

# LEI FEDERAL N.11.079/04 LEI DAS PPPS E A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

BELONI GOMES DA SILVA<sup>1</sup> - FERNANDO DO NASCIMENTO LOCK<sup>2</sup>

## Resumo

O presente artigo científico tem como objetivo precípua levantar vantagens e desvantagens econômicas e institucionais trazidas pela Lei nº 11.079 de 30-12-2004, com relação às licitações e contratos, cuja importância encontra-se em destacar os avanços e ou retrocessos, em relação aos contratos firmados entre o setor público e a iniciativa privada, após a promulgação da Lei 11.079/04, conhecida como Lei das Parcerias Público-Privadas, trazendo a discussão se é ou não vantajoso para a sociedade este tipo de parceria. Para isso foi utilizado método de pesquisa de caráter exploratório procurando através de levantamento bibliográfico a possibilidade expressar considerações relativas ao tema em estudo. Conclui-se, ao final que a utilização dos contratos de Parcerias Público-Privadas no Brasil é algo que já vem acontecendo, necessitando apenas de algum tempo para assimilação, pois sendo um assunto relativamente novo no País e necessita de adaptação a realidade da sociedade.

Palavras-chaves: Gestão Pública, Parcerias Público-Privadas, Contratos, Concessão de Serviços Públicos.

## Abstract

The gift product advise tem I eat objective precípua rising advantages & disadvantages economic & institutional brought by Law nº 11.079 of 30-12-2004, concerning às bids & contracts , whose importance she meets - if em detach the swoops & or regressions , in relation to aos contracts firm among the public sector & the initiative privy , after the promulgate from Law 11.079/04, acquaintance I eat Law from the Partnerships Public - Privy , bringing the discussion if is or not advantageous for society this type of partnership. About to that was used method of research of character exploratory seeking from one side to the other lifting bibliographic the possibility express considerations relative to the theme em I study. Completes - if , the end what the utilization from the contracts of Partnerships Public - Privy into the Brazil is something what already comes become of necessitando barely of a while about to absorption , as being a subject relatively new at home & necessity of adaptation the reality from society.

key words: Administration Public, Partnerships Public - Privy, Contracts, Concession of Service Publics.

## INTRODUÇÃO

### 1.1 Apresentação

A Lei Federal n. 11.079 de 30-12-2004, que instituiu a Parceria Público-Privada no âmbito da Administração Pública e concessão dos serviços públicos.

O presente trabalho discute inovações advindas da Lei n. 11.079/04, conhecida como Lei das Parcerias Público-Privadas, analisando a concessão de serviços públicos à iniciativa privada na realização de obras e prestação de serviços junto a Administração Pública direta e indireta.

### 1.2 Problema

Com o estado brasileiro, carente de recursos para investimentos em obras de infra-estrutura e serviços, surgiu no âmbito da administração pública a possibilidade de formar-se parcerias com o setor privado através das parcerias-público privadas PPPs, uma nova modalidade de concessão e investimento privado em obras públicas, mediante a garantia de retorno do capital investido ao parceiro privado, corrigindo as distorções provocadas com a ingerência direta do Estado no setor econômico. A partir daí questionou-se: o que a Lei 11.079

<sup>1</sup> Especialista em Administração e Gestão Pública, Técnico em Assuntos Educacionais - Departamento de Direito da UFSM.

<sup>2</sup> Professor da UFSM, Mestre em Gestão Pública e Especialista em Contabilidade e Controladoria Governamental.

de 30-12-2004 – PPPs instituiu como normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública?

### 1.3 Objetivo

Levantar vantagens e desvantagens econômicas e institucionais trazidas pela Lei nº 11.079 de 30-12-2004, com relação às licitações e contratos.

### 1.4 Justificativa

O processo de desenvolvimento econômico brasileiro enfrenta atualmente dificuldades na capacidade de Administrar e prover serviços de infra-estrutura.

A importância deste estudo está em destacar os avanços e ou retrocessos, em relação aos contratos firmados entre o setor público e a iniciativa privada, após a promulgação da Lei 11.079/04, conhecida como Lei das Parcerias Público-Privadas, trazendo a discussão se é ou não vantajoso para a sociedade este tipo de parceria.

### 1.5 Metodologia

O método de abordagem a ser utilizado na pesquisa teve caráter exploratório procurando através de levantamento bibliográfico a possibilidade de expressar considerações relativas ao tema em estudo.

## 2 REVISÃO DA BIBLIOGRAFIA

### 2.1 Origem e Formação do Estado

Alguns pensadores, como Montesquieu, distinguem três tipos de governo: a república, a monarquia e o despotismo. Esses tipos são definidos em “O Espírito das Leis”, chamados, pelo autor, como a natureza e o princípio do governo.

A natureza do governo é o que o faz ser o que é. O princípio do governo é o sentimento que deve animar os homens no interior de um tipo de governo, para que este funcione harmoniosamente. Assim, a virtude é o princípio da república, o que não significa que na república os homens sejam

virtuosos, mas que deveriam sê-lo, e que as repúblicas só serão prósperas na medida em que os cidadãos forem virtuosos.<sup>3</sup> (CARDOSO 1965)

Outro pensador com significativas contribuições para organização, bem como a relação do homem com este, foi Maquiavel, para ele o Estado não teria mais a função de assegurar a felicidade e a virtude, como no pensamento aristotélico. Também não é mais como para o período Medieval, onde a principal função era a preparação dos homens para o Reino de Deus. Para Maquiavel, o Estado passa a ter suas próprias características, faz política, segue sua técnica e suas próprias leis. Em “O Príncipe”, Maquiavel escreve:

Muitos imaginam repúblicas e principados que nunca foram vistos nem conhecidos realmente”; isto é, muitos imaginam Estados ideais, que, no entanto, não existem, tais como a República de Platão. E prossegue: “Pois grande é a diferença entre a maneira em que se vive daquela em que se deveria viver: assim, quem deixar de fazer o que é de costume para fazer o que seria dever encaminhase mais para a ruína do que para sua salvação. Porque quem quiser comportarse em todas as circunstâncias como um homem bom vai ter que perecer entre tantos que não são bons. (XAVIER, 1983)

Monteiro e Silva(1979) mostra que para Hobbes, o homem em seu estado primitivo vive como animais jogando-se uns contra aos outros pelo desejo de poder. Na ânsia desse poder, percebe, então, a necessidade de um acordo para frear o egoísmo e destruição mútua.

A noção do Estado como contrato revela o caráter mercantil e comercial das relações sociais burguesas. Os homens, por sua natureza, não seriam propensos a

<sup>3</sup> Há esta diferença entre a natureza do governo e o seu princípio: a sua natureza é o que faz ser o que é, e o seu princípio o que o faz agir. Uma é a sua estrutura particular e o outro as paixões humanas que o fazem mover-se. As leis não devem ser menos relativas ao princípio de cada governo do que à sua natureza. (E. L., liv. III, cap. 1; O. C., t. II, pp. 250 e 251.)

criarem um Estado que limitasse sua liberdade; eles estabelecem as restrições em que vivem dentro do Estado.

Monteiro (1978) mostra que Locke afirma que os homens se juntam em sociedades políticas e submetem-se a um governo com a finalidade principal de conservarem suas propriedades; isso porque o estado natural (isto é, a falta de um Estado) não garante a propriedade. É necessário constituir um Estado que garanta o direito e a segurança da propriedade.

Estabelece-se, então, entre os homens, um contrato que orienta a sociedade e o Estado. Dessa concepção nasce a base da sociedade burguesa, estabelecida nas relações de mercado, onde a relação entre os homens se dá entre si através de contratos de compra e de venda, de transferência de propriedades, etc.

Segundo GIANNOTTI (1985) no pensamento político-econômico de Marx acontece algumas mudanças. Para ele, o Estado compreende dois aspectos distintos analiticamente e situados em níveis diferentes de abstração: ele é, de um ponto de vista mais geral e abstrato, uma estrutura de poder que concentra, resume e põe em movimento a força política da classe dominante. Essa é, em resumo, a essência de toda concepção marxista sobre o Estado, na expressão: "O executivo do Estado moderno nada mais é do que um comitê para administrar os assuntos comuns de toda burguesia" (Manifesto do Partido Comunista). Engels expressou a mesma idéia numa passagem igualmente célebre: "A força de coesão da sociedade civilizada é o Estado, que, em todos os períodos típicos, é exclusivamente o Estado da classe dominante e, de qualquer modo, essencialmente uma máquina destinada a reprimir a classe oprimida e explorada".<sup>4</sup>

<sup>4</sup> A origem da família, do Estado e da propriedade privada (1884) - Engels

A teoria marxista da política implica, portanto, numa rejeição categórica de uma determinada concepção segundo a qual o Estado seria o agente da "sociedade como um todo" e do "interesse nacional". (GIANNOTTI, 1985)

Contra toda uma tradição do pensamento político, os marxistas vêm claramente que o que precisa ser examinado é a relação do Estado com a sociedade burguesa e propõem-se examinar a fundo essa relação. Assim, corrigindo uma grande falha da teoria tradicional do século XX [tanto a "liberal", quanto a "pluralista"], que aceitou a sociedade burguesa, mas não examinou as implicações dessa aceitação. Uma característica da tradição geral, se considerar o período que vai do século XVII a início do século XX, é o fato de ter trocado uma visão materialista do homem e da sociedade por uma visão idealista. Não se pode dizer que seja essa a causa do eclipse da tradição geral no século XX: afinal, a teoria do Estado de Hegel é bem mais profunda do que a de Locke, pois Hegel sabia que estava falando do Estado na sociedade burguesa. Mas, pode-se dizer que, posteriormente, os idealistas foram afastando-se cada vez mais dessa visão e que menosprezaram, ou praticamente descartaram, ou então não souberam lidar com o fato de que era o Estado burguês, ou o Estado na sociedade burguesa, que merecia atenção. Em todo caso, os teóricos tradicionais do século XX não deram muita atenção à natureza específica do Estado na sociedade capitalista.

Mais concretamente, o Estado é, também, uma organização burocrática, isto é, um conjunto de instituições e organismos, ramos e sub-ramos, com suas respectivas burocracias, destinado a cumprir aquela tarefa (a dominação) através do jogo institucional de seus aparelhos. A questão decisiva é saber precisamente como, em condições historicamente dadas, o Estado desempenha a função de reprodutor das relações (econômicas e políticas) de classe.

Segundo (BUONICORE 2003) para Marx: Todas as lutas no interior do Estado são apenas as formas ilusórias nas quais se desenvolveriam as lutas reais entre diferentes classes. Continuou ele:

O Estado não é nada mais do que a forma de organização que os burgueses necessariamente adotam para garantir a sua propriedade e seus interesses. O Estado é a forma pela qual os indivíduos de uma classe dominante fazem valer seus interesses comuns”. “Não é o Estado que condiciona e rege a sociedade civil, mas é esta que condiciona e rege o Estado. (BUONICORE 2003)

No Manifesto, Marx e Engels definem o Estado representativo moderno como um “comitê para gerir os negócios comuns de toda a classe burguesa” e o objetivo dos comunistas diante dele é “a derrubada da supremacia burguesa e a conquista do poder político pelo proletariado”. Definem a primeira fase da revolução comunista como “o advento do proletariado como classe dominante, a conquista de democracia.”

No Brasil, as políticas neoliberais, que ocasionaram a reforma do Estado, foram implementadas no governo de Fernando Collor de Mello, mas as modificações mais significativas foram sentidas no governo de Fernando Henrique Cardoso, em especial com a adoção das Emendas Constitucionais n.º. 5, 6, 7, 8 e 9 de 1995.

De uma maneira sistematizada, podemos identificar as três transformações estruturais existentes dentro do Estado brasileiro: extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro (revogação do artigo 171, modificação do artigo 176 e 178, da CF/88), flexibilização do monopólio das estatais (admitiu-se concessão de serviços de telecomunicação, de gás canalizado e petrolífero para empresas não estatais) e privatizações (programa de desestatização – Lei 9941/97).

Nesse sentido, a reforma do Estado consolida a idéia de que a transferência da produção para o setor privado torna-a mais eficiente. Pretende-se que o Estado reduza seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se, entretanto, no papel de regulador, provedor ou promotor destes, tal como o preconizado pelo artigo 174 da CF/88 (“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”).

Assim, as parcerias público-privadas surgem como marco regulatório de setores, uma nova modalidade de concessão, criadas com o objetivo de incentivar o investimento privado em obras públicas de infra-estrutura estratégica, mediante a garantia de retorno do capital investido ao parceiro privado, corrigindo as distorções provocadas com a ingerência direta do Estado no setor econômico.

## 2.2 O Estado e suas finalidades

A partir do momento em que o povo de forma consciente de sua nacionalidade, organiza-se politicamente surge então o estado como instrumento de organização política da comunidade, deve o estado ser visto como um sistema de funções que disciplina e coordena os meios para atingir determinados objetivos e como um conjunto de órgãos destinados a exercer determinadas funções.

Segundo Silva (2003) para cumprir suas finalidades, o Estado contemporâneo desempenha as seguintes funções:

- a de instituir e dinamizar uma ordem jurídica (função normativa, ordenadora ou legislativa);

- a de cumprir e fazer cumprir as normas próprias dessa ordem, resolvendo os conflitos de interesses (função disciplinadora ou jurisdicional);

- a de cumprir essa ordem, administrando os interesses coletivos, gerindo os bens públicos e atendendo às necessidades gerais (função executiva ou administrativa).

Após a organização do estado, foi necessário obter os meios indispensáveis para manter a sua existência e cumprir suas múltiplas atividades, política, administrativa, econômica, financeira, sendo esta última a que se preocupa em obter, gerir e aplicar recursos necessários para fazer funcionar as instituições.

### 2.3 Parceria Público-Privada

A Lei nº 11.079 de 30-12-2004 visa a instituir normas gerais<sup>5</sup> para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 1º).

Segundo Justen Filho (2005), Parceria Público-Privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro.

A Lei, ao conceituar parceria-público privada, em verdade, apenas faz menção à sua natureza contratual e cita suas duas modalidades. A concessão comum seria

aquela constituída tal como já conhecemos, instituída pela Lei 8.987/95. A concessão patrocinada é aquela que, além da remuneração mediante aplicação de tarifa para cobrança dos usuários do serviço, bem como comodidade correspondente ao objeto do contrato, houver desembolso por parte do Poder Público. A concessão administrativa seria aquela cujo objeto terá como usuário direto ou indireto a administração pública, os pagamentos serão devidos integralmente pelo parceiro público e não custeados mediante cobrança de preços baseados em tarifas.

As Parcerias Público-Privadas no Brasil, segundo o formato proposto pelo governo federal, surgem como alternativa à simples privatização, com o governo oferecendo garantias de pagamento e rentabilidade ao setor privado em contratos públicos, com o objetivo de incentivar e atrair investimentos, especialmente nos setores de infra-estrutura e de produção de bens e serviços à população.

Segundo Cretella Neto (2005), a Parceria Público-Privada é considerada, por seus defensores, como a única forma para impulsionar o desenvolvimento do País, diante da escassez de recursos orçamentários e da pouca lucratividade de determinados setores, pela mobilização de vultosos recursos para suprir demandas nas áreas de segurança pública, habitação, saneamento básico, infra-estrutura viária e elétrica.

A Lei nº 11.079/04, sem dúvida, procurou ofertar ao parceiro privado novos mecanismos para atrair seu interesse em participar de empreendimentos vistos como prioritários ao desenvolvimento do país. Dentre eles, buscou diminuir o risco do investimento, através da repartição objetiva de riscos (art. 4º, VI, *cl* art. 5º, III), ampliar as garantias ofertadas ao parceiro privado e seu agente financiador do projeto, mediante a constituição de fundo especial e a vinculação de receita (art. 8º) e, apontada como a principal novidade trazida pela nova lei, a percepção de uma outra forma de remuneração.

<sup>5</sup> O art. 22, XXVII, da CF, concede competência à União para legislar sobre *normas gerais* de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações Públicas diretas e indiretas da União, Estados e Municípios. Nesse sentido, os Estados-Membros, como Minas Gerais, São Paulo e Goiás, que antes da instituição da referida lei já haviam disciplinado em legislação própria a parceria público-privada deverão se adaptar no que possam estar contrariando as normas gerais trazidas pelo ato normativo federal.

ração, que deve estar prevista no contrato entre as cláusulas essenciais (art. 5º, IV) e que abrangem a contraprestação do parceiro público ao privado (art. 6º).

O objetivo das parcerias é motivar e disciplinar, com regras seguras e melhores atrativos econômicos, inexistentes nas atuais parcerias, a participação dos agentes privados e o aporte de recursos financeiros e tecnológicos na consecução do interesse público, de que, em termos de eficiência, com raras exceções, carece a Administração Pública.

Outro objetivo das parcerias público-privadas, menos declarado, mas não menos verdadeiro, é o de privatizar a Administração Pública, transferindo para a iniciativa privada grande parte das funções administrativas do Estado, sejam ou não passíveis de cobrança de tarifa dos usuários. Esse objetivo não pode ser afastado de um outro, presente em toda a Reforma do Aparelhamento Administrativo do Estado, de fuga do direito administrativo, já que, sendo as atividades prestadas por empresas privadas, muitos dos institutos próprios desse ramo do direito não precisarão ser utilizados, como a licitação, os concursos públicos para seleção de pessoal, as regras constitucionais sobre servidores públicos e sobre finanças públicas. A justificativa é a busca da eficiência que se alega ser maior no setor privado do que no setor público (DI PIETRO, 2005, p. 159).

Evidentemente que a fuga do direito administrativo não pode e não será total; em primeiro lugar, porque o próprio contrato de parceria público-privada é de natureza pública e tem que ser precedido de licitação, estando sujeito aos controles da Administração pública, inclusive o exercido pelo Tribunal de Contas. Em segundo lugar, porque, da mesma forma que ocorre na concessão de serviço público tradicional, o regime jurídico a que se submete o parceiro privado é híbrido, porque, se é verdade que

a empresa atua sob o regime das empresas privadas, não é menos verdade que são de direito público as normas sobre os bens utilizados na prestação dos serviços, sobre a responsabilidade do parceiro privado, sobre os poderes exercidos pelo parceiro público, sobre a sujeição do administrado<sup>6</sup> ao poder de regulação feita por entes administrativos.

Segundo entendimento de Cretella Junior (2005), a Lei nº 11.079/04 não inova, propriamente, nosso ordenamento jurídico, dado que amplia a figura da concessão, o que pode ser saudado como uma evolução do instituto. Mais adiante diz que a parceria público-privada pode ser considerada como inovação apenas no cenário econômico, já que permitirá ao Poder Público captar investimentos privados para projetos que anteriormente dependiam apenas de recursos do Estado.

Interessa ressaltar que a Lei nº 11.079/04 não revogou a Lei nº 8.987/95 e a Lei nº 9.074/95 que disciplinam a concessão tradicional, o que demonstra a viabilidade legal de, harmonicamente, os dois institutos coexistirem, pois o que há, em verdade, é a aplicação subsidiária das normas que disciplinam as concessões de serviços públicos.

Para não deixar dúvidas, a Lei das Parcerias Público-Privadas dispõe que: “não constitui parceria público-privada à concessão comum, assim entendida a concessão de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/95, quando não envolver contraprestação

<sup>6</sup> A Lei nº 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, no seu art. 54, *caput*, dispõe: “os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”. O autor José Cretella Neto salienta que “em todos os contratos públicos, o Estado ocupa posição de *supremacia* sobre o contratante privado, atendendo aos princípios da *prevalência do interesse público* e da *continuidade do serviço público*. Para que esses princípios sejam observados, o contrato público deve conter *cláusulas especiais de privilégio*, exorbitantes, não encontradas nos contratos de direito privado. Essas cláusulas permitem ao Poder Público alterar unilateralmente as cláusulas, residir unilateralmente, impor penalidades contratuais e adotar uma série de medidas - sempre invocando o interesse público configurando, assim, o chamado *regime jurídico contratual de direito público*” (CRETELLA NETO, 2005, p. 35)

pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (art. 2º, § 3º). Aplicam-se, portanto, a Lei nº 8.987/95 e outras correlatas apenas subsidiariamente naquilo em que não contrariar com o novo diploma legal.

Nessa estreita e imperiosa necessidade de ressaltar as importantes inovações trazidas pela Lei da parceria público-privada, decorrem vantagens atraentes para o parceiro privado.

Algumas novidades são percebidas, quando Di Pietro (2005) ressalta as distinções existentes entre os regimes jurídicos da concessão de serviços públicos e da concessão patrocinada, quanto a forma de remuneração, que deve estar prevista no contrato entre as cláusulas essenciais (art. 5º, IV) e que abrange, além da tarifa e outras fontes de receita previstas no art. 2º da Lei nº 8.987/95, a contraprestação do parceiro público ao parceiro privado; a obrigatoriedade de constituição de sociedade de propósitos específicos (SPE) para implantar e gerir o objeto de parceria (art. 9º); a possibilidade de serem prestadas, pela Administração Pública, garantias de cumprimento de suas obrigações pecuniárias; o compartilhamento de riscos (art. 4º, VI, e art. 5º, III) e de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado (art. 5º, IX); normas específicas sobre licitação, derogando parcialmente as normas das Leis nº 8.987/95 e 8.666/93; possibilidade de aplicação de penalidades à Administração Pública em caso de inadimplência contratual; normas limitadoras de prazo mínimo e máximo do contrato (art. 5º, I); e imposição de limite de despesa com contratos de parcerias público-privadas (DI PIETRO, 2005, p. 165).

A nova forma de remuneração trazida pela Lei da Parceria Público-Privada é a contraprestação do parceiro público devida

ao parceiro privado, em ambas as modalidades, sob pena de se configurar a concessão comum (art. 2º, § 3º). Na concessão patrocinada, o parceiro privado receberá além da tarifa prestada pelo usuário a contraprestação do parceiro público. Já na concessão administrativa somente caberá a contraprestação do parceiro público, pois não cabe a cobrança de tarifas ao usuário privado pelo serviço, já que este só é prestado a órgão público.

A contraprestação do poder público só terá início quando o serviço, objeto do contrato, tornar-se total ou parcialmente disponível (art. 7º e § único). Com isso, se a prestação do serviço depender da prévia execução de obra pública e do fornecimento ou instalação de bens, o parceiro privado terá que cumprir tais tarefas às suas próprias custas, já que a tarifa do usuário também não pode ser cobrada antes que o serviço comece a ser prestado. Por isso mesmo, assume fundamental importância a figura do financiador do projeto de parceria público-privada (DI PIETRO, 2005, p. 166).

No caso da concessão patrocinada, conforme aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95, mais precisamente do seu art. 2º II, a remuneração poderá abranger também as receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.

A Lei nº 11.079/04 prevê três tipos de garantias para as parcerias público-privadas: (a) a garantia de execução do contrato, prestada pelo parceiro privado ao parceiro público; (b) a garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público perante o parceiro privado; e (c) a contra garantia prestada pelo parceiro público à entidade financiadora do projeto.

O segundo tipo de garantia ofertado pela nova lei está rendendo ampla discussão doutrinária e criando polêmica a respeito de

sua viabilidade jurídica, dada a sua duvidosa constitucionalidade.

A novidade é que para a União a lei prevê a instituição do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), desse fundo a União, suas autarquias e fundações são autorizadas a participar até o limite global de R\$ 6 bilhões, (art. 16).

Prevê o texto legal que, para participação no Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, ficam autorizadas à União, suas autarquias e fundações públicas. Foi criado também o OGP, denominado Órgão Gestor de Parcerias Público-Privadas sem ter natureza jurídica de autarquia, pois esta é sempre criada por lei. A lei, no art. 14, prevê apenas sobre a criação do órgão gestor na esfera federal, mas nada impede que órgãos semelhantes sejam criados nas esferas estadual, distrital e municipal.

Como pode ser notado, é inexorável que as novas previsões legais ampliam e renovam o velho instituto da concessão de

serviços públicos, sob a inspiração do direito e da experiência estrangeira, com o afã de conceder ao parceiro privado novas vantagens para contratar com o Poder Público. Objetiva-se aliciar a iniciativa privada, seja com a garantia de remuneração, seja com a diminuição de risco com a inadimplência do parceiro público dentre outros instrumentos já consignados.

A Parceria Público-Privada na visão dos autores consultados evoluiu em relação a institutos antigos, advinda da necessidade de novos instrumentos para regular a relação Estado e Sociedade, disciplina novos regimes jurídicos que, por conseguinte, trazem inovações econômicas e institucionais tão necessárias ao desenvolvimento econômico do país. Diante disso, urge a análise minuciosa das novidades trazidas pela Lei nº 11.079 de 30-12-2004.

Benefícios para a prestação de serviços públicos:

Melhor controle dos serviços prestados	Serviços públicos geridos por entes privados são mais questionados do que quando realizados por estatais em função da controvérsia sobre os interesses dos controladores.
O próprio governo fica mais à vontade para criticar e atuar contra uma operadora privada de serviços públicos do que contra uma estatal.	Exemplo, quando da troca de governo, principalmente quando há a ascensão de um governo oposicionista, quase sempre há uma verdadeira “caça as bruxas” sobre os projetos ou a gestão da administração anterior, com muito mais vigor do que haveria sobre uma concessionária privada.
Uma operadora privada tende a ter um grande incentivo para reduzir perdas e buscar ganhos de eficiência em função da sua lucratividade.	É uma aparente verdade, mas depende de como sejam o objeto da concessão e o sistema de cobrança. Pois concessionárias privadas têm interesse em reduzir perdas, pois isso significa obter lucros menores.
Novas Tecnologias.	Concessionárias privadas, especialmente estrangeiras, tendem a trazer mais tecnologia e inovações internacionais do que estatais.

FONTE: Revista do BNDES.

Segundo a experiências coletadas de outras culturas, os itens mais importantes para o sucesso de uma PPP (Parceria Público Privada) seriam os seguintes:

Capacidade do setor público	É a definição dos termos do edital ou dos objetivos contratados que regerá o sucesso da concessão ou da parceria, sendo a qualidade das equipes públicas determinante para o sucesso do acompanhamento dos resultados da parceria. Por exemplo, o objeto do edital pode falar em medições de uso ou em qualidade do serviço disponibilizado, com resultados completamente diferentes, mesmo que para serviços semelhantes.
Envolvimento dos usuários de serviços públicos	Nos países em que há instrumentos democráticos de aferição da satisfação da população, esse envolvimento tende a ter um significado muito maior do que naqueles em que houver uma classe política ou tecnocrata blindada em seus privilégios.
Arcabouço legal e institucional estável	Qualquer projeto dessa natureza depende de um estudo de demanda de sua capacidade em captar fontes de recursos e de sua viabilidade técnica.
Estrutura de governança corporativa	Contratos de parceria implicam em gestão compartilhada, até mesmo através de indicadores contratuais de obrigações de fazer e de não fazer, discussões sobre revisões técnicas, econômico-financeiras e políticas.
Processo licitatório aberto e universal	Sem definições claras de objetivos, sem processos licitatórios transparentes e imparciais, bem como sem instrumentos de medição de resultados aceitos pelas partes envolvidas, haverá apenas uma formalização de acordos já existentes, sem ganhos para o Estado ou para a população.

FONTE: Revista do BNDES.

### 3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

A Constituição da República, em termos técnico-jurídicos, equivale à vontade do povo brasileiro, ainda que por intermédio de representantes.

Kant (apud MORRIS, 2002) já advertiu que a vontade do indivíduo, pelo menos é o que se espera, não direciona a ação para um mal contra si.

Todavia, existem alguns paradoxos em nosso cotidiano que nos levam a questionar: a permissão constitucional de delegação de

serviço público para a iniciativa privada estaria sendo corretamente implementada?

Até onde temos conhecimento, a doutrina tributária sustenta que o serviço público é remunerado por taxas, que só podem cobrir o valor do custo, ou seja, não podem representar lucro.

Além disso, as taxas só podem ser cobradas após a prestação do serviço e não antes.

Por sua vez, quando o particular presta o serviço público, ele é remunerado por tarifas, que podem gerar lucro.

Com fundamento na permissão constitucional, bem como sob alegação de falta de recursos e de que representaria a nova tendência, vemos na atualidade a transferência para a iniciativa privada de certos serviços, tais como construção de rodovias e outras infra-estruturas de transporte, a prestação de serviço de fornecimento de energia, água, telefone, gás etc.

Não se está falando de qualquer atividade, mas de atividades de interesse da nação.

O Poder Público, para atrair um maior número de interessados na prestação do serviço público, fixa condições vantajosas, como um longo tempo de exploração do serviço, as módicas tarifas que, apesar da modicidade, devem remunerar, ou melhor, gerar lucro para o particular, prestador de serviço público.

Não é uma crítica a transferência em si, mesmo porque a Constituição permite, nem o pagamento de remuneração razoável, uma vez que a remuneração razoável é medida de justiça.

### **3.1 Quando o Estado possui recursos suficientes para prestar o serviço.**

A transferência para o setor privado não garante a qualidade do serviço público, por que: a) em muitos casos o prestador não tem concorrente, não havendo motivação para melhorar; b) as tarifas arrecadadas muitas vezes não permitem novos investimentos, em razão de dívidas do prestador de serviço motivadas, entre outras possibilidades, até mesmo por má administração. Isso, na melhor das hipóteses, uma vez que não se exclui a ganância de certos indivíduos que se preocupam apenas em obter sua parcela de lucro.

Se o serviço é transferido em caso de extrema necessidade e o valor das tarifas é efetivamente razoável, ou seja, se permite ao particular cobrir seus custos e lhe proporciona um lucro também razoável, não há

maiores problemas, especialmente quando o serviço está sendo prestado a contento. Nessa hipótese não cabe qualquer reclamação de que o valor da tarifa é muito alto, mas apenas trabalhar para que o Estado tenha condições de vir a prestar diretamente o serviço.

Problema há sim, quando a transferência é feita sem necessidade, nesse caso, o lucro do particular representa desperdício de recursos públicos.

### **3.2 Quando o Estado não possui recursos para prestar serviço público.**

Será que a falta de recursos é motivo suficiente para a transferência da responsabilidade de prestar o serviço público?

Se o encargo de prestar o serviço for transferido para particular, é óbvio que este tem o direito de ser remunerado por isso. Havendo a transferência, a discussão apenas fica restrita ao valor razoável da remuneração e a qualidade do serviço prestado.

Não cabe criticar a remuneração em si, ou seja, o fato de a prestação do serviço estar proporcionando-lhe acréscimo patrimonial, mas a questão é a transferência da atividade para um particular.

Quando o Poder Público se vê sem recursos para prestar determinado serviço público, não se discute que a transferência para a iniciativa privada é uma saída, aliás, autorizada constitucionalmente.

Pode até ser argüido que é melhor do que tomar empréstimos no mercado financeiro, uma vez que são os contribuintes que acabariam pagando.

Note-se, contudo, que o particular que vai prestar o serviço não está isento de ter que tomar empréstimos no mercado financeiro, cujo custo será passado para o preço das tarifas.

Daí, o contribuinte é que pagará esse empréstimo da mesma forma.

Todavia, não é necessário nem falar de empréstimos, uma vez que, mesmo se não

houvesse esse custo, a tarifa e, conseqüentemente, o lucro do prestador, quem paga é o contribuinte.

Caberia então perguntar: porque, então, o Poder Público não lança mão dos tributos de que dispõe, inclusive empréstimos compulsórios em último caso, para os investimentos necessários? Aliás, estes são tão autorizados quanto a delegação para a iniciativa privada.

Não se alegue que o contribuinte será onerado.

Ora. Quando o privado presta o serviço público, o contribuinte também é onerado.

Entretanto, se o Poder Público se utilizasse do empréstimo compulsório ou outro instrumento de captação de recursos, os contribuintes estariam pagando por alguma coisa sua e só.

Quando pagam as tarifas, pagam o custo do investimento, mais o lucro dos investidores.

No empréstimo compulsório, os recursos são (deveriam ser) devolvidos aos contribuintes. As tarifas, pelo menos o lucro, não é devolvido para a sociedade.

No entanto, a relação entre a Administração Pública e o Privada, no âmbito da contratação pura e simples, padece de um traço de desconfiança. Desconfiança de que a Administração Pública não honre seus compromissos, na forma e época devidas, já que esta é vista como uma má pagadora. Desconfiança de que o privado não cumpra as suas obrigações contratuais, deixando de entregar o objeto da contratação, na época devida, ainda que a custos superiores que embutem um risco inerente à contratação com a Administração.

Vale lembrar que essa circunstância não é um traço desse tipo de contratação no Brasil.

As Parcerias Público-Privadas exigem uma postura de negócio com confiança mútua, de parceria e de envolvimento contratual de longo prazo, desde a negocia-

ção dos termos contratuais até o cumprimento integral de todas as obrigações ao final do termo do contrato. Ser parceiro significa compartilhar os resultados do investimento, buscar soluções negociadas, fundadas num comportamento pautado pela boa fé.

A magnitude dos investimentos e o longo prazo de sua maturação exigem mais do que a segurança contratual, a convicção de que os interesses entre a Administração Pública e o Setor Privado são convergentes. O balanço equilibrado entre os direitos individuais e a supremacia do interesse público é um grande desafio na busca do sucesso nas Parcerias Público-Privadas.

A Cultura contém em si mesma um outro componente que é à confiança. A relação contratual deve ser baseada na confiança que uma das partes deposita na outra confiança essa que está vinculada à boa fé e expressa no dever lateral de cooperação.

A boa fé deve estar presente em todas as fases do contrato, de sua negociação ao período de desempenho das funções atribuídas a cada uma das partes e, até mesmo, no período pós-contratual. Essa confiança recomenda que as partes estejam imbuídas de boa fé (subjéctiva) e a materializem durante todo o período contratual (boa fé objectiva), inclusive para resolver controvérsias que venham a surgir entre elas. É nesse momento que a arbitragem, prevista nos textos legais relativos às Parcerias Público-Privadas, assume grande importância.

Mesmo com as limitações decorrentes da presença do Estado, a arbitragem se revela legal e de grande valia para as partes, já que permite solucionar as controvérsias de forma célere, segura, ética e por árbitros que sejam conhecedores das características específicas de cada projeto conjunto.

Por tudo isso e por tudo aquilo que se pudesse listar e dizer, que cultura e confiança, são peças fundamentais. Se os parceiros, envolvidos nisso a Administração Pública e a Privada, não forem capazes de criar uma nova cultura de relacionamento, os re-

sultados pretendidos com as Parcerias Público-Privadas estarão ameaçados. Essa nova cultura, no entanto, não basta ser explicitada. Há de ser praticada e o tempo é fator fundamental para que ela se desenvolva e se consolide definitivamente.

Mais do que atender aos interesses individuais das partes em parceria, essa nova cultura é fundamental para que se atenda ao interesse público, interesse da coletividade, função do Estado e expressão eloqüente da Responsabilidade Social.

Entretanto, uma nova cultura não será por si só, suficiente para assegurar a trilha de sucesso das Parcerias Público-Privadas. É muito importante uso da criatividade.

No Brasil, muito se tem ouvido falar das experiências inglesas, tendo estas tido uma influência capital na elaboração das chamadas leis das Parcerias Público-Privadas, seja a federal, seja em nível dos Estados. Desde já, ressalta-se que a existência de experiências similares em outros países há de ser uma fonte importante de informação. Casos vividos, lições aprendidas, erros minimizados.

Sabe-se que as Parcerias Públicas Privadas são estruturas operacionais destinadas a assegurar a implantação de um projeto, seja construção ou mera remodelação, mas que se faz acompanhar da prestação de um serviço, manifestada essa na gestão do empreendimento.

As experiências anteriores de que se têm notícias, não necessariamente atendem integralmente a nossas necessidades. As características de nossa economia, o perfil de nossas necessidades e os reclamos da Sociedade pode fazer com que venhamos a proceder a ajustes na modelagem das operações de Parcerias Público-Privadas.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde sempre a Administração Pública e o Setor Privado negociaram. Grandes obras de infra-estrutura são realizadas por

Empresas Privadas contratadas pela Administração Pública através de Licitações. Estas são realizadas para a escolha da proposta mais atrativa para a Administração Pública e os termos desses negócios estão refletidos em contratos administrativos, cujas características diferem substancialmente dos contratos em geral entre partes privadas, já que naqueles reconhecem-se ao estado de direito que, se inseridos em contratos entre particulares, tangenciariam a ilegalidade. Esses direitos estão presentes nas denominadas cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos e refletidos em disposições contidas na Lei de Licitações.

Pode-se dizer que a Parceria Público-Privada não é uma panacéia aplicável em qualquer caso de investimento combinados entre recursos públicos e privados. O seu prazo de implantação pode levar anos, dependendo das condições a serem exigidas caso a caso ou de riscos legais decorrentes de sedimentação de entendimento jurisprudencial sobre seus institutos.

A visão de credor pode ser compartilhada em momentos diferentes entre bancos, seguradoras, fundos de pensão e fundos de investimento. Esse credor pode, também, ter posições igualmente como sócios ou subscritores de títulos conversíveis. Porém, o mais importante é que, pelas características da PPP, o credor deverá ter uma postura pro ativa, igual à dos sócios, sob pena de não ter instrumentos eficientes para sua recuperação de crédito. No ano de 2005 o governo federal lançou os primeiros contratos nos moldes das Parcerias Público-Privadas (PPP) abrindo caminho para a efetiva implementação dessa nova forma de investimento privado em obras de interesse público no Brasil cujas regras foram estipuladas pela Lei 11.079/04, os primeiros projetos trata de obras de infra-estrutura no setor de transportes.

Acredita-se que sua perfeita assimilação pelo Brasil é apenas uma questão de tempo. O assunto é relativamente novo no País e necessita de adaptação a realidade da sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLANCHERT, Luiz Alberto. **Parcerias Público-Privadas. Comentários à Lei 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. 1ª ed., Curitiba, Juruá 2006.
- BNDES, Revista do - Demirag, Dubnick e Khadaroo (2004).
- BORGES XAVIER, Luiz Ferreira; NEVES César das - **Parceria Público-Privada: Riscos e Mitigação de Riscos em Operações Estruturadas de Infra-Estrutura**. Revista do BNDES V.12, n.o 23, p.73 - 118, jun. 2005, Rio de Janeiro.
- BUONICORE, Augusto - **A construção do conceito marxista do estado**. Diário Vermelho. [www.vermelho.org.br](http://www.vermelho.org.br) - acesso 12/07/2003.
- CARDOSO, Fernando Henrique; RODRIGUES Leôncio Martins - **Do Espírito das Leis / Montesquieu**. Os Pensadores, 3 ed., Abril Cultural São Paulo, 1985.
- CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - Emendas Constitucionais n.º 5, 6, 7, 8 e 9 de 1995.
- CRETELLA JUNIOR, José - **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. Forense Rio de Janeiro 1995.
- CRETELLA NETO, José - **Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas - PPPs**. 1.ed., Forense Rio de Janeiro 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ª ed., São Paulo: Atlas 2005.
- \_\_\_\_\_, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- ENGELS, F, A - **A Origem da Família da Propriedade Privada e do Estado - Civilização Brasileira**, RJ, 1974.
- GABRIEL, Ivana Mussi, **Comentários sobre a nova Lei da Parceria Público-Privada**. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7185> acessado em 07/11/2006.
- GASPARINI, Diógenes, **Direito Administrativo**. 8ª ed., São Paulo Saraiva, 2003.
- GIANNOTTI, José Arthur- **Manuscrisos econômico-filosófico e outros textos escolhidos/Karl Marx**- Os Pensadores 3 ed, Abril Cultural, São Paulo, 1985.
- MONTEIRO, Jacy; ALEX, Anoar - **Segundo tratado sobre o governo / Locke**. Os Pensadores, 2 ed, Abril Cultural, São Paulo, 1978.
- MONTEIRO, João Paulo; SILVA, Maria Beatriz Nizza da - **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil / Thomas Hobbes - Os Pensadores**, 2 ed, São Paulo, Abril Cultural, 1979.
- MORRIS, Clarence [org.]. **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PINTO, José Emilio Nunes. A percepção de risco nas Parcerias Público-Privadas e a lei 11.079/2004 e seus mitigantes **Jus Navegandi**, Teresina. a.9, n. 549, 7 jan. 2005. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6156> Acesso em 20/05/2005.
- SILVA, Lino Martins da - **Contabilidade Governamental: Um enfoque governamental**, 6 ed, São Paulo, Atlas, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- XAVIER, Lívio - **O Príncipe / Maquiavel**. Os Pensadores, 3 ed., Abril Cultural São Paulo, 1983.

