via sobre trilhos) interfere consideravelmente na estrutura urbana. É da própria natureza do transporte ferroviário ou metroferroviário penetrar nos núcleos urbanos, ocasionando reserva de área por onde passarão os trilhos, e, posteriormente, grandes obras de infra-estrutura para instalação das linhas, estações de embarques e, no caso do sistema metroferroviário, perfuração dos túneis subterrâneos. Se os estudos não forem bem feitos, serão criados mais problemas urbanísticos do que os benefícios que a implantação de um sistema sobre trilhos poderia trazer.

Identificado o transporte de passageiros sobre trilhos, passa-se à análise de sua situação atual. Apesar da existência de sistemas ferroviários e metroferroviários em várias capitais brasileiras, eles geralmente são subutilizados e marginalizados, devido a uma imagem desgastada pelo abandono e degradação sofridos. De acordo com o Boletim Estatístico da Confederação Nacional de Transportes⁸⁰, a malha rodoviária brasileira possui 1.610.076 km de extensão, enquanto a malha ferroviária possui somente 29.798 km.

Em relação aos passageiros transportados, em 2004, o sistema rodoviário interestadual ou internacional transportou 132.787.448 passageiros e 3.582.300.072 passageiros somente nas principais cidades brasileiras (Belo Horizonte, Goiânia, Fortaleza, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro, Salvador e São Paulo). Enquanto isso, o sistema ferroviário em viagens internacionais ou interestaduais foi utilizado por 1.686.017 passageiros, e o sistema metroferroviário nas grandes zonas urbanas transportou um total de 1.114.769.555 de passageiros.

No que tange somente ao transporte metroferroviário, especificamente, esse modal envolve 15 sistemas nas principais regiões metropolitanas brasileiras, entre elas: Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre, Belo Horizonte, Recife, Teresina, Salvador, Fortaleza, Maceió, João Pessoa, Natal e Brasília, abrangendo 43 milhões de pessoas e transportando anualmente aproximadamente 1.200.000.000 de passageiros. Apesar dos números, representam apenas 7% do transporte público total⁸¹.

Embora vários estudos demonstrem que as grandes cidades brasileiras só poderão melhorar a condição de vida de seus habitantes com planejamento, uso racional dos espaços públicos e um eficiente sistema de transporte coletivo, pela possibilidade de transportar uma grande quantidade de passageiros, em geral, mesmo sendo considerado um serviço de caráter essencial, o Brasil não conta com um sistema de transporte coletivo eficiente, com capacidade para acompanhar o desenvolvimento social e econômico das regiões metropolitanas e capaz de incentivar seu uso em substituição ao transporte individual.

Por reduzir a circulação de automóveis, a utilização do transporte coletivo, como um todo, alivia os congestionamentos e, por conseguinte, reduz a poluição, poupa energia e diminui os tempos de viagens. Isso porque, comparando ônibus e automóvel, em relação a um passageiro transportado, percebe-se que o segundo modal gasta por quilômetro rodado 12,7 vezes mais energia, gera 17 vezes mais poluição e ocupa área 6,4 vezes maior do que os ônibus, tendo, segundo a Associação Nacional de Transportes Públicos – ANTP, um custo 8 vezes maior⁸².

Além de ser mais econômico e ambientalmente mais saudável para a sociedade, um sistema de transporte urbano com predominância do transporte coletivo é extremamente válido para o planejamento urbano e para incentivar uma distribuição espacial mais equilibrada, racional e sustentável das atividades urbanas, com aumento da qualidade de vida e diminuição dos custos socioeconômicos da população.

⁸⁰ Documento WWW: <http://www.cnt.org.br/cnt/downloads/becnt/becnt_122005.pdf> Acessado em: 10/08/2006.

⁸¹ Documento WWW: <<http://www.cbtu.gov.br>> Acessado em: 10/08/2006

⁸² Documento WWW: <<http://www.antp.org.br/jubileu/pptantp3.htm>> Acessado em: 10/08/2006.

A utilização do sistema metroferroviário esbarra na desarticulação do transporte público, concedido a operadores privados sem efetiva gestão pública, pois os diversos modais, trem metropolitano, metrô, ônibus municipais e intermunicipais e vans, na maioria das vezes, operam de forma desconexa e concorrente. Um problema simples e que seria resolvido pela integração de tais modalidades com a bilhetagem eletrônica e o planejamento integrado.

Além disso, esse setor sofre com fortes contingenciamentos orçamentários, pela pouca ou nenhuma importância dada pelas autoridades brasileiras, havendo ainda problemas relativos às concessões e permissões anteriores à CRFB/88, delegadas sem licitação; com o transporte clandestino de passageiros, com as interferências dos Poderes Judiciário e Legislativo (que impõem novos custos ao concessionário), etc.

Outro obstáculo para expansão da malha metroferroviária hoje existente, e talvez, o principal, é o alto custo para implantação da infra-estrutura. Isso porque, em regra, o transporte metroferroviário não tem sustentabilidade financeira exclusivamente com tarifas pagas pelos usuários, apesar de muitas vezes elevadíssimas para grande parte da população.

O sistema acaba apresentando prejuízo operacional, pela incapacidade de se cobrar dos usuários o custo efetivo dos serviços e pelas restrições impostas ao tráfego de cargas.

A implantação de um sistema de transporte coletivo sofre ainda com a falta de condução a lugares remotos, inexistência de um órgão gestor de transportes, insegurança, atendimento precário, congestionamentos, acidentes de trânsito, poluição ambiental, etc.

Para se iniciar um processo de reordenamento urbano, de combate à pobreza e de inclusão social, é essencial o investimento em transporte público, que deve ter por base o sistema metroferroviário, devidamente planejado e integrado aos demais modos de transporte.

Embora as modalidades de grande capacidade - como os ônibus, trens e barcas, terem potencialidades para resolver os problemas citados anteriormente, o sistema metroferroviário é o modal de transporte coletivo que apresenta: possibilidade de atender grandes contingentes de usuários; mais eficiência; maior rapidez na chegada nos pontos e no percurso do trajeto; maior segurança contra assaltos e violência; um certo conforto comparado aos outros modais de transporte.

Poderia, ainda, agregar a tais qualidades um bom atendimento por parte dos funcionários, um espaço adequadamente planejado ao atendimento das necessidades do usuário, como também um planejamento para poder ser integrado e alimentado pelos outros modais, colaborando para reordenação do território urbano, combate à pobreza e promoção da inclusão social.

Vale ressaltar que esse meio de transporte metroferroviária melhoraria o status social e o conforto de milhões de pessoas que vivem na região de influência desse sistema de transporte, integraria regiões densamente povoadas, promoveria uma melhor acessibilidade aos grandes centros, e, mesmo indiretamente, agregaria valor e recuperaria as áreas no entorno das estações.

Estando clara a importância de promover a implantação ou aumento do sistema metroferroviário para ligar as grandes metrópoles às regiões mais periféricas, com a reordenação do território urbano, combate à pobreza e promoção da inclusão social, chega-se ao objetivo deste trabalho que é a análise sobre a utilização da Parceria Público-Privada como mecanismo no financiamento e auto-sustentabilidade desse sistema de transporte coletivo.

Sendo o transporte coletivo de passageiros um serviço público e sabendo que a Parceria Público-Privada é um dos mecanismos utilizados pelo Estado para transferir a execução desse serviço público para terceiro particular, após a visão geral da nova legislação, é possível perceber que esse instrumento, atualmente, não é uma panacéia, mas uma boa aposta para obtenção dos recursos necessários e retomada dos investimentos na infra-estrutura do setor metroferroviário.

Isso porque, esse contrato de concessão especial tem o objetivo principal de viabilizar, através do compartilhamento de riscos e financiamento privado, a execução de empreendimentos que dificilmente sairiam do papel, devido ao alto custo para o Estado investir sozinho e aos riscos envolvidos para a iniciativa privada, garantindo, por conseguinte, o crescimento econômico e o desenvolvimento do bem-estar social.

Por esse instrumento, a Administração assume o compromisso de pagamento de remuneração variável segundo o desempenho do parceiro privado, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade estabelecidos em critérios objetivos de avaliação do parceiro privado (art. 5º, VII, da Lei nº 11.079/04) definidos no contrato, fornecendo ao contratado uma série de garantias de adimplemento necessárias para reduzir a insegurança dos investidores.

São exemplos dessas garantias, a contratação de seguro-garantia junto a companhias seguradoras e garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Público; garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; vinculação de receitas; e a utilização de fundos especiais como verdadeiro patrimônio de afetação.

Um caminho inédito e importantíssimo para atrair o financiamento privado é a possibilidade, prevista no art. 5º, §2º, II e III, da Lei nº 11.079/04, de que os empenhos das obrigações pecuniárias possam se fazer em nome dos financiadores do projeto e não do contratado, como também, que os financiadores recebam as indenizações por extinção antecipada do contrato.

A utilização da Parceria Público-Privada é, ainda, uma boa aposta como mecanismo no financiamento e obtenção dos recursos necessários para retomada dos investimentos na infraestrutura do setor metroferroviário, porque possibilita a transferência do controle da SPE, constituída para gestão desse modal de transporte, para os seus financiadores, com o objetivo de promover a reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços (art. 5º, §2º, I, da Lei nº 11.079/04).

As PPPs, todavia, não serão remédio para todos os males e não poderão ser aplicadas indiscriminadamente, como solução mágica para a crise de investimentos no setor metroferroviário. Quando o projeto de implantação de sistema metroferroviário se mostrar financeiramente auto-sustentável, deverá ser objeto da concessão comum prevista na Lei nº 8.987/95. Somente nos casos de projetos que não sejam auto-sustentáveis, sem fluxo de caixa ou com fluxo de caixa insuficiente, a PPP será o instrumento ideal.

Alguém pode indagar: porque um instrumento contratual para operar um serviço público não auto-sustentável? Deve ser considerado as externalidades positivas dos projetos que e não somente as receitas diretas pagas pelos usuários da infra-estrutura gerada (que na maioria das vezes é insuficiente).

Essas externalidades são, por exemplo, mais rapidez, segurança e conforto, tarifas mais acessíveis. Além disso, a implantação da PPP como mecanismo de financiamento e auto-sustentabilidade desse sistema, por certo, gerará, mesmo que indiretamente, melhor qualidade de vida para a população, maior eficiência urbana, melhor qualidade ambiental, e reordenação urbana.

Vale ressaltar, que em relação à reordenação urbana, haverá ganho, porque grande parcela da população trabalhadora das grandes metrópoles preferem morar em favelas perto do local de trabalho do que em áreas residenciais periféricas, em virtude da ineficiência do transporte coletivo. Com um transporte rápido, seguro, confortável e barato, milhares de trabalhadores irão preferir ocupar áreas residenciais periféricas para melhorar a qualidade de vida, o que fará diminuir significativamente a favelização nas grandes metrópoles brasileiras.

Nesse contexto, a Parceria Público Privada foi escolhida pelo Governo do Estado de São Paulo como o mecanismo a ser utilizado no financiamento de auto-sustentabilidade da Linha 4 do Metrô⁸³, que terá 12,8 quilômetros de extensão e 11 estações. Estima-se que o projeto beneficiará 1 milhão de usuários e contribuirá para diminuir o trânsito na capital paulista, por permitir a conexão de grandes pólos de concentração de empregos, tais como o Centro Histórico, a Avenida Paulista e a região de Pinheiros-Faria Lima.

A modalidade eleita para celebração dessa contratação pública foi a de concessão patrocinada (possibilitando contraprestação do Estado de São Paulo adicionalmente às tarifas cobradas dos usuários) com prazo de exploração da operação de 30 (trinta) anos, contados a partir da data de início da 1ª fase.

O consórcio ganhador da licitação da primeira PPP do Brasil denominado MetroQuatro é o grupo de empresas liderado pela Companhia de Concessões Rodoviárias (CCR), que detém 68% do consórcio, juntamente com outros três parceiros: um fundo de investimento do Banif Primus (30%), e as operadoras dos metrô de Buenos Aires (Montgomery Participações S.A., Benito Roggio Transportes S.A.) e de Paris (RATP Développement S.A), cada um com 1% do projeto.

A CCR, que já controla a Ponte Rio-Niterói (RJ), NovaDutra (SP/RJ), ViaLagos (RJ), RodoNorte (PR), AutoBAn (SP) e ViaOeste (SP), foi formada em 1998 pela Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa e Serveng-Civilsan e hoje conta com a participação da portuguesa Brisa, uma das principais empresas européias de concessões de rodovias, demonstrando possuir experiência nesse tipo de projeto e que atende os requisitos da qualificação técnica.

Pela proposta apresentada, a Sociedade de Propósito Específico, constituída pelo consórcio, receberá do Estado, além da receita correspondente à tarifa de remuneração (no valor de R\$ 2,08) e de possível receita alternativa, R\$ 75 milhões - em 48 parcelas até 2012 - para pôr em funcionamento e operar a nova linha. Vale ressaltar que o valor de R\$ 75 milhões representou a melhor proposta apresentada – de menor participação pecuniária do Governo do Estado de São Paulo -, que estava limitada ao máximo de R\$ 120 milhões.

Conforme o edital e a minuta de contrato, houve uma divisão em duas fases. Na primeira, prevista para entrar em funcionamento no final de 2008, a nova Linha iniciará a operação com seis estações com previsão de transportar cerca de 704 mil passageiros/dia. A cargo da Concessionária ficou o fornecimento de trens, o sistema de sinalização, de arrecadação e controle de passageiros, e demais serviços de operação e manutenção, a um investimento de US\$ 340 milhões. Já o governo do Estado se encarregou, por exemplo, das escavações e construção das estações, e demais obras civis (12,8 Km de túneis, 6 estações e via permanente); sistema centralizado de arrecadação; 3 estações intermediárias; fornecimento de sistemas de energia, telecomunicações, iluminação, portas de plataforma, controle de arrecadação e de passageiros, ventilação, escadas rolantes e elevadores.

Em 2012, com a entrega de mais cinco estações, é previsto que a demanda da linha chegue aos 970 mil passageiros/dia. Nessa segunda fase, ficou a cargo da Concessionária a complementação do fornecimento de frota de trens, inclusive com operação de sistema de transporte sobre pneus. Para o Estado, coube ainda a conclusão e acabamento das 3 estações intermediárias e execução de outras obras civis.

É importante ressaltar a forma de mitigação dos riscos disposta no contrato. Em relação à mitigação do risco de não realização da demanda projetada, que ocorrerá somente durante a operação da Fase I, prevê o contrato que se a demanda real contabilizada estiver entre 90% e 110% da demanda projetada, não haverá pagamento ou recebimento entre as partes. Caso a demanda real esteja entre 90% e 60% da demanda projetada, a Concessionária receberá do Poder Concedente, por meio da

⁸³ Documento WWW: <<http://www.planejamento.sp.gov.br/PPP/proj.asp#>> Acessado em: 10/08/2006.

câmara de compensação financeira, a título de mitigação do risco de demanda. No entanto, se a demanda real contabilizada estiver entre 110% e 140% da demanda projetada, a Concessionária, ao contrário, pagará ao Poder Concedente.

O contrato prevê também que ultrapassado o prazo de vigência, todo o patrimônio retornará ao Estado, ou seja, haverá reversão dos bens vinculados ao objeto dessa concessão, livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou encargos.

A PPP possibilita, então, o pagamento de uma contraprestação pecuniária pelo Poder Concedente conforme desempenho do contratado, que poderá ser empenhada diretamente ao terceiro financiador, através de um *project finance*. O financiamento também pode ser dar via dívida bancária, dívida estruturada (debêntures), securitização e *leasings*. As formas são muitas e a escolha deverá ser feita no caso concreto.

Pela fama de não ser um bom pagador, para garantir segurança ao financiador, foi prevista uma série de garantias que evitarão o inadimplemento e o longo percurso pelo Poder Judiciário e a utilização do regime do precatório. Além disso, os riscos serão previamente divididos entre as partes, o que ficará mais fácil definir a responsabilidade de cada um.

Abrindo-se com a Parceria Público-Privada a possibilidade de financiamento e de auto-sustentabilidade de serviços públicos de baixo fluxo de caixa, muitos projetos de implantação do sistema metroferroviário em diversas cidades do Brasil poderão sair do papel. Sistemas já existentes poderão ser expandidos para áreas mais periféricas.

O Brasil possui agora um instrumento ideal para o desenvolvimento de tais projetos. O alicerce jurídico-legal ainda está sendo discutido, mas já há uma massa crítica que pode ser aproveitada. Apesar de não haver um projeto em pleno funcionamento, as primeiras PPPs já vão saindo do papel. Inclusive a do projeto de implantação da Linha 4 do metro de São Paulo.

Bastam no momento vontade política e estudos de viabilidade. Nas palavras do professor JURUENA⁸⁴, “*o importante, para não se desvirtuar sua aplicação, é não repartir riscos em situações em que a concessão tradicional seja viável*”.

Não existe dúvida que a implantação de um projeto de sistema metroferroviário, bem modelado e adequado às finalidades da PPP, sob o foco dos controles oficiais e sociais exercidos regularmente, proporcionará diretamente ao setor público ganho em eficiência e economia mensurável e tornar-se-á um bom negócio para o Brasil, mas, principalmente, para a população das grandes metrópoles brasileiras.

⁸⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.55.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Econômico*. In: REVISTA DE DIREITO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. nº 55. Rio de Janeiro. 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *As Parcerias Público-Privadas – PPPs no direito positivo brasileiro*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade – conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006.

BONAVIDES, Paulo, *Ciência Política*, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2005.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Parcerias Público-Privadas - PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COTRIM NETO, A. B.. *A intervenção do Estado na economia – seu processo e ocorrência históricas*. In: REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA, ano 24, nº 96, 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FAYT, Carlos S.. *Derecho Político - Tomo I*. 8ª edição. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.

FINGERMANN, H.; BERNAREGGI, G. M.; e LODOVICI, E. S. *Parceria público-privada. Cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e administrações públicas locais. V. 1: Teoria e prática*. São Paulo, Summus Editorial, 1992a.

FINGERMANN, H.; BERNAREGGI, G. M.; e LODOVICI, E. S. *Cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e administrações públicas locais. V. 2: Experiências em confronto*. São Paulo, Summus Editorial, 1992b.

FURTADO, Milton Braga. *Síntese da Economia Brasileira*. 5ª edição. Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos, 1988.

GARCIA, Flavio Amaral. *As Principais Inovações das Licitações na Contratação de Parceria Público-Privada*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII–Parcerias Público-Privadas.2006.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2001.

LAROSA, Javier Guiridlian. *Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras (nuevas formas de gestión y financiación)*. 1º. Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.

MAUÁ, Visconde. *Exposição aos Credores*, 1946.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MILESKI, Helio Saul. *Parcerias Público-Privadas: Fundamentos, Aplicação e Alcance da Lei, Elementos Definidores, Princípios, Regras Específicas para licitações e contratos, aspectos controvertidos, Controle e Perspectivas de Aplicação da Lei 11.079/04*. In: REVISTA INTERESSE PÚBLICO nº 29.

MOREIRA, T. e CARNEIRO, M. C. F. *A parceria público-privada na infra-estrutura econômica*. In: *Revista do BNDES*, v. 1, n. 2, p. 27-46. Rio de Janeiro, BNDES, dezembro 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão - Temas de Direito Político e Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Competência Concorrente Limitada. O problema da Conceituação das Normas Gerais*. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a.25, nº 100, out/dez 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MUKAI, Toshio; Sylvio Toshio Mukai, ... [et al.]. *Parcerias Público-Privadas: comentários à Lei Federal nº 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito tributário*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROCHA, Henrique Bastos. *A Sociedade de Propósito Específico nas Parcerias Público-Privadas*. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006.

SAMII, R.; WASSENHOVE, L.; e BHATTACHARYA, S. *An innovative publicprivate partnership: new approach to development*. In: *World Development Journal*, n. 6, p. 991-1008. Great Britain, 2002.

SCHMIDT, Mario. *Nova História Crítica do Brasil - 500 anos de História malcontada*. Rio de Janeiro: Nova Geração, 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *DESESTATIZAÇÃO. Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Concessões e Permissões*. In: REVISTA DE DIREITO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nº 50. Rio de Janeiro, 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Parcerias Público-Privadas*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006.

TORRES. Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade*. In: REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA, Brasília, ano 31, nº 121, janeiro/março de 1994.

WALD, Arnaldo. *As PPP e a Infra-estrutura*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII – Parcerias Público-Privadas. 2006.

VALLE, Vanice Lírio do. *Responsabilidade Fiscal e Parcerias Público-Privadas: o Significado das Diretrizes Contidas no art. 4º da Lei nº 11.079/04*. In: A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, nº 19, p. 201-220. jan/mar. 2005.

VARGAS, Getúlio. *Diário / apresentação de Celina Vargas do Amaral Peixoto; edição de Leda Soares*. São Paulo: Siciliano; Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1995.

HARADA, Kioshi. *Parecer jurídico sobre o artigo 8º da Lei nº 11.079/04, conhecida como Lei das PPPs, que permite a vinculação de receitas públicas e instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei*. <http://www.escriorioonline.com.br>. Acessado em: 21/05/2006.