

A EFETIVIDADE DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA COMPARADA.

THE EFFETIVITY OF THE PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN BRAZIL: A COMPARATIVE PERSPECTIVITY

Débora Kohler Packer*
Giancarlo Maturano Ghisleni**

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 O ADVENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 1.1 Precedentes Históricos. 1.2 Reforma Gerencial. 1.3 As Parcerias Público-Privadas. 2 A LEI Nº. 11.079/2004 E SUA EFETIVIDADE. 2.1 Modalidades e Restrições. 2.2 Diretrizes. 2.3 Contratos e Garantias. 2.4 Sociedade de Propósito Específico. 2.5 Licitação e Disposições Aplicáveis à União. 2.6 A Efetividade do Instituto na Administração Pública Brasileira. 3 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NOS EUA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.

RESUMO: O presente artigo visa esclarecer, embora não exaurir, as características e peculiaridades das parcerias público-privadas e sua efetividade na realidade brasileira, realizando uma abordagem histórico-política do surgimento do instituto, uma análise pormenorizada acerca da Lei 11.079/2004 e sua aplicação para, por fim, verificar sua efetividade em comparação com o mesmo instituto nos EUA.

Palavras chave: Parcerias Público-Privadas. Direito Comparado EUA-BR.

ABSTRACT: This article intend to elucidate, although not to exhaust, the characteristics and peculiarities of the public-private partnerships and their effectiveness on the brazilian reality, making an analysis historical-political of the appearance of this institute, a detailed analysis about the Law n. 11.079/2004 and his application to, lastly, verify his effectiveness in comparison with the same tool in the USA.

Keywords: Public-Private Partnerships. Comparative systems USA-BR.

INTRODUÇÃO

No decorrer da história, de modo mais ou menos incisivo, a iniciativa privada sempre se relacionou com o poder público, nunca restando aquele absolutamente desvinculado ou independente da Administração Pública, considerada em sua mais ampla acepção e áreas de atuação.

Até nos dias atuais, ainda que os interesses aparentes sejam, por vezes, antagônicos, a interdependência entre o setor público e o privado é tal que o êxito de um em suas atividades reflete diretamente no sucesso do outro, assim como a má administração e incompetência de um, acarretará severas dificuldades ao outro.

Portanto, a coexistência harmônica entre iniciativa privada e poder público, e principalmente, a excelência na atuação de ambos em suas respectivas obrigações, determinará o alcance dos mais nobres objetivos do Estado: o bem comum de todos e de cada cidadão individualmente considerado.

Para isso, paulatinamente, diversos institutos foram sendo aprimorados, de modo que a colaboração entre Estado e iniciativa privada, com técnicas, características e objetivos peculiares de cada um, viabilizasse o atendimento aos anseios da sociedade em seus mais diversos segmentos.

* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário - Católica de Santa Catarina - Jaraguá do Sul (2011), Pós-Graduada em nível de Especialização Lato Sensu em Direito Público Constitucional e Administrativo pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2015), cursando graduação em Administração Pública pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

** Advogado Tributarista, Pós-graduado pela Unisul/SC, Mestre pela UNIJUÍ/RS, MBA em Governança Tributária (em curso) pelo IBPT, professor de graduação e pós-graduação. E-mail: giancarlo@ghisleni.adv.br

Assim, através de pesquisa exclusivamente bibliográfica, o presente estudo buscará explanar acerca da modalidade de parceria público-privada prevista na Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004, realizando uma análise histórico-política do advento do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, investigando suas peculiaridades e características singulares, sua aceitação e implementação pela Administração Pública Brasileira para, ao final, realizar um estudo comparado com a adoção do instituto pela Administração Pública norte-americana.

1 O ADVENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Em sentido amplo, parceria-público privada é toda negociação ou acordo celebrado entre a Administração Pública e um particular com o objetivo de viabilizar o exercício das competências e cumprimento das obrigações da Administração Pública perante a sociedade, promovendo o desenvolvimento socioeconômico do país e o bem estar do povo, como por exemplo as concessões comuns de serviços e obras públicas, os convênios e os consórcios públicos.

Em sentido estrito, por parceria-público privada podemos compreender o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, instituída na Lei nº. 11.079 de 30 de dezembro de 2004.

Neste capítulo, realizaremos uma breve digressão pela história da Administração Pública no Brasil, a fim de compreender em que contexto social e político as Parcerias Público-Privadas, tais quais conhecemos hoje, foram concebidas.

1.1 Precedentes Históricos.

Os primórdios da administração pública no Brasil remontam à fase patrimonialista, típica dos estados absolutistas, caracterizada pela confusão entre patrimônio público e privado, pelo exercício do poder público centralizado na figura de um soberano, que o detém, de modo ilimitado e arbitrário, por tradição. Outra característica que marca essa forma estatal é uma administração pública marcada pela pessoalidade em suas relações, pelo paternalismo e favoritismo.

Bresser-Pereira (2001) define o Estado deste período como oligárquico e, citando Faoro, esclarece que até os anos de 1900 o “poder político do Estado está concentrado em um estamento aristocrático-burocrático de juristas, letrados, e militares, que derivam seu poder e sua renda do próprio Estado”.

As primeiras iniciativas de rompimento com a Administração Pública Patrimonialista foram implementadas apenas a partir de 1930, quando a soberania do monarca e das classes dominantes passou a ser substituída pela soberania da Lei. Em 1937, através da Reforma Administrativa Burocrática, que “teve como objetivo transformar a administração pública brasileira, que até então era patrimonial, em um serviço profissional baseado no Estado de direito e na competência técnica [...]” (BRESSER-PEREIRA, 2010), estabeleceu-se uma Administração Pública com relações pautadas em regras escritas e impessoais.

Segundo Bresser-Pereira (2010), as mudanças na Administração Pública tiveram correspondência com as diferentes formas políticas de Estado. O Estado Absolutista, com o objetivo principal de manter a soberania sobre o inimigo externo e garantir a ordem interna, correspondia à Administração Pública Patrimonial. Já a Administração Pública Burocrática, consolidada apenas no século XIX, corresponde ao Estado Liberal, advindo das conquistas da burguesia que pleiteava “a liberdade pessoal

e a promoção do desenvolvimento econômico nos quadros de uma economia de mercado, [...] o primado da Lei ou o Estado de direito e a garantia da propriedade” (BRESSER-PEREIRA, 2010).

Contudo, a Administração Pública Burocrática atendia aos anseios apenas de parcela da sociedade, da elite burguesa já detentora de direitos políticos. Com a consolidação da democracia através do sufrágio universal, a classe trabalhadora passou a pleitear por um Estado mais assistencial, que garantisse, com eficiência, serviços sociais e científicos relevantes como educação, saúde e assistência social, demandando uma adequação do Estado e da Administração Pública para o atendimento destas novas reivindicações.

1.2 Reforma Gerencial.

Destarte, o Estado que até então possuía característica liberal, conquistado pelas elites dominantes, passou a adquirir feições sociais ao adequar-se às demandas emergentes das classes proletária de pobres e trabalhadores, recém detentoras de direitos políticos. Assim se inicia a transição do Estado Democrático Liberal para o Estado Democrático Social e de uma administração pública burocrática para uma administração pública voltada ao interesse comum fruto de um estado social nascente.

Contudo, ao assumir a responsabilidade por diversos serviços públicos, o Estado adquiriu dimensões expressivas, superiores à sua capacidade financeira de absorção e desproporcional à sua arrecadação fiscal, acarretando em endividamento público e ineficiência na prestação dos serviços públicos. Bresser-Pereira retrata esta realidade demonstrando que “enquanto no Estado Liberal do século XIX a carga tributária estava em torno de 5% do PIB, no Estado Democrático Social do final do século XX essa medida do tamanho do estado já alcançava cerca de 40% nos países desenvolvidos” (BRESSER-PEREIRA, 2010).

O aumento desenfreado das despesas estatais tornou insustentável a efetividade deste modelo de Estado, culminando, a partir de 1980, no surgimento da ideologia neoliberal, que visava redimensionar o Estado, desvinculando-o da figura de “grande propiciador de todas as necessidades da sociedade, sob o argumento de que o poder público já estava demasiadamente afundado em despesas geradas por suas responsabilidades sociais associadas à má administração” (DUARTE, SILVA. 2014).

Neste cenário, já nos anos 1990, teve início no Brasil a segunda grande reforma administrativa do Estado, a Reforma Gerencial, que implantou a chamada Nova Administração Pública, termo proveniente da expressão inglesa *New Public Management*, visando buscar estratégias para uma maior eficiência, com menor custo para o Estado, no atendimento às obrigações contraídas quando do Estado Social.

Autores como Bresser-Pereira defendem que a Reforma Gerencial se opõe à ideologia neoliberal, ao passo que não objetiva reduzir tamanho e competências do Estado ou enfraquecê-lo, mas modernizá-lo e torná-lo eficiente. De outra banda, há quem sustente que a Reforma Gerencial é legitimamente neoliberal, pois “diversamente do Estado liberal, que não era interventor, esse novo modelo preconizaria a ingerência pública na sociedade, mas de forma muito menos atuante do que no modelo estatal anterior”(DUARTE, SILVA. 2014).

O fato é que a Nova Administração Pública não objetiva retirar do Estado a responsabilidade pela garantia, promoção e manutenção dos direitos sociais tão arduamente conquistadas no decorrer da história, tampouco restringir suas obrigações enquanto administrador da *res publica*, mas tão somente proporcionar meios de tornar efetivo o exercício destes direitos, desenvolvendo mecanismos que permitam o

atendimento dos anseios sociais de modo satisfatório, concretizando os preceitos jurídico-legais constitucionalmente previstos.

Deste modo, a partir da Reforma Gerencial a Administração Pública passou a adotar princípios de gestão até então exclusivos da iniciativa privada, realizando mudanças significativas na estrutura do Estado, através da transferência da execução de serviços sociais e científicos para organizações não-estatais e da formalização de diversos tipos de parcerias entre o poder público e a iniciativa privada.

Tal reestruturação do Estado, em andamento até os dias atuais, fundamentou-se na busca pela eficiência e qualidade dos serviços públicos essenciais à sociedade e devidos pelo poder público que, dadas as limitações de ordem fiscal e orçamentária, não poderiam ser, como não vinham sendo, prestados de forma satisfatória.

Nesse sentido, conforme ensina Paulo Modesto, a atuação eficiente da Administração Pública consubstancia-se por uma postura multifacetada, ou seja, para que o administrador público efetivamente atue com eficiência, impõe-se: ação idônea (eficaz); ação econômica (otimizada) e ação satisfatória (dotada de qualidade) (MODESTO, 2013).

Ademais, a Administração Pública Gerencial culminaria, conseqüentemente, no enxugamento do aparelho estatal, ao passo que os servidores seriam mais especializados, ficando responsáveis pela fiscalização dos serviços prestados pelos parceiros privados.

Assim, a ideologia neoliberal e as conseqüentes reformas na Administração Pública elevaram a eficiência do Estado no cumprimento de suas obrigações a tal grau de importância que determinaram sua consignação, através da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, como princípio constitucional, acrescentando-o ao rol dos princípios inerentes à Administração Pública Brasileira já anteriormente previsto no artigo 37 da Carta Magna.

1.3 As Parcerias Público-Privadas.

Como vimos, as modalidades de cooperação entre o setor público e a iniciativa privada ascenderam em meio a uma realidade de ineficiência do Estado e de crescentes demandas sociais, advindas da ampliação dos direitos políticos galgados no decorrer do século XX.

Contudo, é importante registrar que o pleito da sociedade por uma maior eficiência do Estado não se limitava à prestação de serviços públicos sociais e científicos. Segundo Bresser-Pereira, a sociedade contemporânea delimitou-se a partir de duas forças, a globalização e a democracia, condicionando a atuação do Estado.

A globalização significa competição em nível mundial. Nesse momento, passa a ser importante a questão da competitividade – de empresas capazes de competir no mundo global. E o Estado assumiu um papel estratégico de apoio às suas empresas. [...] Por outro lado, com a democracia, a administração pública tornou-se uma questão eminentemente política. A qualidade dos serviços públicos tornou-se um dos fatores que elegem ou não governadores, prefeitos e eventualmente presidentes. (BRESSER-PEREIRA, 2002)

As parcerias público-privadas em sentido estrito, consagradas na Lei nº. 11.079/2004, foram concebidas exatamente como resposta do Estado brasileiro às demandas sociais provenientes da influência capitalista e da força industrial, ao passo que se dedicam a normatizar a formalização de acordos com a iniciativa privada

visando realização de obras de grande vulto, preponderantemente de infraestrutura, fundamentais de apoio ao setor industrial, viabilizando a competitividade da indústria brasileira em nível global.

Note-se que, inicialmente, a Constituição Federal previu, em seu artigo 175, as concessões, permissões e autorizações. Esses eram os mecanismos para a prestação de atividades que, até então, eram exclusivas do Estado e que passaram a dar a possibilidade de transferência aos particulares. Entretanto, estas modalidades mostraram-se ineficientes para o atendimento de uma parcela das obrigações do Estado para com a sociedade.

As necessidades do país, em crescente ascensão econômica, no segmento da infraestrutura, demandavam do Estado investimentos maciços em obras morosas e onerosas de infraestrutura pelas quais não podia se responsabilizar, dadas as limitações orçamentárias e até mesmo de restrições para a assunção de dívidas, através de financiamentos.

Dessa forma, as Parcerias Público-Privadas, por suas características peculiares e vantagens previstas pela Lei 11.079/2004 ao parceiro privado, mostraram-se como alternativa mais adequada para atrair o capital particular, viabilizando o atendimento do interesse público através da colaboração entre os setores estatais e privados.

2 A Lei nº. 11.079/2004 e sua efetividade.

Inspirada na bem-sucedida experiência inglesa com as *Public Private Partnerships*, esta modalidade de parceria colaborativa entre o setor público e o privado para fins de execução de obras demasiadamente onerosas para o Estado, porém, de elevado interesse público, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº. 11.079 de 30 de dezembro de 2004.

Marçal Justen Filho, conceitua o instituto como:

[...] 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 infraestrutura, mas **mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público**, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro. (BLANCHET, 2006.)

Esta garantia prestada pelo Poder Público é uma das principais diferenças entre as parcerias público-privadas insculpidas na Lei nº. 11.079/2004 e as modalidades comuns de concessão. Mas não é a única. Na sequência, realizaremos uma análise pormenorizada das características específicas deste contrato administrativo, visando compreender o que o torna tão exclusivo e particularmente apropriado para o alcance dos objetivos do Estado em sua nova configuração.

2.1 Modalidades e restrições.

A Lei 11.079/2004 inicialmente esclarece que suas previsões são aplicáveis à Administração Pública Direta e Indireta, no âmbito dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Na sequência, prescreve parceria público-privada como contrato administrativo de concessão e determina suas duas modalidades: patrocinada e administrativa. Como ressaltamos anteriormente, as parcerias público-privadas

diferenciam-se das concessões tradicionais pelo fato de que o parceiro público assume a responsabilidade pela remuneração, total ou parcial, do parceiro privado.

Assim, temos que a modalidade patrocinada, prevista no artigo 2º, § 1º da Lei 11.079/2004 refere-se ao contrato de concessão de serviços ou obras públicas em que o concessionário, adicionalmente à tarifa recebida diretamente pelos usuários, como é na concessão comum, percebe contraprestação pecuniária prestada pelo parceiro público.

Já a modalidade administrativa, consignada no § 2º do mesmo artigo, concerne ao contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública é usuária direta ou indireta, e, portanto, arca com a remuneração pelo serviço, mesmo que a prestação do serviço envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Ressalte-se que a contraprestação pecuniária prestada pelo Poder Público nas parcerias público-privadas, além de um dos principais diferenciais em relação às concessões comuns, é um grande atrativo ao investidor privado, ao passo que assegura uma contraprestação mínima, previamente pactuada, dirimindo os riscos do investimento. Nesse sentido, José Virgílio Lopes Enei ratifica:

Graças a essa característica das PPPs, remove-se total ou parcialmente os riscos tarifários, de demanda e de mercado, o que muitas vezes é crucial para conferir viabilidade econômica a certo projeto aos olhos da iniciativa privada, sobretudo no regime de financiamento de projetos, ainda que, por consequência dessa configuração, outros riscos sejam agregados (risco de crédito do governo, risco político etc.). (ENEI, 2007)

O § 3º do artigo 2º, por sua vez, ratifica o conceito de Parceria Público-Privada supracitado, elaborado por Justen Filho, ao decretar que, não havendo contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, não restará caracterizada a parceria público-privada, mas sim concessão em sua acepção comum, prevista na Lei nº 8.987/1995.

Do § 4º depreende-se o escopo das Parcerias Público-Privadas, conforme alhures exposto, ao impor algumas condições para a celebração dos contratos. O objetivo do instrumento de oportunizar ao Estado angariar o apoio de investimentos privados para a realização de grandes obras, dispendiosas e demoradas, ficou claro quando a legislação vedou a utilização de parceria público-privada para contratos com valores inferiores a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) e período de prestação do serviço inferior a 5 (cinco) anos.

Além disso, o diploma legal vedou também a utilização do mecanismo quando o objeto único do contrato for o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública, pois, neste caso, o contrato em nada se diferenciaria de uma contratação comum, através de licitação.

2.2 Diretrizes.

O artigo 4º da Lei 11.079/2004 prevê algumas diretrizes que deverão ser observadas quando da contratação de parcerias público-privadas. *In verbis*:

- I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

- IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- V – transparência dos procedimentos e das decisões;
- VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;
- VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Em sua grande maioria, tratam-se de princípios já corriqueiros no Direito Administrativo Brasileiro que, resguardado o devido prestígio, ora não serão objeto de apreciação, à exceção do inciso VI, alvo de muitas críticas, ao prever a repartição objetiva de lucros.

Não obstante a previsão configurar significativo estímulo ao investimento privado, isso se dá mediante a assunção de riscos muito elevados por parte do Estado, que ao contratar o parceiro privado nestes termos, obriga-se também a assumir financeiramente parte das eventuais responsabilidades geradas pela obra ou serviço, ainda que sejam estas provenientes de caso fortuito, força maior, fato do príncipe ou álea contratual econômica extraordinária.

2.3 Contratos e garantias.

Os Capítulos II e III da Lei 11.079/2004 dedicam-se a normatizar as cláusulas dos contratos de parcerias público-privadas, bem como a dispor acerca das garantias oferecidas pelo Poder Público ao parceiro privado quando da contratação.

Note-se que, no que tange aos termos dos contratos, a legislação determina que deverão ser observadas, no que couber, as disposições da Lei nº. 8.987/1995, que rege as concessões comuns. Contudo, acrescenta algumas disposições de considerável relevância, cuja menção se faz oportuna.

Primeiramente, a legislação regulamenta o prazo de vigência dos contratos, que não poderão ser inferior a cinco anos nem superior a trinta e cinco anos, mas deverão ser estipulados de modo compatível com a amortização dos investimentos.

Na sequência, determina a previsão nos contratos de parcerias público-privadas, das penalidades aplicáveis em caso de inadimplemento contratual de ambas as partes; da repartição de riscos entre os contratantes; das formas de remuneração e atualização de valores; dos mecanismos para preservação da atualidade da prestação dos serviços; da definição de inadimplência do Poder Público, modos e prazos para regularização, bem como forma de acionamento da garantia.

Ainda prevê que nos contratos conterà critérios para avaliação de desempenho e das garantias de execução do contrato pelo parceiro privado; do compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos auferidos pelo parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados; da realização de vistoria dos bens reversíveis e do cronograma e dos marcos para o repasse dos recursos ao parceiro privado.

Por fim, o artigo 5º ainda faculta a previsão dos requisitos e condições em que o poder público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico aos seus financiadores e garantidores; da possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores e acerca da indenização aos investidores em caso de extinção antecipada do contrato.

O artigo 6º dedica-se a prescrever os meios em que poderá ser realizada a contraprestação da Administração Pública, *in verbis*:

- I – ordem bancária;
- II – cessão de créditos não tributários;
- III – outorga de direitos em face da Administração Pública;

- IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;
- V – outros meios admitidos em lei.

O artigo 7º, em corolário ao princípio da supremacia do interesse público e ao poder de polícia da Administração Pública, determina que o objeto do contrato deverá, obrigatoriamente, ser disponibilizado para que a contraprestação seja efetuada. Ou seja, elimina-se a possibilidade de financiamento pelo Poder Público de projeto privado que não dispõe de recursos próprios para sequer dar início à execução do contrato, como também, condiciona o pagamento da contraprestação ao cumprimento satisfatório do contrato pelo parceiro privado.

O oitavo artigo, por sua vez, prevê as possibilidades de garantias prestadas pelo Poder Público ao particular no que tange às obrigações pecuniárias contraídas, quais sejam:

- I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;
- II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
- III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
- VI – outros mecanismos admitidos em lei.

Observe-se que o dispositivo não restringe as formas de garantia que poderão ser oferecidas pela Administração Pública às elencadas na Lei 11.079/2004, podendo ser utilizados outros meios, desde que admitidos em lei.

2.4 Sociedade de propósito específico.

A legislação atinente às Parcerias Público-Privadas impõe ao parceiro público, previamente à formalização do contrato, a constituição de uma SPE – Sociedade de Propósito Específico, que ficará responsável pela implantação e gerência do objeto do contrato.

Esta característica é de considerável relevância no tocante ao controle e segurança da Administração Pública em relação ao desempenho e atendimento do parceiro privado às condições pactuadas. Nesse sentido, ensina Blanchet:

É necessária a existência de uma pessoa jurídica com o propósito específico de executar o objeto da parceria com o Poder Público, a fim de se tornar viável o acompanhamento de sua contabilidade, principal meio de aferição do adequado emprego dos recursos derivados da contrapartida pública, da efetividade e do estágio da amortização do capital privado destinado ao empreendimento, e da apuração dos reflexos de fatores juridicamente ensejadores de revisões contratuais. (BLANCHET, 2006)

Além do mais, a criação da Sociedade de Propósito Específico isola o empreendimento objeto do contrato dos riscos associados a outras atividades do parceiro privado, configurando mais um instrumento de garantia à Administração Pública. (ENEI, 2007)

2.5 Licitação e Disposições Aplicáveis à União.

Conforme decreta a legislação, os contratos de parcerias público-privadas serão precedidos de licitação na modalidade de concorrência. Assim, temos que as determinações contidas no Capítulo V da Lei 11.079/2004 são, em sua essência, extraídas do texto da Lei 8.666/1993, que estatui as normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública.

Saliente-se que a realização da licitação dependerá de autorização específica da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre a conveniência e oportunidade da contratação, bem como a não interferência das despesas criadas ou aumentadas nas metas de resultados fiscais.

Ademais, merece atenção o inciso III do artigo 11 da Lei 11.079/2004, que inova ao prever a possibilidade do uso da arbitragem para a resolução de conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato de parceria público-privada, desde que realizada no Brasil, em língua portuguesa e nos termos da Lei 9.307/1996.

Por derradeiro, a legislação reserva um capítulo para tratar de disposições aplicáveis apenas à União, determinando a instituição, por decreto, de órgão gestor de parcerias público-privadas federais, composto por representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Ministério da Fazenda e da Casa Civil da Presidência da República e autorizando a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude dos contratos de parceria público-privada.

Além disso, impõe à União limitações no tocante às contratações através de parceria público-privada, determinando que os contratos apenas poderão ser celebrados quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

2.6 A efetividade do instituto na Administração Pública Brasileira.

Restou demonstrado até o presente momento que as Parcerias Público-Privadas representam instrumento adequado ao atendimento da crescente demanda social por uma infraestrutura mais robusta, que configure apoio à indústria brasileira no tocante à competitividade global, bem como por serviços públicos sociais de maior qualidade e eficiência, alcançados através da colaboração de entidades privadas e não governamentais.

Contudo, de acordo o PPP Brasil, o Observatório das Parcerias Público-Privadas, apenas cerca de 30 contratos de parcerias público-privadas foram celebrados em âmbito estadual nos anos de 2013 e 2014; e outros 17 projetos foram modelados, chegaram à fase de consulta pública, mas não tiveram prosseguimento. (PEREIRA, 2014)

As justificativas encontradas para a falta de adesão a este modelo de contratação pública são várias. Além das limitações citadas no tópico anterior, no que se refere à contratação de Parcerias Público-Privadas pela União, há quem sustente que se trata de uma questão cultural, que o Brasil carece de um setor privado empreendedor, como também há argumentos alegando que a falta de consultores especialistas para

modelagem de projetos de parcerias público-privadas, tanto no setor público quanto no privado, influencia negativamente a adoção do mecanismo. (LIMA, 2014)

Além disso, alguns pesquisadores atribuem a baixa propagação das Parcerias Público-Privadas no Brasil à própria postura do Poder Público:

Segundo estes, não haveria no Brasil uma política unificada de PPP ou um compromisso político coletivo entre os principais partidos, o que acarretaria insegurança do mercado quanto ao respeito dos acordos firmados por gestões diferentes. Como há, nessa visão, receio quanto ao respeito aos contratos firmados na gestão levada a cabo por partido político oposto do ponto de vista ideológico ao atualmente no poder, as empresas privadas não se veem seguras para investir. (LIMA, 2014)

Na sequência, analisaremos o instituto das Parcerias Público-Privadas no âmbito dos Estados Unidos da América, a fim de verificar a aceitação e adoção da modalidade pela sociedade e pela Administração Pública norte americana.

3 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NOS EUA

De acordo com o *The National Council for Public-Private Partnerships*, as parcerias entre o setor público e o privado para a prestação de serviços essenciais à sociedade não são uma novidade. Há registro de que, em 1652, o *Water Works Company of Boston* foi a primeira empresa privada da América a fornecer água potável para os cidadãos. Atualmente, o governo estuda maneiras de aprimorar parcerias com o setor privado para fins de melhorar seus serviços sem um correspondente aumento de impostos, como também, percebeu que a combinação do capital público com os recursos intelectuais dos setores privados podem resultar em serviços melhores e mais eficientes.

Nesse contexto, um dos mecanismos de parcerias que passou a ser adotado pelo governo do norte foram as parcerias público-privadas, definidas pelo *The National Council for Public-Private Partnerships* como:

[...] um acordo contratual entre uma agência pública (federal, estatal ou local) e uma entidade do setor privado. Através deste acordo, as competências e os ativos de cada setor (público e privado) são compartilhados em entregar um serviço ou instalação para o uso do público em geral. Além da partilha de recursos, cada parte divide os riscos e a potencial recompensa da prestação do serviço. (tradução nossa)

Adicionalmente, o documento da National Conference of State Legislatures, intitulado *Public-Private Partnerships for Transportation – A Toolkit for Legislators*, interpreta Parceria Público-Privada como:

[...] um acordo contratual formado entre parceiros públicos e privados, o que inclui o financiamento do setor privado, e permite a participação do setor privado mais do que aquilo que é tradicional. Os acordos envolvem a contratação, por uma agência do governo, de uma empresa privada para renovar, construir, operar, manter ou gerenciar uma instalação ou sistema. O setor público detém a propriedade da instalação; no entanto, à parte privada podem ser concedidos direitos de decisão adicionais para determinar a forma como o projeto ou tarefa será concluída. (tradução nossa)

Note-se que, em sua essência, os conceitos adotados tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos da América são bastante semelhantes. Além disso, a aplicação do

instituto, na prática, também apresenta características que denotam grande similitude entre os institutos.

Isso se evidencia no documento da *National Conference of State Legislatures* supracitado, que elenca algumas características fundamentais para a configuração de um projeto de Parceria Público-Privada, tais quais: missão, que inclua os objetivos do Poder Público, com foco nos resultados pretendidos e nos benefícios para a sociedade; métodos, que se referem à transferência de risco associada a uma transferência de responsabilidades, assim como à responsabilidade final pelo projeto e propriedade de seu objeto que permanecerá com o Poder Público, deixando ao setor privado um ou mais papéis tradicionalmente públicos na execução do projeto e, por fim, a origem dos recursos, ou seja, o financiamento do projeto, no todo ou em parte, pelo poder público.

Há de se destacar, contudo, que o federalismo americano tem raiz diferente do federalismo brasileiro, e isso pode ser notado por três obras: Coronelismo, enxada e voto de Vitor Nunes Leal relatando um pouco sobre o Federalismo Brasileiro e as obras de Alexis de Tocqueville (*A Democracia na América*) e John Stuart Mill (*A Liberdade: Dissertações e Discussões*). As comunas eram muito mais autônomas traduzindo-se isso na ideia de pertencimento do cidadão da comuna a nação americana, diferentemente do que ocorria com o cidadão brasileiro.

Essa pode ser um dos porquês de serem semelhantes as parcerias entre esses dois países e contudo ter resultados diferentes.

Isso porque a adoção do instituto está em crescente ascensão nos EUA e os governos buscam a realização desta modalidade de contratação tendo em vista a redução de custos, a ausência de mão-de-obra especializada no setor público e a expertise do setor privado. Além disso, a falta de suporte e apoio do Governo, o excesso de procedimentos burocráticos, a necessidade de implementação rápida de projetos e de inovação e qualidade nos serviços também é um fator que auxilia na sua implementação no estado americano.

Um estudo realizado pela *PriceWaterhouse Coopers* em junho de 2010, intitulado *Public Private Partnerships: The U.S. Perspective*, levantou que cerca de 25 estados dos EUA já possuíam legislação em vigor permitindo as PPP, enquanto outros, incluindo Ohio e Hawaii, estavam à discutir tais leis. Além disso, muitos outros Estados, começavam a avaliar a necessidade de tal legislação. Atualmente, conforme informações do *Federal Highway Administration*, trinta e três Estados, o Distrito de Columbia, e um território dos EUA já promulgaram leis que permitem o uso de parcerias público-privadas para o desenvolvimento da infraestrutura de transporte.

A *Public Works Financing Newsletter* registra em sua base de dados um número de 3.850 projetos de parcerias público-privadas no montante estimado de 1,8 trilhões de dólares. Esses valores de parcerias americanas quase chegam a metade do PIB brasileiro atual.

Não obstante, o mercado das parcerias público-privadas norte americanas ainda é considerado incipiente. Em seu estudo, a *PriceWaterhouse Coopers* buscou compreender os motivos pelos quais ainda há certa relutância à adoção das parcerias público-privadas e quais os óbices a serem superados para seu amplo aproveitamento e benefícios.

As informações levantadas apontam que os funcionários do governo ainda nutrem muitas dúvidas no que tange à formalização e ao funcionamento dessas parcerias, evitando considerá-las em função da falta de compreensão dos detalhes e da escassez de informação acerca das mesmas. Além disso, algumas pessoas também demonstraram preocupação com o risco da prática de tarifas abusivas pelos parceiros

privados, que poderiam poupar em manutenção e investimentos para alavancar seus lucros.

Há também funcionários do governo que hesitam em adotar as parcerias público-privadas em função da prestação de contas e da transparência em relação à aplicação dos recursos públicos. Contudo, o estudo esclarece:

Quanto aos parceiros do setor privado, eles têm uma motivação muito forte para a prestação de contas: O seu sucesso financeiro depende da qualidade e tempestividade dos trabalhos de seu projeto e do desempenho em longo prazo dos serviços de infraestrutura que oferecem. Não é de se admirar, então, que os investidores considerem PPPs entre os mais difíceis e complicados negócios com que se deparam. [...] Além disso, a disponibilidade dos pagamentos com base no desempenho será feita mensalmente durante o período de funcionamento do projeto, mas os pagamentos podem ser reduzidos se os requisitos de qualidade e de desempenho do contrato não forem cumpridos. (tradução nossa)

Ademais, o estudo propõe a estratégia da comunicação pública como essencial para o sucesso das Parcerias Público-Privadas e para o apoio popular, sugerindo o envolvimento dos cidadãos desde o início do processo e o esclarecimento acerca dos benefícios de uma parceria, como a economia para os contribuintes, o uso de mão-de-obra local e de outros recursos no projeto. “É uma questão de demonstrar aos funcionários públicos e contribuintes os benefícios tangíveis de PPPs em redução de custos e operação eficiente dos sistemas de transporte e outras infraestruturas.” (tradução nossa).

Por fim, o estudo conclui que as parcerias público-privadas são arranjos altamente técnicos e complexos que demandarão a conscientização dos servidores públicos e contribuintes norte-americanos acerca de seus benefícios, ressaltando que o sucesso das parcerias dependerá de um forte apoio político combinado com uma rigorosa fiscalização pelo setor público, proporcionando um equilíbrio entre incentivos e flexibilidade para atrair os mais experientes líderes de mercado do setor privado. “*Undoubtedly, PPPs can generate a win-win for both government and private-sector partners.*”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi possível constatar no decorrer do estudo que as parcerias público-privadas contempladas na Lei nº. 11.079/2004 são fruto de uma profunda mudança ideológica na Administração Pública Brasileira, proveniente de intensas demandas de uma sociedade reestruturada a partir das recentes conquistas democráticas e do processo de globalização e desenvolvimento econômico.

Além disso, observou-se também que esta modalidade de contratação foi concebida visando amparar uma lacuna de serviços e obras essenciais à sociedade, sobretudo no tocante à infraestrutura, que a Administração Pública se mostrou ineficiente em sua prestação, ao passo que, à iniciativa privada não era permitida a exploração.

Assim, as Parcerias Público-Privadas foram idealizadas como solução perfeita para o problema da ineficiência e de limitações orçamentárias enfrentado pela Administração Pública, ao fomentar a participação do capital privado em projetos de interesse público, angariando vantagens para ambos os parceiros, e principalmente, para a sociedade.

Contudo, a experiência nacional e estrangeira têm demonstrado que a falta de conhecimento acerca das especificidades do instituto, bem como questões culturais enraizadas estão determinando certa resistência na adoção e aceitação da ferramenta pelo Poder Público e pela sociedade.

Portanto, conclui-se que a efetividade e popularização das Parcerias Público-Privadas ainda demanda muita pesquisa e produção acadêmica, bem como iniciativas pioneiras de implementá-las, a fim de familiarizar e adquirir confiança da sociedade na ferramenta e evitar tornar inócua e obsoleto instituto engendrado com tão nobres objetivos.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BLANCHET. Luiz Alberto. **Parcerias Público-Privadas. Comentários à Lei nº. 11.079 de 30 de dezembro de 2004.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1, anexo. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicaocompilado.htm>> Acesso em 16/02/2015.

_____. Emenda constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>> Acesso em: 16/02/2015.

_____. 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 União**. Poder Legislativo, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>> Acesso em: 10/02/2015.

_____. Lei nº. 8987 de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/18987cons.htm>> Acesso em: 14/02/2015.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma da Gestão Pública**. Correio Brasiliense, 2002. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/trabalhos.asp>> Acesso em 12/02/2015.

_____. **Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial**. Revista de Administração de Empresas, Vol. 50, 2010: p. 112-116. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/trabalhos.asp>> Acesso em 10/02/2015.

_____. **Do Estado Patrimonial ao Gerencial**. In: Pinheiro, Wilhelm e Sachs (orgs.), Brasil: Um Século de Transformações. São Paulo: Cia. das Letras, 2001: p. 222-259. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/trabalhos.asp>> Acesso em 10/02/2015.

_____. **Os Primeiros Passos da Reforma Gerencial do Estado de 1995.** In: Maria Angela D'Incao e Hermínio Martins, orgs., Democracia, Crise e Reforma: Estudos sobre a era Fernando Henrique Cardoso, São Paulo: Paz e Terra, 2010: p. 171-212. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/trabalhos.asp>> Acesso em 10/02/2015.

Database. **Public Works Financing Newsletter.** Disponível em: <<http://pwfinance.net/projects-database/>> Acesso em: 12/02/2015.

DUARTE. Luciana Gaspar Melquíades; SILVA, Raquel Lemos Alves. **As Parcerias Público-Privadas na Administração Pública Moderna.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, 2014. p. 69-86.

ENEI. José Vergílio Lopes. **Project Finance: Financiamento com Foco em Empreendimentos.** (Parcerias Público-Privadas, Leveraged Buy-Outs e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007.

The National Council for Public-Private Partnerships. **Frequently asked questions about PPPs.** Disponível em: <<http://www.ncppp.org/>> Acesso em: 14/02/2015.

LEAL, Vitor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto.** São Paulo: Cia das Letras, 2012.

LIMA, Carlos Eduardo Dantas de Oliveira. **A instituição das Parcerias Público-privadas e sua aplicação na Administração Pública brasileira.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48278&seo=1>>. Acesso em: 16/02/2015.

MILL, John Stuart. **A liberdade / Utilitarismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência.** Revista do Serviço Público. Ano 51, Número 2, abr.-jun. 2000.

PEREIRA, Bruno. **A Experiência Estadual com PPPs entre 2011 e 2014.** PPP Brasil – O Observatório das Parcerias Público-Privadas. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br>> Acesso em 10/02/2015.

PRICE WATERHOUSE COOPERS. **Public Private Partnerships: The U.S. Perspective.** PriceWaterhouseCoopers. 2010. Disponível em: <<http://www.ncppp.org/wp-content/uploads/2013/03/PWC-PPPs-The-US-Perspective.pdf>> Acesso em: 14/02/2015.

The National Council for Public-Private Partnerships. **Public-Private Partnerships Defined.** Disponível em: <<http://www.ncppp.org/>> Acesso em: 14/02/2015.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América.** 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

National Conference of State Legislatures. **Public-Private Partnerships for Transportation – A Toolkit for Legislators.** Disponível em: <<http://www.ncsl.org/research/transportation/public-private-partnerships-for-transportation.aspx>>. Acesso em 14/02/2015.

State P3 Legislation. Federal Highway Administration. Disponível em:
<<http://www.fhwa.dot.gov/ipd/p3/statelegislation/>> Acesso em 12/02/2015.