

As Parcerias público-privadas no desenvolvimento estatal brasileiro: perspectivas para um crescimento econômico e a estruturação das finanças públicas

Public-private partnerships in the development of the Brazilian state: perspectives for economic growth and the structuring of public finance

Fernanda Cláudia Araújo da Silva¹

Resumo

A Administração Pública brasileira tem passado por reformas, sobretudo quanto ao planejamento de gastos públicos. Em relevância aos seus aspectos econômicos, de forma a melhorar seus investimentos e, por via de consequência, a melhoria das condições econômicas, somada à necessidade de um melhor aproveitamento do setor privado em conjunto com o setor público, a reforma estatal tem buscado várias diretrizes de investimentos. Isso significa que o Estado passou a manter várias formas de relacionamento entre o setor público e o setor privado, como privatizações, prestações de serviços, contratações, concessão de uso de bem público, consórcios e parcerias em empreendimentos públicos e privados. Por isso, novos modelos interessam ao setor público, pois permitem a participação do particular, enseja o crescimento econômico, desenvolve o setor privado em paralelo ao setor público, além de propiciar um desenvolvimento social. Neste enfoque, evidenciar as Parcerias Público-Privadas, diante desse novo modelo de atuação do setor privado no setor público, e, principalmente, demonstrar que, financeiramente, é viável esse tipo de colaboração entre entidades públicas e entidades privadas. Parcerias Público-Privadas é a colaboração entre entidades públicas e privadas com a finalidade de estruturar, negociar e implementar recursos, desenvolvimento, construção e operação de equipamentos públicos. O processo de desenvolvimento das PPPs no Brasil requer bem mais tempo do que qualquer outro projeto tradicional existente, de forma que deve o Poder Público analisar todas as formas de atuação da PPP, verificar o mercado, os custos, o modelo de financiamento, os riscos e a atuação. Essas perspectivas futuras é que irão, ao longo do tempo, reorganizar as finanças estatais e possibilitar novos investimentos públicos e novos projetos de desenvolvimento. A demora existe em razão do processo burocrático atrelado à cautela do Poder Público, bem como ao mercado financeiro existente, gerando a redução da necessidade de endividamento público, preservando a capacidade endividamento para capacitação de recursos para serviços destinado a para áreas mais carentes. Ainda que sendo melhor para o Estado transferir riscos e responsabilidades para o particular, na PPP a responsabilidade será compartilhada, por isso devem existir grandes cautelas na realização da parceria.

Palavra-chave: Reforma do Estado. Parceria Público-Privada. Entidades Públicas.

Abstract

A Public-Private Partnership is collaboration between public and private institutions, the objective of which is to structure, negotiate and implement resources, development, construction and the operation of public equipment. The process of developing PPPs in Brazil requires a lot more time than any other traditional project, as the government must analyze alternative ways of structuring the PPPs, studying the market, the costs, the type of financing and the risks. These future perspectives will, over time, reorganize state finances and make possible new public investment and new development projects. The delay is a result of the bureaucratic process in conjunction with governmental caution, as well as to the existing financial market. The PPPs will reduce the need for public indebtedness, preserving the government's borrowing power to obtain resources for essential services in needier areas. Although it is better for the government to transfer risks and responsibilities to the private sector, the responsibility will be shared in the PPPs, and therefore much caution should be exercised in consummating the partnership.

Keywords: State Reform. Public-Private Partnership. Public Institutions

¹ Universidade Federal do Ceará - f.c.araujo@ig.com.br.

Introdução

A Administração Pública brasileira tem passado por reformas, sobretudo quanto ao planejamento de gastos públicos. Em relevância aos seus aspectos econômicos, de forma a melhorar seus investimentos e por via de consequência, a melhoria das condições econômicas, somada à necessidade de um melhor aproveitamento do setor privado em conjunto com setor público, a reforma estatal tem buscado várias diretrizes de investimentos.

Isso significa que o Estado passou a manter várias formas de relacionamento entre o setor público e o setor privado, como privatizações, prestações de serviços, contratações, concessão de uso de bem público, consórcios e parcerias em empreendimentos públicos e privados.

A forma que determina a venda do patrimônio pública é ensejada pela privatização, com a transferência de ativos e passivos.

Para o Estado brasileiro, esta atuação não se faz mais presente no contexto econômico atual, uma vez que necessário para o crescimento do país é o desenvolvimento econômico sem a retirada de seu patrimônio. Por isso, novos modelos interessam ao setor público, pois permite a participação do particular, enseja o crescimento econômico, desenvolve o setor privado em paralelo ao setor público, além de propiciar um desenvolvimento social.

Neste enfoque, serão vistas as Parcerias Público-Privadas diante desse novo modelo de atuação do setor privado no setor público, e principalmente demonstrar que, financeiramente, é viável esse tipo de colaboração entre entidades públicas e entidades privadas.

Parcerias Público-Privadas é a colaboração entre entidades públicas e privadas com a finalidade de estruturar, negociar e implementar recursos, desenvolvimento, construção e operação de equipamentos públicos (STAINBACK, 2000).

A noção de Administração Pública que se atrela ao conceito de público passa a ter uma nova reformulação e um novo conceito aparecido, desde a década de 90, com a reforma estatal e, principalmente, com as PPPs.

Keinert (2000, p. 106), analisando o conceito público como referencial paradigmático, diz que:

[...] a partir dos anos 90, percebe-se nova ordenação nos estudos de Administração Pública no Brasil – não mais restringindo-se ao aparelho do Estado e à burocracia governamental -, estendendo-se a uma série de atores envolvidos com questões públicas (*locus*), através de um enfoque político organizacional (*focus*).

Tendo-se percebido a existência de dois grandes períodos, fez-se necessário compreender melhor seu conteúdo. A análise qualitativa surgiu como instrumento adequado para este aprofundamento. Percebeu-se que o “conceito de público” se constituiria no “núcleo de sentido” capaz de orientar a nova pesquisa e avançar na compreensão do campo.

Esse novo conceito de público permite um novo modelo de atuação estatal, sem descaracterizar o próprio Estado. Assim, as PPPs tendem a retirar.

A metodologia utilizada no trabalho monográfico é caracterizada como um estudo descritivo analítico, desenvolvido através de pesquisas bibliográficas e documental. Quanto à utilização de resultados, a pesquisa é pura e segundo a abordagem é qualitativa.

O trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, procura-se analisar no contexto histórico as PPPs. No segundo capítulo, identifica-se a Parceria Público-Privada no contexto brasileiro. E, por último, será analisada a PPP como instrumento de contribuição para o desenvolvimento estatal brasileiro, com enfoque para a melhoria das finanças públicas.

1 Parcerias público-privadas no contexto histórico

O Direito Administrativo europeu trata das relações entre o Estado e seus súditos como uma relação diretamente sujeita às teorias e mudanças a respeito das relações entre Estado e sociedade (MEDAUAR, 2004, P. 28). Por essa razão é que existiram grandes revoluções administrativas e surgiram correntes teóricas na Europa, que mudaram substancialmente o aspecto do Direito Administrativo, principalmente na França.

Nem sempre é possível ser preciso na divisão de épocas através de marcos da história do Direito Administrativo moderno (MEDAUAR(a), 2003).

De regra, as divisões apresentam-se questionáveis do ponto de vista científico. Porém, é difícil falar-se em épocas ou períodos dos Estados, sendo certo que existiram fases do Estado e que foram gradualmente sendo modificadas nas diferentes sociedades políticas. Neste sentido, Fonte (2004) diz que:

Contudo, tal divisão pode apresentar grande valia didática e mesmo técnica. Assim, não são poucos os autores que reconhecem várias fases históricas, com posturas distintas do Estado nas suas relações com a sociedade. E

tais concepções vão, decerto, refletir no Direito Administrativo, porquanto este é o ramo que trata das relações entre Estado e Sociedade.

O referido autor apresenta três classificações: Estado-liberal, o Estado de Bem-Estar Social ou *Welfare State* e o Estado regulador².

O crescimento dos grandes centros urbanos e o desenvolvimento de tecnologias foi, gradualmente, trazendo a Administração Pública para uma posição mais ativa em relação à sociedade. Não bastando mais garantir os direitos dos indivíduos, fazendo-se necessária a intervenção da Administração na economia, para a garantia de investimentos e empregos (FONTE, 2004)

Economicamente, a queda da Bolsa de Nova Iorque (1929) quase fez ruir a ordem capitalista então vigente, porém o liberalismo precisava ser superado. Assim, foi que Keynes previu que Estado ganhara o instrumental teórico para sua intervenção total na economia, pois o capitalismo passou a ver no Estado não um inimigo, mas um parceiro, o maior de todos os capitalistas, com capacidade quase infinita de financiamento (FONTE, 2004).

Outro marco na economia mundial que modificou o entendimento dos Estados foi o choque do petróleo, em 1973, cujo efeito foi o crescimento de déficits públicos e da inflação, fazendo com que o Estado também pudesse quebrar economicamente, pois grandes empréstimos eram concedidos, e os países, principalmente aqueles ditos “subdesenvolvidos”, precisavam de novos meios para mobilizar seu capital interno e que fosse capaz de fazer frente às suas demandas. Econômicas. Neste quadro de deficiência de recursos financeiros e, diante de uma sociedade cada vez mais desejosa da ação positiva do Estado, surgem privatizações e quebras de monopólios na prestação de serviços públicos³, passando o Estado a regular os mercados, coibindo os abusos.

Com o advento do paradigma pós-moderno no Direito MEDAUAR(a) (2003) sugere a superação da dicotomia entre sociedade civil e Estado.

Do reflexo desse novo pensamento estatal surge a criação de mecanismos de coordenação entre o Estado e os particulares, sendo paulatinamente abandonados os mecanismos de subordinação, passando o Estado a um outro papel. E, como não poderia ficar de fora, o Brasil passa a esse novo paradigma. Então vejamos:

Este é o paradigma em que vive o Brasil. O Estado tem o dever de austeridade fiscal e é incapaz de fazer grandes investimentos em setores nacionais cruciais para o crescimento nacional. É preciso recorrer ao setor privado, através de parcerias. A moldura legal escolhida são os contratos de parceria público-privada. Porém, antes de irmos ao projeto de lei pátrio, é preciso estudar o instituto jurídico na sua forma pura e originária: as PPPs inglesas.

Fonte (2004) estabelece a necessidade de um novo modelo de implementação, o que acaba seguindo o modelo inglês das PPPs.

1.1 O modelo inglês de PPP e seu referencial para a implementação brasileira

Fatores econômicos foram cruciais para que a Administração Pública buscasse a iniciativa privada, dentre eles a demanda pela prestação de serviços públicos em maior quantidade e melhor qualidade; e o fim da crença de que o Estado possui recursos inesgotáveis⁴.

Assim, as parcerias público-privadas passam a ser um tipo de associação entre Estado e particulares, mesmo quando isso não implicar diretamente na prestação de serviços públicos ou na construção de obra de infra-estrutura.

Para alguns autores, concessões, permissões e privatizações são também formas de associação entre os setores público e privado. Porém, os contratos de parceria público-privada querem referir o tipo de contrato surgido no Reino Unido, no início da década de 90, que também são chamados de *Private Finance Initiative* (PFI) (FONTE, 2004).

As PPPs são consideradas como o entrelaçamento dos setores público e privado, numa relação de cooperação e parceria, com a finalidade de melhorar a infra-estrutura e prestação de serviços da sociedade, caracterizada pelo compartilhamento de investimento, risco, responsabilidade e recompensas entre os parceiros.

1.1.1 Privatização e PPP: diferenças

A diferença básica entre as PPP e as privatizações é que, naquelas, a Administração Pública contrata a iniciativa privada para melhorar serviços que serão prestados ao público ou a si própria, e, nas privatizações, o que há, no curto prazo, é objetivo de aumentar a arrecadação. Além disso, o conceito de privatização aplica-se à venda de patrimônio público, com a transferência de ativos, ficando a concessão como instrumento legal para ceder a prestação de serviços públicos, de titularidade pública e regulado pelo Poder Público, remunerado por tarifa, por prazo determinado, a uma sociedade de direito privado⁵.

PPP não é privatização. Ela não importa em alienação definitiva do controle de empresas públicas ou sociedades de economia mista para a iniciativa privada. Pelo contrário, com o passar dos anos a Administração Pública vai ter robustecido sua capacidade de prestação de serviços públicos, e não ter seu patrimônio dilapidado.

1.1.2 PPP e Project Finance e o modelo inglês

As Parcerias Público-Privadas representam a aplicação das técnicas e princípios de *project finance* aos contratos de concessão entre os setores públicos e privados, mas não se confundem.

Motta (1999, p. 160) sobre os novos sistemas de implementação diz que: “Em nosso sistema positivo, há, ao lado dos contratos, outros instrumentos tendentes a formalizar a colaboração do setor privado, com o setor público”.

Para Motta, vários institutos tradicionais, principalmente os oriundos do sistema adotado na Inglaterra, são absorvidos pela nova modelagem estatal, significando dizer que o *project finance* não é o mesmo que concessão, mas pode ser utilizado para tal.

Antes de chegar as PPPs, o Reino Unido, já na década de 80, flexibilizou os monopólios públicos através de concessões e permissões e a privatização. Os contratos de PPP correspondem a uma terceira fase de participação do setor privado nos negócios públicos, que se deu no início da década de 90, com o fim das barreiras ao uso do capital privado no financiamento público. Contudo, o sucesso só foi alcançado em meados da década de 90, com a centralização e padronização dos contratos.

1.2 Crescimento das PPPs e desenvolvimento face ao novo modelo inglês

São três as razões que motivaram o crescimento das PPP. Primeiramente, a busca de eficiência. Tempo e custos normalmente suplantam as previsões iniciais quando o setor público faz investimentos diretos. Segundo, as melhoras proporcionadas na gestão de recursos, cujas decisões são sempre de longo prazo. E, finalmente, a gestão do risco. Se o projeto atrasa ou não atende às metas preestabelecidas, os custos ficarão por conta do parceiro privado.

As PPPs demandam um acordo de vontades, em que o ente público deverá fazer uma oferta, que será sucedida pela recusa ou aceitação do parceiro privado. Assim, a experiência inglesa demonstra que a falta de prioridades e de organização causaram uma série de problemas, que depois foram superados com a adoção do seguinte receituário: a) o estabelecimento de uma força-tarefa do Tesouro inglês para a coordenação dos contratos de PPP, com a criação de cartilhas explicativas para os governos locais; b) e a divisão da força-tarefa em duas organizações, que funcionam em parceria com os governos central e locais: a *Partnership UK*, que é uma agência mista, também oriunda de parceria público-privada e o *Office for Government Commerce*.

Estes órgãos funcionam provendo expertise e colaborando com a criação de novos negócios. Posteriormente, a focalização das PPPs foi voltada para setores específicos⁶.

Também houve um avanço na legislação da Inglaterra. A alteração das regras concernentes à contratação com poder público abriu um novo leque de opções. A flexibilidade tornou-se marca das PPPs.

O contrato que transfere a obra ou serviço público para a iniciativa privada pode ser alterado de acordo com os interesses em jogo. Assim, ao longo da prática, os contratos foram estandardizados e classificados quanto ao grau de risco e responsabilidade alocados com os parceiros. A experiência inglesa aponta quatro modalidades básicas.

1.2.1 DBFT - Design, build, finance and transfer

É o contrato através do qual o ente privado fica encarregado de projetar, construir, financiar e, por fim, transferir ao ente público a planta construída (MOTTA, 1999, p.160) – essa é a modalidade que foi utilizada na construção do *Channel Tunnel* em 1996, ao custo de 4 bilhões de libras esterlinas.

1.2.2 BOT - Build, operate and transfer

Neste tipo de parceria com essa implementação de financiamento, o ente privado constrói a planta e a transfere para o ente público, que, por sua vez, arrenda ao parceiro privado, através de um contrato de longo prazo apto à recuperação do investimento e obtenção de razoável lucro, que ficará encarregado de explorá-la.

1.2.3 BOO - Build, operate and own

Nesta parceria, o ente privado constrói, opera e, ao final, fica definitivamente com a planta, o que implica em redução de custos para o parceiro público.

1.2.4 DBFO - Design, build, finance and operate

No DBFO o ente privado projeta, constrói, financia e opera a planta, sendo esta a modalidade mais comum de PFI na Inglaterra⁷.

A experiência inglesa, mesmo diante de algumas deficiências serviu para evitar que os mesmos problemas possam acontecer quando sua aplicação na ordem jurídica brasileira. Tanto é verdade que a legislação é minuciosa mas, ainda assim, críticas existem sob a nova lei das PPPs.

Porém, o Estado brasileiro, como adotou a função regulatória exercida por agências reguladoras ou mesmo por órgãos da Administração Pública direta, tais problemas serão controlados.

1.3 A atuação das PPPs na Inglaterra

As PPPs embora possuam seu campo maior nos projetos de infra-estrutura, não se aplicam exclusivamente a ela. A experiência inglesa possibilitou criar piscinas públicas, estabeleceu projetos de despoluição de praias, com a conseqüente exploração dos calçadões pelo parceiro privado, utilizando-a, portanto, em projetos ambientais ou de lazer.

O Poder Público não pode contratar as PPPs para evitar débitos, uma vez que o Estado também estabelecerá despesas públicas nos investimentos realizados. Porém, o objetivo deve ser a eficiência, e não o dinheiro.

A PPP não é método de melhora da contabilidade pública, o que não significa que o Poder Público a um longo tempo não possa reorganizar suas finanças públicas quanto aos investimentos, pois o objetivo é o menor tempo para a efetiva prestação do serviço ao público e a melhora na qualidade dos serviços prestados.

Na Inglaterra, a PPP foi utilizada para a construção de um hospital, em Carlyle, e, em meados dos anos 90, a cidade seria pioneira na nova onda das PPP/PFI, e fizeram um projeto para a construção do novo hospital. Foi o primeiro hospital construído sob o regime das PPPs. O custo anual do projeto foi de 12,3 milhões de libras esterlinas. Ele foi realizado na modalidade DBFO, ou seja, o parceiro privado financiou, projetou, construiu a planta e agora gerencia os serviços prestados pelo hospital. Em 2000, finalmente o novo hospital foi finalmente inaugurado, com nova estrutura e equipamentos modernos.

1.4 Outras experiências e as PPPs

Além da Inglaterra, outros países estão adotando as PPPs como forma de financiamento de grandes obras de infra-estrutura. Austrália, Japão, Finlândia, Grécia, Irlanda, Itália, Holanda, Portugal, Espanha e África do Sul já contam com projetos oficiais de PPP em funcionamento.

Por outro lado, as nações líderes da União Européia, Alemanha e França, permanecem estagnadas na implantação das PPPs. Isto porque a legislação administrativa destes países, como ocorre no Brasil, pois as são excessivamente proibitiva.

O que se observa é que a existência de PPPs têm maior probabilidade de êxito nos países cuja iniciativa privada já tem histórico de empreendedorismo.

2 Parcerias público-privadas no ordenamento jurídico brasileiro: da justificativa de sua criação à implementação legal

Nos anos 90, a visão burocrática do governo não permitia que se investissem grandes somas de capital em benefício da população que ficava em segundo plano sem poder desfrutar de serviços públicos de boa qualidade. Isso se verifica a partir do período de privatizações que o Brasil passou logo após a Carta Federal de 1988, no qual o setor privado assumiu diversas áreas, as quais até então, pertenciam ao monopólio estatal, e fez os investimentos necessários. Apesar das polêmicas jurídicas sobre o assunto, hoje percebe-se que ocorreu um grande avanço.

O conceito de público toma um outro referencial, passando a significar estatal, em que as ações são pensadas do Estado para a sociedade, contendo um significado mais amplo e envolvendo uma multiplicidade de atuação e formas jurídicas e gerenciais existentes (KEINERT, 2000)⁸.

Essa fase marca a retomada do crescimento econômico do país. Porém, surgem novos problemas que ficaram “escondidos” durante a fase de estagnação econômica (SANTOS). Talvez o principal seja a questão da infra-estrutura do país que não permite um crescimento econômico maior.

Atualmente, pouco mais de 5% (cinco por cento) do orçamento é aplicado em investimentos, e, levando-se em consideração o elevado custo de investimento na área de infra-estrutura, é impossível ter avanços sem a parceria com a iniciativa privada.

Essa visão de desenvolvimento já estava prevista pela própria Administração Pública brasileira, pois com o significado de afetar o próprio sistema político, tanto é verdade que alguns doutrinadores chegaram a traçar uma nova disciplina

chamada de “Administração para o Desenvolvimento” (sic!), com a idéia de preencher a omissão que existia entre a elaboração de planos de desenvolvimento econômico e a capacidade administrativa de desenvolver suas implementações⁹.

Esse crescimento estatal nos moldes em que vinha sendo feito¹⁰ precisava ser reformulado, necessitando de intervenções legais para disciplinar as relações entre os setores existentes e as novas formas de atuação, e isso fez com que o Estado brasileiro ampliasse seu campo de ação, tanto é que foram criados vários órgãos públicos¹¹, os quais nem sempre resolveram o problema da desburocratização.

Na década de 90, e principalmente após a Reforma Constitucional, esse novo modelo fez surgir uma série de entidades estatais (autarquias) com funções regulatórias para disciplinar, orientar, fiscalizar e verificar a atuação do setor privado no interesse da sociedade.

2.1 A criação da lei da PPP no Brasil

Nesse impasse, a idéia de se introduzir no país as parcerias público-privadas como forma de atrair o setor privado para o investimento em serviços públicos. É discutida e incentivada em nível legislativo executivo em todas as entidades da federação, uma vez que a União já estabeleceu suas diretrizes gerais, faltando apenas implementar.

Após ampla discussão do tema no Congresso e nas audiências públicas, no último dia do ano de 2004, o Congresso Nacional, após o competente trâmite legislativo, aprova uma lei que contribuirá para o desenvolvimento econômico do país, principalmente na área de infra-estrutura.

2.1.1 O projeto de lei: características

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu Art. 22, XXVII¹², que compete à União Federal editar normas gerais de contratação. Com o respaldo constitucional foi que o Governo apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2.546 de 2003, que prevê normas para licitação e contratação da PPP no âmbito da Administração Pública.

O projeto é dividido em âmbito de aplicação, regras contratuais, licitação, disposições gerais e finais e representará, indubitavelmente, grande avanço nas relações entre os setores público e privado em relação à legislação que o precede, porquanto a lei de concessões e permissões não permite ao setor privado receber remuneração parcial do setor público, e a lei de licitações limita os contratos ao prazo de 60 meses.

O modelo de PPP apresentado pelo Poder Executivo parte do pressuposto de que o Governo não possui recursos suficientes para todos os investimentos em infra-estrutura que o país requer. Portanto, o objetivo é incentivar o setor privado a investir na infra-estrutura. Este setor participará como empreendedor, aportando o capital necessário aos projetos, e o setor público será remunerador parcial do serviço. Portanto, via de regra, o parceiro privado entrará com sua experiência gerencial (ganhos em eficiência) e com o capital (ausência de ônus para o setor público, num primeiro momento).

O contrato será realizado entre o Ministério setorial e a sociedade de propósito específico (SPE - pessoa jurídica criada especialmente para a celebração do negócio jurídico), com intervenção do comitê gestor (semelhante ao *Office for Government Commerce*).

A SPE será remunerada em parte pelo Ministério contratante do projeto, através de pagamento direto, e parte será atribuída aos usuários do serviço, através de tarifa, quando possível. Uma terceira parte do financiamento global ficará por conta dos acionistas da SPE, dos compradores de títulos mobiliários desta sociedade, dos bancos privados, agências multilaterais e do BNDES.

Com essas ações, pretende o Governo obter ganhos em eficiência, oferecendo serviços públicos de qualidade e aumentar a carteira de projetos economicamente viáveis. Afinal, sabe-se que os investimentos em infra-estrutura de que o Brasil precisa rondam a casa dos 200 bilhões de dólares.

Deve-se dar destaque à especialização do princípio constitucional da eficiência previsto no inciso I do Art. 2º.

O Art. 7º permite que o parceiro privado busque livremente financiamento, admitindo que a liquidação dos empenhos relativos às contraprestações da Administração Públicas seja em favor deste agente financiador. Esta é uma previsão absolutamente nova. Os Arts. 8º e 9º, de outro turno, oferecem um novo arsenal de garantias que a Administração Pública pode ceder ao particular, totalmente estranho aos diplomas então vigentes. Destaque-se que isto é especialmente importante no Brasil, dada a carência de credibilidade que a Administração tem no cumprimento de seus contratos.

O Art. 10 do projeto de lei obriga a realização de licitação, na modalidade concorrência pública, antes da contratação da PPP, cujo regime está previsto no Art. 22, I, da lei de licitações. É a modalidade mais complexa de licitação, destinada aos contratos de maior vulto financeiro. Entendemos que aqui se está diante do silêncio eloquente do legislador. A previsão genérica da aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93, combinada com o princípio republicano, seria suficiente para obrigar a realização da licitação. Portanto, o que quer o legislador é que toda parceria público-privada seja efetivamente precedida

de licitação na modalidade concorrência, ainda que nas obras de menor porte. Esse entendimento justifica-se em virtude do tempo de vigência do ajuste e da complexidade na redação do contrato.

O Art. 5º inova na previsão das formas com que a Administração Pública poderá remunerar seu parceiro privado. Na vigência da Lei nº 8.666/93, a remuneração é exclusivamente em dinheiro (Art. 40), não sendo aceitável nenhuma outra forma. É de se destacar que a outorga de direitos sobre bens públicos deverá ser precedida da devida desafetação dos bens, caso estes sejam de uso comum do povo ou de uso especial. Os §§1º e 2º do mesmo art. 5º revelam o verdadeiro cerne das PPPs, que é a remuneração segundo metas de eficiência, fixadas no próprio contrato, previamente. O §3º, que prevê a precedência dos créditos das PPP sobre os demais, revela-se mecanismo razoável na tentativa de superar a falta de credibilidade da Administração Pública pátria no adimplemento de suas obrigações.

Conforme a exegese do Art. 17 do projeto de lei nº 2.546, é preciso dizer que, a despeito da sugestão terminológica, os contratos de PPPs não são contratos privados da Administração Pública. Tais contratos estarão sujeitos ao regime de Direito Administrativo. Em suma, quer isto dizer que permanece em plena vigência o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, consubstanciado nas chamadas cláusulas exorbitantes.

Portanto, a Administração Pública, com fundamento no Art. 68 da Lei nº 8.666/93, desde que mantida a equação econômico-financeira do contrato, estará autorizada a modificar ou acompanhar a execução do contrato, bem como rescindi-lo, por razões de legalidade ou por interesse público.

A natureza jurídica do contrato de PPP na matriz inglesa é substancialmente diferente da que será adotada no modelo brasileiro, e isso pode causar sérias repercussões no sucesso das parcerias. Como já se disse, na Inglaterra, os contratos, ainda que presente a Coroa, são realizados inter-privatos. A rescisão pode acontecer pelo inadimplemento contratual. No Brasil, além do possível inadimplemento, a Administração terá o poder de resili unilateralmente o contrato. De fato, uma garantia a menos para o empreendedor.

2.1.2 A nova lei das PPPs

A atual lei regedora das PPPs apresenta várias discussões, mas com um grande número de pontos positivos, e sabe-se que o problema do investimento privado é de segurança e de garantia do retorno do capital investido, ao lado do lucro. Já o do poder público é a agilidade no atendimento das necessidades públicas e preservação dos direitos do usuário.

Assim, necessário se faz definir os marcos regulatórios setoriais tanto para o Estado, como para o setor privado. Neste sentido, o ato editalício e o próprio contrato serão primordiais essenciais para o desenvolvimento da parceria.

2.2 Características legais das PPPs

A lei define as PPPs como uma modalidade de contrato administrativo¹³ de concessão patrocinada ou administrativa. A modalidade patrocinada é a concessão de serviços ou de obras públicas, na qual, além da tarifa cobrada dos usuários do serviço, existe a contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado. Na modalidade administrativa, ocorre uma prestação de serviço em que a própria administração pública é a usuária direta ou indireta dos serviços prestados¹⁴.

A definição de PPP é de natureza contratual, cabendo às partes a manifestação da vontade de pactuar, dentro do estabelecido na lei e nas normas editalícias, envolvendo a instauração e a gestão de empreendimentos públicos de grande monta, como também a possibilidade de execução de obras ou de provimento de bens, conforme se exige na natureza da prestação. Ínsita é também para a PPP a contraprestação do concedente.

O dispêndio da prestação do serviço, como se verá, é dividido entre o concedente e o concessionário, para o que, de qualquer forma, deve haver uma contraprestação, sob pena de descaracterizar o contrato especial.

As parcerias público-privadas como espécies de concessão de serviços públicos apresenta como norma geral de licitação e contratos e tem aplicação que abrange todos os entes estatais.

Somente os contratos com valor superior a R\$ 20 milhões e com prazo de execução superior a cinco e no máximo 35 (trinta e cinco) anos poderão ser objeto do regime das PPPs., segundo determina da lei¹⁵.

A lei também estabelece em seu bojo uma vedação que estreita as possibilidades de contratação sob esse regime, contida no Art. 4º, inciso III, que estabelece algumas atividades sobre as quais não devem versar os contratos de parcerias público-privadas como a função de regulação, função jurisdicional, função que envolva o exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado¹⁶.

Assim, não se pode falar em PPP como um contrato cujo objeto se desvirtue de uma atividade de utilidade pública, sob pena de desconfiguração do contrato e sua conseqüente nulidade.

2.2.1 Diretrizes legais das PPPs

A lei traça as diretrizes¹⁷ que devem ser seguidas pelos contratantes, quando da elaboração da PPP como eficiência no cumprimento das missões de Estado e também no emprego de recursos da sociedade; respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da execução; indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional e de exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; transparência dos procedimentos e das decisões; repartição objetiva de riscos entre as partes e sustentabilidade econômico-financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de PPPs.

2.2.2 As PPPs e a Lei de Responsabilidade Fiscal quanto aos investimentos

Em decorrência da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, o legislador optou por limitar a participação do poder público nas PPPs como forma de controle das despesas públicas. O Poder Público poderá contribuir com, no máximo, 1% (um por cento) da receita líquida do exercício. Caso este valor seja excedido, o ente público ficará impedido de receber os repasses públicos de outros entes federativos (CRUZ, 2001).

Ainda em decorrência do controle do endividamento público, a participação das empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União não poderá ser superior de 70% (setenta por cento) a 90% (noventa por cento), (dependendo da localidade territorial do investimento) das fontes de recursos da sociedade de propósito específicas (SPE) que deverá ser criada para gerenciar o projeto.

De mesma importância, revelam-se as garantias do adimplemento das obrigações assumidas pelo Poder Público no projeto. Isto porque o Poder Público será responsável pela contraprestação ao investimento feito pelos particulares. A liquidez das garantias que serão dadas pelo Poder Público (imóveis e ações de empresas públicas e de sociedade de economia mista) será analisada cautelosamente, pelo mercado e, espera-se, este tenha interesse. Esta garantia é fundamental, pois assegura ao investidor o retorno de seu capital e o lucro, atingindo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

2.2.3 Retomada do objeto na PPP e a solução de controvérsias

O Poder Público poderá retomar o serviço ou a obra, se o serviço estiver sendo mal prestado, se a obra não estiver dentro dos acordos celebrados etc. Quando ocorrer o prazo final da PPP, ocorre a reversão dos bens utilizados na prestação do serviço ou a obra, ao domínio público.

Não obstante as parcerias serem caracterizadas pela união de esforços entre o setor público e o setor privado, poderão surgir diferenças. Neste ponto, o legislador foi feliz ao prever a arbitragem como uma das soluções de controvérsias. Isto foi possível com a exclusão da disposição que vedava a arbitragem nos contratos públicos na emenda constitucional da reforma do Judiciário, o que acabou agradando aos investidores em face da celeridade do procedimento arbitral em comparação ao judiciário brasileiro.

A legislação das PPPs prevê, durante o procedimento licitatório, que será obrigatório (Art. 37, XXI da Constituição Federal) a necessidade da licença ambiental, dentre os requisitos para a abertura da licitação.

Conforme avaliações de mercado, a maior preocupação dos investidores é justamente o risco de trabalhar junto com o Poder Público. Isto explica as disposições legais que procuram garantir o retorno do investimento ao setor privado. O que se observa é que as PPPs só conseguirão cumprir suas funções se assegurarem a possibilidade de retorno do investimento e lucro, e que o interesse do parceiro privado seja semelhante ao do parceiro público.

Neste sentido, o investidor privado deve ter a consciência necessária de que os serviços e/ou obras realizadas deverão ser satisfatórias ao público em geral, e o parceiro público deve, de uma vez por todas, aprender a “jogar” como se fosse um parceiro privado, ou seja, cumprido prazos, adimplindo suas obrigações, evitando que “brigas políticas” atrapalhem o projeto etc.

Com uma legislação flexível e atual, tudo indica que o governo conseguirá utilizar as PPPs de maneira satisfatória e, assim, fomentar os investimentos em infra-estrutura tão necessários ao desenvolvimento do país.

A atual legislação que trata sobre as parcerias público-privadas brasileiras foi implementada com o objetivo de trazer atrativos ao setor privado, maior qualidade, presteza na execução dos serviços públicos e desenvolvimento do setor privado.

Da lei que regula o referido instituto¹⁸ se verificam conceitos, finalidades, características, vedações e a diferença entre concessões especiais das concessões comuns.

2.2.4 Características peculiares do contrato de PPP

Emergem da legislação que regula as PPPs três características inerentes às mesmas que possibilitam sua distinção das demais espécies de contratos administrativos.

A primeira diferença funda-se no financiamento do setor privado. Por ser deste caráter, é que o contrato é dito parceria público-privada. A indispensabilidade dos investimentos do setor privado, oriundo dos fundos próprios ou de outras entidades públicas ou privadas, é que possibilitará o instituto da concessão, vez que o Poder Público não arcará integralmente com os empreendimentos exigíveis pela prestação dos serviços.

Outro distintivo fator, previsto como diretriz a ser seguida pelo contratante nas PPPs, é a repartição dos riscos, vista como deve ser de responsabilidade solidária do Poder Público e do particular, caso a gestão da atividade a este delegada haja fracassado. Assim, o Estado responderá conjuntamente com o particular pelas conseqüências resultantes da prestação frustrada do serviço a ele transferida. É o que, aliás, dispõe o inciso III, do Art. 5º da LPPP, prevendo a compartição, inclusive diante da hipótese de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e riscos econômicos extraordinários.

A outra característica que sobressai do texto legal é a pluralidade compensatória aludida no Art. 6º, da referida lei, e entendida como sendo uma diversidade da maneira pela qual o Estado vai utilizar-se para realizar a contraprestação ao concessionário.

2.3 Formas utilizadas nas PPPs

Qualquer projeto público pode ser considerado adequado para as PPPs, desde que existam finanças apropriadas capazes de gerar receitas para remunerar os investidores dentro de um padrão de riscos que podem ser suportados.

É necessária uma entidade (Sociedade de Propósito Específico) para que possa implementar os projetos individualmente e que possuam fundos (empréstimos, investidores, fundos de participação, fundos de pensão, governo, bancos e aporte de capital direto de investidores e empreendedores).

Os arranjos de parceria podem ser através de BOT¹⁹, BOO²⁰, BOOT²¹, MOT/RLot²² e BLT²³.

2.4 Atuação das PPPs

As PPPs podem utilizar, para construir instalações e projetos comerciais, novas edificações ou infra-estrutura, recuperação de edificações existentes, demolição, melhorias na infra-estrutura e até mesmo para a realização de serviços sem fins lucrativos.

A abordagem de desenvolvimento por PPP se aplica a uma variedade de obras que podem ser classificadas em três grupos: a) civis; b) de empreendimentos comerciais financiados com recursos públicos e c) equipamentos de infra-estrutura.

Dentre as instalações civis, temos a construção de edifícios administrativos, estádios, centro de convenções, bibliotecas, escolas, hospitais, centro de artes, escritórios, postos de atendimento ao público. Os empreendimentos comerciais financiados com recursos públicos podem ser centros comerciais e mercados, conjuntos residenciais, teatros, hotéis e estacionamentos. Os equipamentos de infra-estrutura são, por exemplo: aeroportos, portos, sistemas de eletrificação, sistemas viários, saneamento, tratamento de água e resíduos, além de praças e parques.

Há uma grande perspectiva de implementação no setor público as PPPs.

3 A contribuição das parcerias público-privadas para o desenvolvimento estatal

A provisão de serviços públicos, indispensável ao processo de desenvolvimento sócioeconômico do País, tem sido um grande desafio para o Poder Público, dada a baixa capacidade de investimentos estatais em infra-estrutura no contexto de fortes restrições fiscais e baixa poupança do setor público, como é o caso brasileiro.

O aprimoramento do instituto da parceria público-privada, já adotado em diversos países, foi a opção levada a efeito pelo Governo Lula, que se materializou com a aprovação da Lei nº 11.079/2004, após ampla discussão envolvendo a sociedade em geral e os diversos segmentos sociais e políticos representados no Congresso Nacional.

3.1 A atuação da nova lei

A lei em vigor assegura que as parcerias público-privadas sejam efetivo instrumento que viabilizará os projetos imprescindíveis ao crescimento do País, baseado na transparência da Administração Pública e na responsabilidade fiscal.

A parceria público-privada se caracteriza como um contrato de prestação de serviços a serem empreendidos em médio e longo prazo, constituído pela Administração Pública, cujo limite de valor seja superior a vinte milhões de reais. As PPP não são instrumentos que objetivam unicamente o fornecimento de mão-de-obra, equipamentos ou execução de obra pública.

Para assegurar a eficiência das PPPs, a Lei prevê que a implantação da infra-estrutura necessária à prestação do serviço contratado pela Administração dependerá de iniciativas de financiamento do setor privado, bem como a remuneração do particular será fixada a partir de padrões de desempenho, sendo que a contraprestação pecuniária somente será devida quando o serviço estiver à disposição do Estado ou dos usuários (TRAJANO).

Algumas características desse novo instituto podem ser destacadas como inovações: a possibilidade de inversão das fases de habilitação e julgamento no procedimento licitatório; repartição dos riscos inerentes à força maior, caso fortuito, fato do príncipe (alterações decorrentes de opções do poder público no curso do contrato) e álea (risco) econômica extraordinária do contrato; possibilidade de arbitragem para solução de conflitos e possibilidade de constituição de fundos ou instituição de seguros para garantir o pagamento devido pelo poder público ao parceiro privado.

Tais aspectos objetivam minorar os custos financeiros dos investimentos, possibilitando menor impacto no custo das tarifas públicas, com evidentes benefícios sociais diretos e diminuição dos custos agregados da produção nacional representado pelo cálculo do “Custo Brasil” (TRAJANO).

No âmbito da União, o Comitê Gestor das PPP - CGP é o responsável pela fixação das diretrizes para contratação das PPP e estabelecerá os critérios para seleção dos projetos sujeitos a esse novo regime, ficando os Estados e Municípios responsáveis pela elaboração legislativa de suas normas referentes às PPPs, bem como indicar o órgão responsável por suas diretrizes, dentro do chamado princípio da simetria.

Os projetos devem priorizar a integração de corredor logístico de exportação e levam em consideração o papel dos empreendimentos no desenvolvimento territorial equilibrado, bem como a melhoria da logística em corredores estratégicos, com reflexos positivos em todo o país. Há ainda projetos que determinam a implantação de PPPs em trechos rodoviários, construção de ferrovias etc.

3.2 Vantagens e desvantagens nos contratos de PPP

Como previsto em qualquer contrato, vantagens e desvantagens existem nas relações contratuais, quanto mais nos contratos de PPP. Isso quer dizer que, mesmo que existam desvantagens para o setor público, estas poderão ser superadas pelos benefícios gerados.

3.2.1 Vantagens para o parceiro público

Haverá maior facilidade para o parceiro público progredir com o projeto, pois muitos empreendimentos em que combinados recursos públicos e privados se tornam financeiramente viáveis e pacificamente aceitáveis. Haverá uma maior redução dos riscos das propriedades, desenvolvimento e operação. Haverá uma maior geração de receitas não financeiras ou financiamento privados para empreendimentos públicos. Pode gerar receitas de áreas públicas subutilizadas. Gera a otimização de financiamento privado e redução dos investimentos públicos. Enseja a redução da necessidade de endividamento público, preservando a capacidade de endividamento para setores mais carentes. A utilização da perícia e criatividade do parceiro privado para financiar, desenhar, desenvolver e gerenciar o empreendimento. Enseja a existência de compromissos de longo prazo de investidores e operadores através do financiamento privado. Ainda a geração de receitas financeiras de um patrimônio ou projeto público que não aconteceria se não fosse a PPP, bem como forçar projetos públicos a serem dirigidos por forças de mercado e serem financeiramente viáveis de construir.

3.2.2 Desvantagens público-governamentais

Uma das externalidades para o agente público, quando fecha uma PPP, é o controle sobre o dimensionamento, entrega e qualidade de construção, tanto quanto o uso do projeto em alguns momentos.

A escolha do empreendedor selecionado, pois nem sempre o agente público conhece o parceiro, ainda que existam requisitos objetivos a serem observados na escolha. Caso as partes não sejam criteriosas, na estruturação e negociação podem ensejar responsabilidades. Na hipótese de propriedade privada, o risco do parceiro privado ter o direito de vender o projeto a um terceiro desconhecido do parceiro público. Retorno econômico para o parceiro público por investimento financeiro ou não financeiro é freqüentemente dependente da performance do parceiro privado e da gestão operacional. Qualquer empreendedor privado tem o direito de questionar o processo de seleção do parceiro privado e a seleção de um parceiro privado que não tem tradição regional pode ser contencioso.

3.2.3 Vantagens para o parceiro privado

A maioria dos projetos de PPP tem excelente repercussão e estão associados ao desenvolvimento sócioeconômico regional, podem fortalecer a imagem de um empreendedor, se o projeto for bem sucedido. Patrimônios públicos que nunca estiveram disponíveis no mercado ficariam pela primeira vez. Muitas parcerias incluem o pagamento a longo prazo pelo terreno utilizado, o que elimina o custo inicial de aquisição do terreno. Em alguns projetos, o Poder público divide os custos do investimento, reduzindo os gastos do parceiro privado. Bons parceiros desenvolvem consenso entre os participantes do governo e da sociedade para o projeto, o que facilita a ação do parceiro. Parcerias entre esferas públicas também reduzem riscos de investimentos.

3.2.4 Desvantagens para o parceiro privado

O processo tradicional de financiamento, dimensionamento e desenvolvimento de um projeto típico é significativamente diferente de um processo necessário para estruturar uma PPP. O consenso para prosseguir é essencial. A estabilidade política é também ingrediente fundamental. As expectativas do parceiro público podem estar incompatíveis com o mercado, o que prejudica o parceiro privado e, muitas vezes, para a aprovação do empreendimento, necessária se faz a aprovação legislativa específica.

3.3 Reflexos das PPPs nas finanças públicas

As PPPs devem trazer vantagens voltadas para as finanças públicas como economia ou ganho identificado na eficiência da prestação dos serviços públicos, caso contrário tornaria para o Estado um deslocamento dos gastos, o que não interessaria ao Estado.

As vantagens financeiras que as PPPs devem determinar são, além da própria legitimidade perante a sociedade, gerar interesses aos contribuintes e aos consumidores. Há ainda quem entenda que a PPP pode coibir a corrupção. Vejamos:

Estudos acadêmicos em países emergentes indicam a possibilidade de agregação de ganhos para o Estado pela redução da corrupção, quando se tratar de contratos de empreitada (turnkey), ou pelo valor agregado, quando da conclusão de obras que, de outra forma, não seriam terminadas ou seriam postergadas com custos para a sociedade (BORGES e NEVES, 2005, p.81).

No entanto, os ganhos somente serão identificados de acordo com a própria SPE criada, associada à natureza do serviço. Não se pode também esquecer que o edital de licitação deve ter definido o objeto e a forma de atuação da SPE

O Poder Público deve assegurar ao parceiro uma garantia no investimento que ele irá depositar, bem como a fonte de custeio, pois a PPP não é auto-sustentável, as taxas de retorno não atrativas, se o Poder Público não incentivar a competição, devendo este retorno se dar por ganhos de dividendos, pagamentos diretos ou ganhos em sua cadeia de produção.

Nessa perspectiva, os parceiros procuraram bancos públicos, como o BNDES, a CEF, o BNB, o BRDE e o BB, com o objetivo de solicitar a captação de recursos para investimento nas PPPs, mesmo a lei tendo indicado que devem existir múltiplas fontes para o projeto, através de múltiplos gerentes financeiros. Assim, as PPPs devem seguir, sob o aspecto financeiro, o modelo do *project finance*, o qual tem um modelo mitigado dos riscos de gestão, uma estrutura contratual complexa e um compromisso completo na gestão.

Para um melhor investimento, os agentes financeiros deverão utilizar empréstimos-ponte, com garantia de ativos estranhos ao projeto durante sua implantação, mitigando os empréstimos a longo prazo.

Uma garantia no investimento prevista pela lei é a existência do Fundo Garantidor de PPP²⁴, criado para evitar dentro de seus limites, a manutenção do fluxo de caixa, o uso de precatórios para os pagamentos exigidos.

Para uma relativização dos riscos operacionais, exige-se clareza na definição das metas que o governo deve acompanhar na parceria.

Não existe uma modelagem perfeita de garantia para a PPP, mas pretende-se encontrar formas de mitigação dos riscos de mercado e, especialmente, políticos.

3.3.1 As PPPs e as finanças públicas

A Lei das PPPs estabeleceu, especificadamente, a questão dos recursos e suas disponibilidades para complementação da receita, pois as despesas com projetos deverão constar nos orçamentos federais, estaduais ou municipais, dependendo da entidade, demonstrando que não estão sujeitas ao contingenciamento²⁵.

A Lei de Responsabilidade Fiscal aliada à Lei das PPPs reestrutura a credibilidade da entidade estatal, permitindo investimentos referentes às parcerias, automaticamente, constem do orçamento federal, estadual ou municipal.

Existem ainda processos oriundos de recursos federais, estaduais ou municipais que podem subsidiar as PPPs, além da participação de terceiros como intervenientes no próprio instrumento contratual, vinculação dos recursos emprestados a um objeto de implantação de infra-estrutura, utilização da moeda nacional, evitando, assim, o câmbio, disponibilização do crédito, utilização de taxas de juros de longo prazo, pagamento de uma comissão de reserva de crédito sobre os valores não utilizados, amortização em prestações, definição de garantia, definição de obrigações.

A partir do momento em que o parceiro público investe e o parceiro privado atua na sistematização de angariar lucros e investir no objeto da PPP, as finanças públicas, a um longo prazo, poderão voltar a cobrir as despesas essenciais da máquina administrativa, o que não acobertadas pelo setor privado, gerando uma melhoria na realização das atividades intrínsecas do próprio Poder Público.

Conclusão

A partir de um novo paradigma administrativo, o Estado brasileiro estabeleceu um novo modelo com a discussão do papel do Estado, uma maior democratização, gestão participativa, movimentos sociais, terceiro setor etc. Assumindo a reforma estatal uma perspectiva mais ampla e plurilateral de atual da Administração pública brasileira, com uma visão integradora e intersetorial, voltada para a qualidade dos serviços prestados, independentemente se prestados pelo setor público ou pelo setor privado, permitindo inovações, porém com a manutenção da atividade gerencial, voltada para um controle social e de resultados.

Esse modelo permite a inclusão de uma nova forma de atuação estatal com a participação do setor privado a desenvolver a perspectiva nacional com um novo padrão, através de Parcerias Público-Privadas.

O processo de desenvolvimento das PPP's no Brasil requer bem mais tempo do que qualquer outro projeto tradicional existente, de forma que deve o Poder Público analisar todas as formas de atuação da PPP, verificar o mercado, os custos, o modelo de financiamento, os riscos e a atuação.

Essas perspectivas futuras é que irão, ao longo do tempo, reorganizar as finanças estatais e possibilitar novos investimentos públicos e novos projetos de desenvolvimento. A demora existe em razão do processo burocrático estar atrelado à cautela do Poder Público, bem como ao mercado financeiro existente, gerando a redução da necessidade de endividamento público, preservando a capacidade endividamento para capacitação de recursos para serviços essenciais para áreas mais carentes.

Ainda que sendo melhor para o Estado transferir riscos e responsabilidades para o particular, na PPP a responsabilidade será compartilhada, por isso devem existir grandes cautelas na realização da parceria.

Notas

¹ Fonte (2004) em trabalho publicado faz uma digressão histórica para justificar a evolução da Administração pública até chegar ao chamado Estado Regulador: “L'état c'est moi, dizia Luís XVI aos franceses. O Estado era o Rei, pois nele estava a soberania. Este é o panorama do século XVIII no coração da Europa continental. Era imperioso destruir o Estado-absolutista e estamental para a construção de uma nova ordem que surgia no horizonte: a ordem liberal-burguesa. Assim, em 1791 eclode a Revolução Francesa. Visto como instrumento de opressão do monarca sobre a população, o Estado é imediatamente cercado de instrumentos limitativos de seu poder arbitrário. O constitucionalismo surge como uma das técnicas para a limitação do poder e garantia das liberdades dos indivíduos.” E ainda afirma: “Portanto, característica marcante do liberalismo tipicamente moderno é o afastamento entre o Estado e a sociedade civil. Vigorava, naquela época, a doutrina do *laissez-faire*. O Estado só deveria garantir a ordem. À Administração Pública competia exclusivamente utilizar o poder de polícia, deixando à iniciativa privada toda a problemática econômica. Por óbvio, tal doutrina resultará em largas distorções sociais, que serão finalmente denunciadas em 1848, com a divulgação do Manifesto Comunista”

² No Brasil isso passou ocorrer somente no final da década de 80 até os anos 90, por causa da Constituição Federal de 1988 e também da Emenda Constitucional de 1998, chamada de Emenda da Reforma Administrativa.

³ O Estado com seu novo papel deixa de ser paternalista e passa a gerir, organizar, controlar e implementar nos políticas para o setor privado, modificando completamente os eu papel.

⁴ A lei determina que a PPP seja concedida à uma Sociedade de Propósito Específico – SPE.

⁵ A Inglaterra utilizou como serviços nas PPP's saúde pública e educação.

⁶ Fonte (2004) critica a PPP nos diversos modelos adotados na Inglaterra: “Até junho de 2002, já tinham sido realizados mais de 530 contratos de PPP, representando cerca de 24 bilhões de libras esterlinas. Mais de um terço destes contratos foi realizado pelo Ministério dos Transportes, seguido de perto pelos Ministérios da Saúde, Defesa e Educação. O governo gastou cerca de 17% menos em relação aos custos que teria caso utilizasse os métodos convencionais de investimento. Contudo, apesar dos evidentes ganhos, nem tudo são flores.

Os críticos do PFI apontam uma série de problemas em relação aos projetos, e o Brasil deve estar atento a eles. Parte dessas críticas está ligada à necessidade de longo prazo para o retorno do investimento privado nessas modalidades de contrato, que são, normalmente, de 30 anos. Assim, o governo atual cria soluções para os seus problemas no presente, mas com sérios ônus para os próximos governos e gerações. A resposta a esta crítica é a seguinte: a decisão tomada nos grandes investimentos nacionais também são soluções de hoje para problemas que superam, em muito, o tempo de um mandato. Além do mais, o bônus também será aproveitado pelos governos futuros.

Outro problema é o excesso de lucro almejado pelas companhias privadas. Tome-se como exemplo o caso da prisão de Fazackerly, em que os custos de sua construção serão recuperados em dois anos, e os outros vinte e três anos de vigência do contrato serão para exclusiva obtenção de lucro. Estima-se que os entes públicos pagarão entre 1.5 e 3.4 bilhões de libras esterlinas somente a título de lucro aos seus parceiros privados nos próximos trinta anos.

Além disso, há críticas quanto à situação dos funcionários públicos, nos contratos em que se transfere para administração do parceiro privado uma estrutura já pronta. Na Inglaterra, a despeito da acusação de privatização dos cargos públicos, a experiência tem demonstrado que as pessoas estão mais satisfeitas com os contratos realizados com o novo administrador privado. Há uma lei que regula a transferência desses funcionários para o novo administrador, e essa é uma providência deveras oportuna, que escapou, por enquanto, ao modelo brasileiro de PPP. Outrossim, sempre há a possibilidade de convidar os representantes de sindicatos a participar das negociações do contrato de PPP.

⁷ O autor coloca o paradigma de público como estatal e afirma que (KEINERT, 2000, p. 108): “A noção de público que norteou os estudos na Administração Pública no Brasil, no período de 1937-1979, reporta-se à de Estatal. Os fatores estruturadores do conceito de “Público” – Relação Estado-Sociedade e Modelo de Gestão Pública [...] – quando relacionados com o Estado, tornam-se Estadocêntrica e Burocrática”. E assevera mais adiante: “Após um período de crise, nos anos 80, surgem indícios de um paradigma emergente baseado nos novos desenvolvimentos em termos de administração pública e nas novas formas de participação da sociedade na construção e gestão de espaços públicos. A relação Estado-Sociedade adquire então características Sociocêntricas e a Gestão Pública tende ao modelo Pó-Burocrático”.

- ⁸ Keinert (2000, p. 127-127) cita Guerreiro Ramos que trabalhou no DASP (Departamento Administrativo de Serviço Público) por vinte anos e tornou-se um dos maiores críticos a estas noções, como por exemplo, países desenvolvidos e em desenvolvimento ou ainda terceiro mundo, afirmando que a visão desenvolvimentista prima pelo evolucionismo e não pode ser afetado ou mesmo taxada de em desenvolvimento, pois não sabia identificar, ou mesmo não queria, de que forma o desenvolvimento afetava o sistema político ou contribuía para a visão internacional do país. Data vênica, esse pensamento é da década de 90, período de discussão sobre os novos paradigmas, o qual não pode mais ser levado em consideração, dada a situação econômica dos países diante da globalização econômica. Isso significa que o Brasil, ou qualquer outro Estado, quanto ao seu contexto econômico mantêm-se com suas relações internacionais e a sua atuação no sistema político, não podendo ser dissociado da implementação de políticas econômico-administrativas. E, realmente tem sido assim que o Brasil com seus planos e reformas tem crescido e alcançado um maior patamar com reflexos econômico internacional.
- ⁹ No Estado burocrático, o Brasil era o próprio mantenedor de sua atuação e fazia o desenvolvimento por suas estatais, ou seja, por sociedades de economia mista e empresas públicas.
- ¹⁰ Como exemplo temos a criação do Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM, cujo principal objetivo era de natureza técnica que era promover o aumento da capacidade administrativa dos municípios.
Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
.....
- ¹¹ XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, indiretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III;
- ¹² Art. 2º - A parceria público-privada é o contrato de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.
- ¹³ Carvalho Filho (2006, p. 347) define a PPP como contrato de concessão especial, asseverando que: “o acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os particulares”.
- ¹⁴ O inciso III, do art. 2º, da lei da PPP veda a contratação sob a forma de parceria público-privada que tenha como único objeto o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.
- ¹⁵ Mello (2006) diz que tal restrição legal é desnecessária, uma vez que, obviamente, não se poderia imaginar que tais atividades de execução exclusiva do poder estatal pudessem ser delegadas a particulares. Nesse mesmo entendimento, Carvalho Filho (2006) acrescenta que a delegação da prestação das referidas atividades a pessoas do setor privado não é cabível por faltar às mesmas potestade pública (ius imperium). Não obstante as proibições legais, infere-se que o objeto central do contrato de parceria público-privada é a prestação de serviços públicos que possam ser administrados com certa autonomia empresarial pelos concessionários.
- ¹⁶ Tais diretrizes estão previstas no art. 4º, da referida lei.
- ¹⁷ Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.
- ¹⁸ Build, Operate and Transfer – O empreendedor constrói, opera por tempo determinado para ter um retorno no investimento, mais lucro, e entrega o patrimônio para um agente público, o qual será o receptor estabelecido no contrato de parceria.
- ¹⁹ Build, Own and Operate – O parceiro constrói, assume os ativos como seus próprios e opera por período determinado ou indeterminado. No final do período contratual, pode vender, renovar o contrato ou extinguir a atividade.
- ²⁰ Build, Own, Operate and Transfer – O parceiro constrói, absorve como patrimônio seu, opera por tempo determinado e transfere para o agente público receptor.
- ²¹ Maintenance, Operate na Transfer - É um contrato de gerenciamento, em que o parceiro dá manutenção a um bem desgastado ou ineficiente, opera por tempo determinado e transfere o bem para o agente público receptor de acordo com o contrato.
- ²² Build, Lease and Transfer – Modelo de leasing, em que a iniciativa privada financia e constrói, mas o Poder Público opera por determinado período contratual mediante pagamento de um aluguel mais prestações periódicas para amortização do financiamento para o setor privado.
- ²³ Embora de natureza privada, pertence à União e será gerido por um agente financeiro estatal federal.
- ²⁴ Borges e Neves (2005) citam que a previsibilidade necessária no orçamento atrai investidores e parceiros privados, desde que a comprovação do respeito a um limite geral de comprometimento gire em torno de 1% da receita líquida corrente da União, excluídas as sociedades de controle público federal para existência de margem. À licitação de uma PPP; os estados e os municípios deverão pela simetria observar o percentual, senão estão impedidos de receber transferência voluntária da União; o Fundo de Gestão está autorizado a subscrever até R\$ 6 bilhões de reais, que funcionarão como um colchão de liquidez para cobrir impedimentos ocasionados e as licitações das PPP's atenderão às disposições legais, bem como às leis de licitação e de concessão e permissão de serviços públicos

Referências

- BORGES, Luiz Ferreira Xavier; NEVES, César das. Parceria público-privada: riscos e mitigação de riscos em operações estruturadas de infra-estrutura. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 23, p. 73-118, jun. 2005.
- BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 2004. p. 6.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- CRUZ, Flávio da. (Coord.). *Lei de responsabilidade fiscal comentada*. São Paulo: Atlas, 2001.
- FONTE, Felipe de Melo. Parcerias público-privadas e o novo direito administrativo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 504, 23 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5970>>. Acesso em: 8 out. 2006.
- KEINERT, Tânia Margarte Mezzomo. *Administração pública no Brasil crises e mudanças de paradigmas*. São Paulo: Annablume, 2000.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- SANTOS, Danilo Moreno. Parcerias público-privadas. *Revista Autor*. Disponível em: <http://www.revistaautor.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=410&Itemid=44>. Acesso em: 2 out. 2006.
- STAINBACK, John. *Public/private finance na desvelopment: methodology, deal structuring and developer solicitation*. New York: Wiley, 2000.
- TRAJANO, Alan. *Parceria público-privadas: uma alternativa ao financiamento da infra-estrutura brasileira*. Disponível em: <<http://www.pt.org.br/assessor/ppp.doc>>. Acesso em: 6 out. 2006.

Recebido: 18/12/2006

Aprovado: 11/10/2007