

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E OS PONTOS POLÊMICOS DA LEI n.º. 11.079/2.004.

Luiz Paulo Rodrigues Tiepo¹

Heloiza Rodrigues Tiepo²

Ranmar Santyago Alves Amorim Santos³

Afondo Maria das Chagas⁴

"Sou naturalizado Italiano, mas sou do Gana. Fui abandonado pelos meus pais e adotado por dois anjos, Sofro com racismo todos os dias. Sou o primeiro negro a vestir a camisola italiana. Não sou revoltado, só que as minhas experiências de vida fazem-me agir diferente das outras pessoas. Então procure saber antes de me criticar."⁵

RESUMO

Sabemos que todos os países tanto desenvolvidos quanto os subdesenvolvidos estão atravessando uma grande crise econômica, e com isso quem mais sofre são os utentes que além de serem responsáveis pelo pagamento de uma grande carga tributária sofrem com a falta de benefícios como saúde, educação e saneamento básico. Com a falta de recursos e com a capacidade de endividamento dos Estados já exaurida, obras como as de infra-estrutura, saúde e outros benefícios de competência da União, Estados e Municípios como rege a Constituição Federal deixam de serem executadas. Atualmente essas obras que seriam para benefício popular estão sendo executadas com as parcerias de empresas privadas, em 2.004 o Brasil regulamentou a Lei n.º. 11.079/04, das Parcerias Público-Privada onde estas onde pela falta de recursos os investidores particulares injetam recursos que muitas vezes são financiados pelo BNDES (Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social), ou seja, dinheiro público para obras públicas, ainda mais esse novo tipo de concessão somente é dada se o parceiro privado ficar por no mínimo 20 anos administrando tal concessão. E com isso os utentes pagam além de seus tributos que por lei volta em benefícios para o gozo de sua vida, este ainda paga para usufruir de obras que foram objetos de concessão, e como já é de costume no Brasil tudo sobra para o contribuinte.

Palavras-Chave: Infra-Estrutura, Parcerias Público-Privada, Concessão, Utentes, Lei n.º. 11.079/04.

ABSTRACT

We know that all countries both developed underdeveloped when they are going through a major economic crisis, and that those who suffer most are the users who are not only responsible for paying a large tax burden suffer from a lack of benefits such as health, education and sanitation basics. With the lack of resources and the borrowing capacity of states have already exhausted, works such as infrastructure, health and other benefits of competence of the Union, States and Municipalities as governed by the Federal Constitution no longer be executed. Currently these works that would be for public benefit are being implemented through partnerships with private companies in the Brazil 2004 regulates Law no. 11.079/04, Public-Private Partnerships where they

¹Aluno do Curso de Direito Ajes – Faculdade do Vale do Juruena. Turma de 2014. E-mail: luizpaulo.tieppo@gmail.com.

²Aluna do Curso de Direito da Ajes – Faculdade do Vale do Juruena. Turma de 2014. E-mail: helo.tieppo@gmail.com.

³Aluno do Curso de Direito Ajes – Faculdade do Vale do Juruena. Turma de 2014. E-mail: juinapneus@hotmail.com.

⁴ CHAGAS, Afonso Maria das. Graduado em filosofia pelo Instituto de Filosofia e Teologia Mater Ecclesiae; Graduado em Teologia, pela Studium Theologicum; Graduado em Direito, pela Universidade Federal de Rondônia, UNIR, Brasil; Pós Graduado pela Fundação de Apoio á Educação, Pesquisa, e Extensão da UNISUL, FAEPESUL; Mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, Brasil.

⁵ Mário Balotelli.

lack the resources where private investors inject resources which are often financed by BNDES (National Bank for Economic and Social Development), ie, public money for public works, this further new type of award is only given if the private partner to stay for at least 20 years of managing such a grant. And with that users pay in addition to their back taxes by law that provide benefits to the enjoyment of his life, it still pays to make use of works that were subject to concession, and as has become usual in Brazil all left for the taxpayer.

Keywords: Infrastructure, Public Private Partnerships, Grant, Users, Law no. 11.079/04.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ORIGEM DAS PPP'S; 3. IMPLANTAÇÃO DAS PPP'S NO BRASIL; 4. CONCEITO, OBJETO E NATUREZA JURÍDICA DAS PPP'S; 5. TIPOS DE PPP'S; 6. PRINCIPAIS PONTOS POLÊMICOS (ppp's) DAS PARCERIA PÚBLICO-PRIVADAS (PPP'S); 7. CONCLUSÃO; 8. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade relatar os principais pontos polêmicos da Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2.004 (D.O.U. 31.12.2004), a qual instituiu as licitações e contratações de Parcerias Público-Privadas, pela administração pública.

Olhando para o passado em meados de 1.979 indo até o final de 1.990, quando a Inglaterra tinha como primeira-ministra Margaret Thatcher, onde houve o surgimento das conhecidas Parcerias Público-Privada - PPP, estas voltadas para execução de obras de infra-estruturas que ficaram a encargos dos Estados, obras estas que não foram e não são levadas a sério primeiramente pela má gestão dos recursos públicos e em um segundo momento pela incapacidade dos gestores.

A implantação no Brasil do instituto das Parcerias Público-Privada se deu no início de 2.003 por alguns entes da Federação, mas ao final do ano seguinte através da Lei nº. 11.079/2.004, que abordaremos. Em se tratando de um instituto que está completando dez anos em nosso ordenamento jurídico, ainda sim é um tema totalmente relevante socialmente e economicamente, atualmente o país atravessa uma grande crise econômica deixando de assim cumprir o cronograma de aceleração do crescimento tanto nas políticas públicas sociais como nas estruturais que causam uma melhor qualidade de vida.

Os objetivos deste artigo, é focalizarmos alguns traços do surgimento das PPP's no Brasil bem com sua implantação, indo além, abordaremos o seu conceito, objetivos, natureza jurídica e seus tipos, após delimitar estes, passaremos para a análise dos principais pontos polêmicos desta lei, estes serão: a) a vinculação de receita; b) os fundos especiais; c) a grandiosidade de criações de empresa estatal; d) as resoluções de disputas, inclusive a arbitragem; e) do controle social sob intenção específica; e f) a composição social de propósito específico.

Ao se fazer as análises bibliográficas, constatou-se duas correntes onde alguns doutrinários pensavam contrariamente e outros favoravelmente, com a análise de ambos os

pensamentos, será relativamente manifestados os pontos críticos que estas poderão causar aos cidadãos.

2. A ORIGEM DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPP's)

Iniciou-se na Inglaterra por iniciativa a então Dama de Ferro a primeira-ministra Margaret Thatcher as Parcerias Público-Privadas, por ser algo inovador para a época o Banco Mundial e o Fundo Monetário Nacional acolheram tão inovação, recomendando assim para países subdesenvolvidos como uma espécie de salvação⁶.

Esta modalidade de Parceria Público-Privadas "*Private Finance Initiative*", a luz do Direito Administrativo Europeu Continental, nada mais é que uma clássica concessão de obras e ou serviços públicos⁷. No entanto as concessões somente eram de obras ou serviços onerosos onde os investidores somente obtinham o retorno ou lucro do investimento, mediante pagamentos de taxas que advinham dos utentes do serviço disponibilizado pelo concessionário.

A concessão de alguma obra ou serviço público retira do Estado como poder público qualquer injeção financeira, recebendo ao final desta o investimento ou serviços em pleno funcionamento sem gastar dinheiro público, desta maneira não se aplicava o modelo de concessão ou outros modelos de parcerias para os investimentos ou serviços gratuitos, como hospitais e escolas, não atribuindo aos princípios trazidos pela PFI (*Private Finance Initiative*), que tem por base a utilização da iniciativa privada para a construção e gestão concessionada destes serviços não pagos pelos utentes.

Apesar das certezas e incertezas que rondam a Parceria Público-Privada, necessário se faz dizer que o Governo de Margaret Thatcher (1.979-1.990), abriu novas diretrizes no cenário da Administração Pública, atraindo a iniciativa privada para que esta invista seus recursos em obras e na gestão de estabelecimentos públicos, assim amenizando a falta de recursos ou mesmo de capacidade da deficiente administração pública de países subdesenvolvidos e ate mesmo desenvolvidos, como anseiam instituições de grande porte como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Nacional, no entanto, se tais investimentos fossem aplicados com transparência, clareza, ética e segurança jurídica, representaria ótimas alternativas para que a mitigação de deficiências que assolam os utentes de serviços públicos.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 743.

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. Revista Eletrônica de Direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%C3O.pdf>. Acesso em: 21.09.2.013. p. 3.

3. A IMPLANTAÇÃO DAS PPP's NO BRASIL

No Brasil as Parcerias Público-Privada, foi instituída nacionalmente, através da Lei nº. 11.074 de 2.004, esta somente veio a existir pois o Executivo Nacional por conta do projeto de Lei nº. 2.546 de 2.003⁸, dando início a uma nova espécie de concessão de obras ou serviços públicos⁹. Esta lei adveio para tratar de normas gerais para licitações e contratações de Parceria Público-Privada, tanto no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além destes institui normas para os órgãos da Administração Pública direta, fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e outras demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados Distrito Federal e Municípios (artigo, 1º c/c parágrafo único).

Importante ressaltar que a Lei nº 11.079/04, não é pioneira no âmbito jurídico brasileiro, alguns estado que compõem a União, se anteciparam e editaram em seus próprios diplomas tal regulamentação, o Estado de Minas Gerais foi uns dos primeiros a regulamentar a Parceria Público-Privada pela Lei nº. 14.868/03, após este outros Estados como Santa Catarina, Goiás e o ultimo a criar este instituto antes do nascimento da Lei Federal foi o Estado de São Paulo, como estas foram criadas antes de uma norma que regulamente as parcerias a nível nacional, estas passarão por adequações em seus aspectos conflitantes ou omissos¹⁰.

Vale ressaltar que o surgimento das Parcerias Público-Privadas no Brasil, adveio após a crise financeira dos Estados na década de oitenta, com isso estes entes federados perderam suas capacidades para financiar obras de infra-estrutura e outras de serviços públicos, relembrando que a capacidade de endividamento do país ainda encontrasse esgotada¹¹. Acreditasse que as Parcerias Público-Privadas é uma maneira de o Estado oferecer infra-estrutura e serviços competentes a este sem afetar a sua capacidade de endividamento, maneiras estas que já enfrentam controvérsias doutrinárias.

4. CONCEITO, OBJETO E NATUREZA JURÍDICA DAS PPP's

⁸ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 345.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 745.

¹⁰ GIFONI, Rifono; ROSE, Silvana de; MATEUS, Wilson Roberto. *Contratos de parcerias público-privadas: guia básico – 2005*. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, São Paulo: Imprensa oficial, 2005. p. 16.

¹¹ ARA GÃO, Alexandre Santos de. *As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio -jun-jul, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%20C3O.pdf>. Acesso em: 21.09.2.013. p. 1.

Segundo a Lei 11.079/04, as Parcerias Público-Privadas nada mais é que um contrato administrativo de concessão, este pode ser subdividido pelas modalidades "administrativa" ou "patrocinadas", esta interpretação pode ser retirada do artigo 2º do referido diploma legal, podendo ser interpretado como o conceito de Parceria Público-Privada por alguns doutrinadores¹². Outros ensinam que não se pode extrair o conceito deste único dispositivo, necessário se faz analisar as expressões contidas no §1º, que relata sobre a concessão patrocinada e o §2º, que ensina a respeito da concessão administrativa. Para a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...]parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objetivo (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contratação do parceiro público¹³.

Para Hely Lopes Meirelles as Parcerias Público-Privadas, são nada mais que uma participação do setor privado na administração pública, principalmente em setores rodoviários, ferroviários, hidroviários, portuários e outros¹⁴. Como se pode observar vários são os conceitos perpetrados por uma gama de doutrinadores, portanto a que mais se delinea é o conceito ofertado pelo Professor Alexandre Aragão, que ensina:

[...]as parcerias público-privadas no Direito positivo brasileiro como sendo os contratos de delegação da construção, ampliação, reforma ou manutenção de determinada infra-estrutura e da gestão da totalidade ou parte das atividades administrativas prestadas por seu intermédio, mediante remuneração de longo prazo arcada total ou parcialmente pelo Estado, fixadas em razão da quantidade ou qualidade das utilidades concretamente propiciadas pelo parceiro privado à Administração Pública ou à população¹⁵[...].

No que tange os objetivos das Parcerias Público-Privada, segundo a Lei Federal que a regulamentou em nosso ordenamento jurídico, considera as parcerias como modalidades de concessão de serviço público, "para isso necessita englobar outras atividade; vale dizer: seu objeto será necessariamente a prestação de utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelos administrados¹⁶". Assim sendo, as Parcerias Público-Privada, somente

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 743.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20ª. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 285.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ª ed. atual. até EC 53 [...], por AZEVEDO, Eurico de Andrade, ALEIXO, Délcio Balestro, BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 402.

¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito administrativo econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%C3O.pdf>. Acesso em: 21.09.2.013. p. 18.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 744.

podem ser feitas em se tratando de serviços públicos, quaisquer contratos fora desses parâmetros geram a nulidade contratual.

Acerca da natureza jurídica das Parcerias Público-Privada, estas são de contrato administrativo de concessão de serviço público, como prevê o artigo 2º desta norma. Levando em consideração que a Lei nº. 8.987/95, somente se refere a concessão comum. Entretanto logo nos atentamos que não se trata de uma nova modalidade de contrato, mas apenas uma nova forma de concessão com algumas características, como o investimento do particular.

5. TIPOS DE PPP's

As Parceria Público-Privada são subdivididas em duas modalidades, a concessão patrocinada disposta no artigo 2º., §1º. e a concessão administrativa positivada no artigo 2º., §2º. A concessão patrocinada tem por principal características o fato que o concessionário recebe recursos de duas fontes, privada quanto dos utentes. Uma delas é o pagamento dos utentes ao consorcio ganhador da concessão, outra, advém do próprio poder que concedeu a concessão¹⁷. Importante ressaltar, que a respeito da questão conceitual, que a concessão patrocinada é nada mais que a concessão de serviços públicos comum que esta regulamentada no artigo 17º da Lei nº. 8.987/95, chamasse a atenção para a existência nas diferenças que dizem respeito sobre os riscos, provenientes da repartição com o parceiro público, das garantias dadas pelo parceiro público ao parceiro privado juntamente com o financiador do projeto, e aos ganhos econômicos provenientes da redução de crédito financeiro utilizados pelos parceiros¹⁸.

Com a semelhança entre os institutos, chama-se a atenção ao fato que ambos institutos são de tal ordem, ao ponto de se "afirmar o contrário: a concessão patrocinada rege-se pela Lei nº. 8.987, em tudo o que não for derogado pela Lei nº. 11.079", ressalta que a concessão patrocinada é nada mais que uma concessão de serviços públicos, "inúmeros são os pontos comuns com a modalidade disciplinada pela Lei nº. 8.987", julgando sua importância transcrevemos, *in verbis*:

- a) Existência de cláusulas regulamentares no contrato, resultantes da atividade hoje chamada de regulação;
- b) Outorga de prerrogativas públicas ao parceiro privado;
- c) Sujeição do parceiro privado aos princípios inerentes à prestação de serviços públicos: continuidade, mutabilidade, igualdade dos usuários, além dos mencionados no art. 6º da Lei nº 8.987/95;
- d) Reconhecimento de poderes ao parceiro público, como encampação, intervenção, uso compulsório de recursos humanos e materiais da empresa concessionária, poder

¹⁷ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 347.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20ª. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 286.

de direção e controle sobre execução do serviço, poder sancionatório e poder de decretar a caducidade; prestação do serviço;

e) Reversão, ao término do contrato, de bens do parceiro privado afetados à f) natureza pública dos bens da concessionária afetados à prestação do serviço; g) responsabilidade civil, por danos causados a terceiros, regida por normas publicísticas, mais especificamente o artigo 37, § 6º, da Constituição;

h) Efeitos trilaterais da concessão: sobre o poder concedente, o parceiro privado e os usuários¹⁹.

Relativamente à Lei nº 8.987/95, a mesma autora destaca que se aplicam à concessão patrocinada as normas referentes a:

- a)** Direitos e obrigações dos usuários (artigo. 7º);
- b)** Cláusulas essenciais do contrato (artigo. 23), no que não contrariarem os incisos do artigo 5º da Lei nº 11.079;
- c)** Encargos do concessionário (artigo. 31);
- d)** Intervenção (artigos. 32 a 34);
- e)** Política tarifária (artigos. 9º a 13), no que couber;
- f)** Encargos do poder concedente (artigo. 29);
- g)** Responsabilidade por prejuízos causados ao poder concedente e a terceiros (artigo. 25, caput);
- h)** Subcontratação (artigo. 25, §§ 1º a 3º);
- i)** Subconcessão (artigo. 26);
- j)** Transferência da concessão (artigo. 27), com as restrições contidas no artigo 9º da Lei nº 11.079 quanto à transferência de controle acionário;
- l)** Formas de extinção, abrangendo advento do termo, encampação, caducidade, rescisão ou anulação (artigos. 35 a 39);
- m)** Reversão (artigo. 36); m) licitação (artigos. 15, §§ 3º e 4º, 18, 19 e 21), no que não contrariarem as normas dos artigos 11 a 13 da Lei nº 11.079; n) controle da concessionária (artigo. 30 da Lei nº 8.987/95, e artigos. 31 e 36 da Lei nº 9.074/95)²⁰.

Por outro lado, Di Pietro enfatiza que não obstante a concessão patrocinada seja equiparada, pela própria lei, à concessão de serviços públicos, existem algumas distinções no que diz respeito ao regime jurídico, apresentando-nos o seguinte rol de distinções:

- a)** A forma de remuneração, que deve estar prevista no contrato entre as cláusulas essenciais (art. 52, IV) e que abrange, além da tarifa e outras fontes de receita previstas no artigo 11 da Lei nº 8.987/95, a contraprestação do parceiro público o parceiro privado;
- b)** A obrigatoriedade de constituição de sociedade de propósitos específicos para implantar e gerir o objeto da parceria (art. 9º); c) a possibilidade de serem prestadas, pela Administração Pública, garantias de cumprimento de suas obrigações pecuniárias;
- d)** O compartilhamento de riscos (art. 4º, VI, e art. 5º, III) e de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes de redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado (art. 5º, IX); e) f) normas específicas sobre licitação, derogando parcialmente as normas das Leis nº 8.987/95 e 8.666/93; possibilidade de aplicação de penalidade à Administração Pública em caso de inadimplemento contratual;

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 20ª. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 286-287.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 20ª. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 287.

g) Normas limitadoras do prazo mínimo e máximo do contrato (art. 5º, I); h) imposição de limite de despesa com contratos de parcerias público-privadas (arts. 22 e 28)²¹.

Nos termos da Lei nº. 11.079/2.004 a concessão administrativa trata-se contratação de prestação de serviços que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que houver a execução de obras ou fornecimento e instalação de bens. Tal afirmação para alguns doutrinadores como Di Pietro assevera que o mesmo "peca pela falta de clareza", fazendo-se necessário que se recorra a outra norma legal para que seja objetivado e esclarecido pelo legislador, concluindo que a concessão administrativa "tanto pode ser, eventualmente, por objeto a execução material de atividade (aproximando-se da empreitada), como a gestão de serviço público (como na concessão de serviço público comum e na concessão patrocinada), que objetiva o legislador"²².

A concessão administrativa é nada mais que um misto de empreitada (mesmo que o serviço tenha sido prestado por terceiro, esta será remunerada pela própria administração, como se dispõem do artigo 2º, §3º.), e de concessão de serviço público (porque o serviço prestado ou não a terceiro, está sujeito a algumas normas da Lei nº. 8.987, sendo relativas aos encargos dos concessionários). Se este objeto de concessão administrativa, se mostrar verdadeira haverá uma terceirização partindo do meio da atividade para o fim desta. Mudando a visão em 180º (Cento e Oitenta Graus) avistamos outra modalidade de concessão esta denominada de patrocinada é à concessão administrativa, que pela complexidade e pela riqueza de detalhes de conteúdo será transcrita, *in verbis*:

a) A previsão de contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, sob pena de se configurar a concessão comum, regida pela Lei nº 8.987/95; é o que estabelece o art. 2º, § 3º, da Lei nº 11.079; só que na concessão patrocinada a contraprestação do parceiro público é um plus em relação à tarifa cobrada do usuário, enquanto na concessão administrativa ela constituirá a forma básica de remuneração;

b) A garantia do equilíbrio econômico-financeiro, não prevista expressamente na Lei nº 11.079/04, mas decorrente, na concessão patrocinada, da aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95, em especial os artigos 9º e 10; em ambas as modalidades, a garantia decorre implicitamente o artigo 5º, III e IV, da Lei nº 11.079, que prevê, entre as cláusulas que devem se incluídas no contrato de parceria, a que diz respeito à "repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária" e à "forma de remuneração e de atualização dos valores contratuais"; trata-se de técnicas consagradas precisamente para garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos;

c) O compartilhamento de ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; essa característica se justifica porque, para as parcerias público-privadas, ao contrário do que ocorre na concessão de serviços públicos, o poder público poderá oferecer garantias ao financiador do projeto (art. 5º, § 2º), reduzindo, dessa forma, os riscos do

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 20ª. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 286 - 287.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 20ª. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 289 - 291.

empreendimento e possibilitando maiores ganhos econômicos pelo parceiro privado, os quais deverão ser compartilhados com o poder público;

d) O financiamento por terceiros, referido em alguns dispositivos da Lei nº 11.089/03, como ocorre nos artigos 5º, § 2º, 18, § 2º, e 24; este último prevê que o Conselho Monetário Nacional estabelecerá, na forma da legislação pertinente, as diretrizes para a concessão de crédito destinado ao financiamento de contratos de parcerias público-privadas, bem como para participação de entidades fechadas de previdência complementar;

e) A previsão de três tipos de garantias para as parcerias público-privadas: (1) as garantias de execução do contrato, prestadas pelo parceiro privado ao parceiro público, que são as mesmas previstas na Lei nº 8.666/93, para os contratos administrativos em geral (ar. 56, § 1º, com a redação dada pela Lei nº 11.079); (2) a garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público perante o parceiro privado, prevista no artigo 8º da Lei nº 11.079 e abrangendo: vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal; instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; contratação de seguro-garantia junto a companhias seguradoras que não sejam controladas pelo poder público; garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo poder público e garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal; com relação à vinculação de receitas e à instituição de fundo, merece especial menção parecer proferido por Kiyoshi Harada, publicado no Boletim de Direito Administrativo (São Paulo: NDJ, nº 3, p. 308-315, mar. 2005); e (3) a contra garantia prestada pelo parceiro público à entidade financiadora do projeto, podendo abranger as seguintes modalidades: transferência, para os financiadores, do controle da sociedade de propósito específico constituída pelo parceiro privado; possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública; legitimidade dos financiadores do projeto para receberem indenizações por extinção antecipada do contrato; possibilidade de recebimento, pelo financiador, de pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas; constituição de sociedade de propósitos específicos (art. 9º da Lei nº 11.079), em caráter obrigatório, independentemente de o licitante vencedor ser ou não um consórcio; é prevista expressamente a possibilidade de transferência do controle dessa sociedade, mediante autorização da Administração Pública, observado o parágrafo único do artigo 27 da Lei nº 8.987/95, que exige do pretendente capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à execução do serviço (inciso I) e compromisso de dar cumprimento a todas as cláusulas do contrato em vigor (inciso II); a exigência contida no inciso I do artigo 27 é dispensada na hipótese prevista no artigo 5º, § 2º, da Lei nº 11.079/04, quando os financiadores do projeto assumirem a execução do projeto, o que contraria os princípios da isonomia da moralidade administrativa, do interesse público, da razoabilidade, uma vez que, se o financiador não tiver capacidade técnica e idoneidade financeira, não terá condições de prestar serviço adequado, podendo infringir o princípio da continuidade na prestação do serviço;

f) Previsão e penalidades aplicáveis à Administração Pública (at. 5º, II), o que somente será possível se tratar de multa ressarcitória, cujo objetivo é o de indenizar o contratado pelos prejuízos eventualmente causados pelo poder concedente; qualquer outro tipo de penalidade é inconcebível de ser imposta à Administração Pública, porque a sanção resultaria aplicada ao próprio Estado, que detém com exclusividade o poder sancionatório;

g) Delimitação do prazo contratual, que não pode ser inferior a cinco nem superior a 35 anos, incluindo eventual prorrogação (art. 5º, inciso I);

h) Normas sobre licitações, a serem tratadas no item subsequente; observância da Lei de Responsabilidade Fiscal, também a ser mencionada no item subsequente;

i) Imposição e limite de despesa, conforme artigos 22 e 28²³.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 20ª. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 292 - 304.

Alguns doutrinadores, rotulam a concessão administrativa como uma falsa concessão, como ensina Celso Bandeira de Mello:

dever-se-ia depreender, apesar da profunda obscuridade aludida, que, enquanto na parceria “patrocinada” o concessionário (sob a designação de parceiro privado) se remunera parte por tarifas cobradas do público e parte por pagamento que o Poder Público (sob designação de parceiro público) lhe faz, na parceria administrativa o particular se remunera exclusivamente por “tarifas” de um serviço público do qual a Administração é “a usuária direta ou indireta”²⁴.

Seria possível o Estado conceder serviços a empresas privadas que possam ser mantidos por tarifas as quais a Administração compareça como uma mera usuária, mas na qualidade e frequência acobertando tais serviços. Pode-se concluir assim que a Administração com intuito de acobertar os custos das prestações de serviços prestados, embora essa tarifa seria mera contribuição, não existiria, e sim seria uma remuneração contratual, descaracterizando a parceria como concessão.

Não basta chamar um mero contrato de prestação de serviços como concessão, para que ele adquira em um passe de mágica tal qualidade, também não basta chamarmos de tarifa os pagamentos feitos aos parceiros, para que tal pagamento seja convertido em tarifa e o mero contrato se transforme em uma concessão, assim como não se pode chamar uma mesa de alto falante para que assim possa se irradiar sons por meio dela.

Tempos atrás a prefeitura de Cuiabá, para que efetuasse contratos de serviços para recolhimento de lixo usando como prazos e outros pontos os correspondentes ao de uma concessão, atribuindo o nome ao contrato e chamando de tarifa o pagamento que efetuava ao prestador do serviço "parceiro", este contrato a luz do Direito é evidentemente nulo.

Portando, os tipos das Parcerias Público-Privada, se caracterizam pelas formas de pagamentos feitos parceiros privados, incluindo-se o período de tempo, assim não podendo os contratos de Parcerias Público-Privada serem confundidos com contratos de concessão, mesmo que estes tenham características semelhantes, devendo cada qual seguir seus próprios ritos sob pena de restarem descaracterizados e maculados de nulidades.

6. PRINCIPAIS PONTOS POLÊMICOS (PPP's) DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADA (PPP's)

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 747.

Aprovada com o fito de suplantar a “falta de disponibilidade de recursos financeiros” e, por outro lado, tirar proveito da “eficiência da gestão do setor privado²⁵”, a Lei nº. 11.079/2004, carrega em si duas evidências, a saber: a) a falência do Estado e, b) a ineficiência da Administração Pública, sendo a primeira condição da segunda. O Prof. José dos Santos Carvalho Filho, noticia que as Parcerias Público-Privadas têm sido adotadas com sucesso em diversos ordenamentos jurídicos, como, entre outros, os de Portugal, Espanha, Inglaterra e Irlanda, e, de lado, põe em dúvida se semelhante modelo será frutífero ou não no Brasil, antecipando-se para dizer que o tempo aliado à forma como irá conduzir-se a Administração na aplicação do instituto dirão, com o que concordamos plenamente²⁶.

Não obstante alguns aspectos confusos na disciplina jurídica em questão, trata-se de mais uma das tentativas que ultimamente se têm apresentado para que o Poder Público obtenha do setor privado parcerias, recursos e formas de gestão no intuito de executar atividades estatais e prestar serviços públicos, tarefas nas quais o Estado, sozinho, tem fracassado.

A Constituição brasileira não adota um regime de tipicidade fechada em relação às modalidades contratuais que podem vir a ser instituídas e utilizadas pelo Poder Público para a melhor execução de suas tarefas, assim, se reconhece que em sendo concebido o contrato de Parcerias Público-Privada na forma como fora idealizado, tal consistirá uma solução legislativa que permite o alcance, conforme as circunstâncias do caso concreto, de um maior grau de concretização do princípio da eficiência administrativa (CF, art. 37, caput)²⁷.

De outro lado, destaque-se a crítica lançada por Kiyoshi Harada, na época da tramitação do projeto de lei, que serão trazidas, sendo, também, de Harada, as mais severas críticas e atribuições de inconstitucionalidades que serão mais adiante comentadas.

Esse projeto legislativo é um desastre total do ponto de vista jurídico-constitucional. Representa, sem sombra de dúvida, um outro instrumento poderoso de desmontar a

²⁵ CARVALO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 15ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 346.

²⁶ CARVALO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 15ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 346.

²⁷ BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. Revista eletrônica de direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 22.09.2013.

administração pública, como a terceirização e a privatização de serviços públicos não terceirizáveis nem privatizáveis²⁸.

Na linha de pensamento de Harada, filia-se Celso Mello, que não só corrobora o pensamento de Harada, como, também, lança pesadas críticas ao texto da Lei nº 11.079/2004, como o faz, dentre outras, ao falar sobre o teor do artigo. 4º, III, que indica algumas atividades que obviamente não poderiam estar compreendidas no âmbito das Parcerias Público-Privadas (atividade jurisdicional, atividade regulatória, poder de polícia e atividades exclusivas do Estado), a ponto de asseverar que: “tantas e tais são as imperfeições desta lei que se nota haver sido preparada por pessoa ou pessoas jejunas em Direito, totalmente desconhecedoras de noções jurídicas, mesmo as mais primárias”, ressaltando o brilhante autor que é claro que não precisaria mencioná-lo, seja porque ninguém da área jurídica imaginaria que atividades exclusivas do Estado pudessem ser trespassadas a particulares, seja, liminarmente, porque ditas atividades, em nosso Direito, não são tecnicamente serviço público, estando, pois, por definição, fora do âmbito das Parcerias Público-Privadas²⁹.

O citado administrativista vai mais longe, ao comentar sobre as diretrizes e cláusulas contratuais que norteiam o contrato de parceria, as quais se acham inseridas nos diversos incisos do artigo 4º, para dizer que com exceção da repartição objetiva de riscos entre as partes, *in casu* o inciso VI, todas as demais diretrizes, obviamente, não precisariam ser referidas, e assevera que:

Com efeito, ninguém no mundo imaginaria que os contratos em apreço deveriam buscar ineficiência tanto no cumprimento das missões estatais quanto no emprego de recursos; nem que deveriam desprestigiar os interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; nem que, por via deles, fossem delegados a função jurisdicional do Estado, ou sua função regulatória, ou o exercício do poder de polícia ou de quaisquer outras atividades que o próprio dispositivo menciona como “exclusivas do Estado”; nem que a parcerias se empenhassem na busca da irresponsabilidade fiscal; como também suporia que ditos contratos devessem primar pela falta de transparência dos procedimentos e das decisões. Do mesmo modo não se suporia que vieram para promover a insustentabilidade financeira e desvantagens socioeconômicas. Assim, seria o caso de perguntar: por que tais dispositivos foram incluídos na lei?³⁰.

²⁸ HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias público privadas. Art. 8º. Da Lei n.º 11.079/04. Disponível em: <http://www.haradaadvogados.com.br/publicacoes/Pareceres/330.pdf>. Acesso em 22.09.2013. p. 3.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 745.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 751.

Não obstante o rigor científico da assertiva, consideramos exacerbada a crítica lançada pelo notável autor, pelo simples fato de que a lei não é direcionada apenas para juristas e sim para todos os cidadãos, consoante dispõem os art. 3º, do DL 4.657/1942 (LICC) e art. 21, caput, do DL 2.848/1940 (CP), razão pela qual não se pode apedrejar o legislador por dizer o óbvio ou ser repetitivo, posto que, quando não muito, seria fazer o papel de regulador da norma, o que, à evidência, não a invalida apenas esvaziando a função do ente regulador. Na verdade, o que o legislador não pode fazer é afrontar à Carta Magna, aí sim, estaria a merecer toda e qualquer sorte de repúdio. Demais disso, ainda que o preparo da lei tenha sido atribuído a alguém alheio à esfera jurídica, de ressaltar que o mesmo foi objeto de intensas discussões no Congresso, tendo sido alvo de emendas, uma das quais apresentadas por notáveis juristas, e que resultou em alterações do texto original, como se extrai, por exemplo, dos relatos do Prof. Aragão:

O conceito e a sistematização da Lei, que a deixaram bem diferente do primeiro projeto, adveio de substitutivo apresentado no Senado Federal, em relação ao qual houve a colaboração de grupo de juristas de interlocução com a Casa Civil da Presidência da República, o qual tivemos a honra de integrar juntamente com os professores Adílson Abreu Dallari, Carlos Ari Sunfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Marçal Justen Filho, Paula Forgioni e Odete Medauar, devendo ser feito o registro da contribuição direta que as sugestões do Professor Carlos Ari Sunfeld tiveram para o conceito, classificação e nomenclatura das parcerias público-privadas que acabaram sendo encampadas pela Lei nº 11.079/04. Uma notícia do fato também consta de JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, Ed. Saraiva, São Paulo, 2005, p. 550: "A solução reflete a decisiva colaboração de Carlos Ari Sunfeld, que propugnou, inclusive, pela aplicação subsidiária das regras da Lei de Concessões para disciplinar as Parcerias Público-Privadas³¹.

Relativamente à concessão administrativa, Celso Mello afirma que o que “a lei visa, na verdade, por meios transversos, não confessados, é a realizar um simples contrato de prestação de serviços – e não uma concessão – segundo um regime diferenciado e muito mais vantajoso para o contratado que o regime geral dos contratos”. O autor, assim, com toda propriedade, vislumbra que, ao final das contas, a comentada lei quer mesmo é ensejar aos contratantes privados (os parceiros), nas “concessões” administrativas tanto como particulares, vantagens e garantia capazes de atender aos mais venturosos sonhos de qualquer contratado. Pretendeu atribuir-lhes os benefícios a seguir indicados, e que existem tanto na

³¹ ARAÇÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. Revista Eletrônica de Direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio -jun-jul, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%20C3O.pdf>. Acesso em: 21.09.2.013. p. 5.

concessão administrativa quando na concessão patrocinada, assim como também ofertou aos seus financiadores benefícios surpreendentes³².

Não ousamos discordar do renomado mestre, ao contrário, como ponto de reflexão, indagamos: seria, acaso, a subversão da ordem jurídica?! Os principais pontos polêmicos da lei nº. 11.079/2004, são, sem dúvida, as disposições inerentes à 1) vinculação de receitas, 2) instituição de fundos especiais, 3i) criação de empresa estatal garantidora; 4) mecanismos de resolução de disputas, inclusive arbitragem, e 5) assunção – por financiador – do controle da sociedade de propósito específicos. Aliando-se à corrente criada por Kiyoshi Harada, Celso Mello assevera que há grosseira inconstitucionalidade na previsão do art. 8º, I, segundo o qual obrigações pecuniárias da Administração resultantes da parceria poderiam ser garantidas por vinculação de receitas³³.

A proibição de vinculação de receitas, segundo tal corrente, residente no art. 167, IV, da Constituição, baseado no qual a vinculação “só pode ser excepcionada nos casos que especifica, consoante ali mesmo está previsto e estampado de maneira exuberantemente clara”, ressaltando-se que a única remissão que nele se faz ao tema de prestação de garantias concerne a operações de créditos por antecipação de receita, ou a pagamento de créditos da União (§ 4º do mesmo artigo).

Quanto aos fundos especiais, Celso Mello, em total harmonia ao pensamento de Harada³⁴, afirma ser “grosseiramente inconstitucional” a previsão de instituição ou utilização de fundos especiais garantidores de que trata o art. 8º, II, bem como a autorização constante do art. 16, para um Fundo Federal, de 6 (seis) bilhões de Reais, o que na visão dos ilustres publicistas incorrem, concomitantemente, em diversas inconstitucionalidades³⁵.

Segundo Celso Mello, a inconstitucionalidade reside no fato de serem os referidos fundos constituídos com bens públicos, o que não é possível, haja vista que, bens públicos, não são suscetíveis de penhora, nem de qualquer modalidade de apoderamento forçado, além do que, segundo os autores, “a forma pela qual credores públicos se saciam, quando não hajam sido regularmente pagos, é a prevista no artigo 100 da Constituição, isto é, com o

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 748.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 755-760.

³⁴ ³⁴ HARADA, Kiyoshi. *Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias público privadas. Art. 8º. Da Lei n.º. 11.079/04*. Disponível em: <http://www.haradaadvogados.com.br/publicacoes/Pareceres/330.pdf> . Acesso em 22.09.2.013. p. 6-8.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 756.

atendimento dos precatórios [...]”³⁶. Mais adiante, o autor, ainda embasado no parecer de Kiyoshi Harada, enfatiza que:

o inciso II do art. 8º "atenta contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da publicidade (art. 37 da CF); dribla o art. 165, § 9º, II, da CF e o art. 36 do ADCT; infringe o art. 167, IV, da CF; contraria o princípio da quantificação dos créditos orçamentários inserto no art. 167, VII; violenta o princípio da fixação prévia das despesas, que está previsto no art. 167, II. Ademais, esvazia, em parte, o conteúdo dos arts. 70 e 71 da CF, que cometem ao Congresso Nacional a importantíssima missão de fiscalizar e controlar os gastos públicos, ferindo de morte o princípio da legitimidade, que deve presidir o controle sob o prisma da legalidade e da economicidade da execução orçamentária e financeira”³⁷

Relativamente ao Fundo Federal Garantidor de Parcerias Público-Privadas, previsto no art. 16, Mello assevera que o mesmo incorre, ainda, na inconstitucionalidade de não poderem ser instituídos enquanto não sobrevier a lei complementar prevista no art. 165, § 9º, II, da Constituição, a teor do que dispõe, inclusive, no art. 36 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, adita o autor que:

os recursos que devem constituir tal Fundo Federal (cotas integralizáveis em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais - ou de uso especial ou uso comum previamente desafetados para tal fim! - e ações de sociedade de economia mista federal até o limite da manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial, conforme o art. 16, § 4º) estão previstos como devendo provir não só da União, mas também de suas autarquias e fundações públicas. Ora, estes sujeitos da Administração indireta foram criados para cumprir finalidades específicas, e têm, portanto, seus recursos atrelados às correspondentes destinações. Por isto, assiste total razão à Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao dizer que, vigorando em relação a eles o princípio da especialidade, somente lei específica nominando as pessoas afetadas poderia ensejar que seus recursos fossem distraídos para finalidade estranha a suas razões de existir³⁸.

Em reta oposta, o Prof. Alexandre Aragão rechaça tais argumentos afirmando que todas as garantias previstas no referido art. 8º, são possíveis de serem adotadas pela Administração Pública, desde que previstas no edital (art. 11, parágrafo único, Lei nº 11.079/04, refutando, igualmente, as assertivas no sentido de que apenas lei complementar poderá dispor sobre garantias a serem dadas pelo Estado (art. 163, III, CF), contra-argumentando, ainda, que as garantias previstas na Lei nº 11.079/04 podem ser consideradas como já referidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar nº 101/00),

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 756-758.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 757.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 758.

especialmente pelo seu artigo 40³⁹. No que concerne especificamente à instituição de fundo garantidor, o Prof. Aragão discorda das opiniões de Harada e Mello, chegando a afirmar que o que o art. 165, § 9º, II, CF, impõe é que as condições para a instituição e funcionamento de fundos sejam genericamente disciplinadas por lei complementar, não que a criação de cada fundo específico o seja. Acrescenta o autor que lei complementar (lei-quadro) já existe; é a Lei nº 4.320/64, cujos artigos. 71 a 74 se referem apenas à "lei", portanto lei ordinária, para instituir o fundo⁴⁰.

A propósito da violação ao artigo. 71 da Lei nº 4.320/64, acrescenta o mencionado autor que “ele apenas afirma que as receitas dos fundos ‘se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços’”. Ressalta que entre tais “objetivos” certamente se insere o de garantir dívidas necessárias à realização de projetos de infra-estrutura essenciais ao desenvolvimento nacional. Acerca da suposta violação ao art. 100 da CF, Alexandre Aragão enfoca, primeiramente, com supedâneo no artigo. 37, caput da CF, a possibilidade de a União criar entidades de Direito Privado para desempenhar seus misteres, asseverando que:

quando a União cria uma pessoa jurídica de Direito Privado da sua Administração Indireta para desempenhar atividades de sua competência constitucional, as exclui, ainda que parcialmente, do regime jurídico de Direito Público, inclusive da execução de dívidas pelo sistema de precatório, já que o art. 100, CF, submete apenas a "Fazenda Pública". Isso, contudo, antes de ser uma ilegítima "fuga do Direito Público", é uma possibilidade constitucionalmente admitida de os Entes federativos buscarem o atendimento mais eficiente dos seus objetivos, ressalvada apenas a vedação da entidade de Direito Privado exercer atividades de jus imperii, ou seja, de imposições unilaterais aos particulares⁴¹.

A nosso ver, não assiste razão ao professor Alexandre Aragão, uma vez que, as hipóteses de garantias vislumbradas na LRF (artigo. 23, § 3º, II; artigo. 29, IV; artigo. 32, § 4º, II; artigo. 39, III; artigo. 40 e seus parágrafos; artigo. 55, I, “c”; artigo. 59, § 1º, III; artigo. 60) alcançam apenas e tão-somente as garantias prestadas entre os entes federativos, envolvendo, notadamente, operações de obrigação financeira ou contratual assumidas por ou entre eles (entes da Federação) ou entidades a eles vinculadas, não comportando os referidos

³⁹ ARAÇÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPP’s no direito positivo brasileiro. Revista Eletrônica de Direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%20C3O.pdf>. Acesso em: 21.09.2.013. p. 25.

⁴⁰ ARAÇÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPP’s no direito positivo brasileiro. Revista Eletrônica de Direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%20C3O.pdf>. Acesso em: 21.09.2.013. p. 26-27.

⁴¹ ARAÇÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPP’s no direito positivo brasileiro. Revista Eletrônica de Direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%20C3O.pdf>. Acesso em: 21.09.2.013. p. 25.

dispositivos interpretação extensiva a par de oferecer garantias a particulares, estando as garantias dispostas no art. 8º., II da Lei 11.079/04, à evidência, a depender de edição de Lei Complementar, pelo que, neste ponto, filiamo-nos aos pensamentos de Kiyoshi Harada e Celso Mello. Defendemos, ainda, que a única forma de garantia passível de estabelecimento por lei ordinária – com embasamento na LC 101/00 – é a disposta no artigo 61 da referida lei, consistente no oferecimento de “títulos da dívida pública, desde que devidamente escriturados em sistema centralizado de liquidação e custódia”, os quais, segundo o citado dispositivo “poderão ser oferecidos em caução para garantia de empréstimos, ou em outras transações previstas em lei, pelo seu valor econômico, conforme definido pelo Ministério da Fazenda”.

Assim, não fosse a previsão constitucional no sentido de que “concessão de garantias pelas entidades públicas” é matéria adstrita à lei complementar, estaria o festejado mestre acobertado de razão, todavia, esse não é o cenário, pois ainda que a instituição de fundo garantidor encontre guarida nos artigos. 71 a 74, da Lei nº 4.320/64, não tem ele o condão de prestar garantias, restando, de igual sorte, violada, ao menos em parte, a observância ao sistema de precatório, salvo, como visto antes, se o fundo garantidor fosse constituído – exclusivamente - por títulos da dívida pública, a teor do disposto no artigo. 61 da LC 101/00.

Ainda sobre o fundo garantidor, causa-nos perplexidade o fato de a lei 11.079/04 determinar a criação de fundo, de até 6 (seis) bilhões de Reais, para garantir obrigações contraídas com a implantação das Parcerias Público-Privada, quando, paradoxalmente, a justificativa da lei foi exatamente a ausência de recursos e o esgotamento de endividamento do Erário. Ora, não seria o caso de tais recursos serem aplicados (pelos caminhos naturais) diretamente pela própria Administração na execução de obras de infra-estrutura?! Chamamos a atenção para o primeiro projeto de PPP, noticiado pelo Governo Federal, voltado à restauração do Sistema Rodoviário envolvendo as Rodovias BR-116/BR-32/BA, e neste ponto somos instados a indagar: cadê os muitos bilhões de Reais arrecadados com a CIDE? Não seriam eles mais do que suficientes para a satisfação de tal finalidade específica?

Binenbojm manifestando-se acerca das garantias especiais das Parcerias Público-Privada, leciona que: “uma das características peculiares dos contratos de Parceria Público-Privada é o reforço das suas garantias em relação à generalidade dos contratos celebrados pela Administração Pública”. Assevera o autor que “a razão de tal característica é de fácil compreensão” pois segundo ele, ao contrário dos demais contratos administrativos, as PPP’s, “a) exigem investimentos iniciais vultosos dos particulares, b) propõem sua amortização em longo prazo e c) no caso das concessões patrocinadas e das concessões administrativas de

serviços públicos, não oferecem um objeto suficientemente atrativo para justificar per se os riscos assumidos pelos investidores⁴².

Com esse espírito, o professor carioca, analisando os dispositivos do art. 8º. da 11.079/04 c/c art. 163, III, da CF, afirma que em primeira vista “o vício de inconstitucionalidade formal parece evidente. Deveras, sendo a Lei nº 11.079/2004 uma lei ordinária, a exigência do art. 163, caput, e III, da Carta Política teria sido desatendida. Entretanto, o referido autor afirma que o caso comporta duas interpretações alternativas, capazes de “salvar” o art. 8º. em comento, a saber:

[...] a primeira, aquela que sustenta ter a Lei nº 11.079/2004 apenas regulamentando a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), com o que estaria satisfeita a exigência constitucional. E a segunda, aquela segundo a qual o art. 8º. não trata da concessão de garantias por entidades públicas (referidas no caput do art. 163 da Constituição), mas sim por uma entidade privada, que é o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas⁴³.

Não comungamos da opinião do autor, consoante nossas razões antes expostas, todavia, concordamos com o mesmo quando registra que:

[...] seja como for, a simples existência de uma suspeita de inconstitucionalidade já pode representar um elemento problemático de risco e insegurança para os investidores privados. Assim, é recomendável o encaminhamento de um projeto de lei complementar ao Congresso que venha a espantar dúvidas acerca da firmeza das garantias oferecidas pelos parceiros públicos em contratos de Parceria Público-Privada⁴⁴.

Outra inconstitucionalidade apontada por Celso Mello diz respeito à inadmissibilidade de “criação de empresa estatal garantidora” de obrigações oriundas de Parceria Público-Privada, haja vista o evidente desnaturamento da índole de tais entidades - concebidas que são para prestar serviços públicos ou para desenvolver empreendimentos econômicos, e não para servir de garantes a créditos de terceiros. Assevera o renomado mestre que a instituição com tal objetivo é o mesmo que “buscar por vias transversas os mesmos fins que os fundos não podem atingir, pena de ofenderem à generala o disposto na Constituição”, em evidente “burla

⁴² BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. Revista eletrônica de direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTA VO% 20BINENBOJM.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTA%20BINENBOJM.pdf)>. Acesso em: 22.09.2.013.p.11.

⁴³ BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. Revista eletrônica de direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTA VO% 20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 22.09.2.013.p.11.

⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. Revista eletrônica de direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTA VO% 20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 22.09.2.013.p.11.

ao sistema de satisfação de créditos insolutos contra o Poder Público, estabelecido no art. 100, e a incidir na violação aos princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade administrativas”⁴⁵. Binenbojm, diferentemente, defende a legitimidade da “constituição de uma entidade de direito privado para funcionar como fundo garantidor”, com amparo no art. 173, § 1º, inciso II, da Carta da República, a ainda segundo o autor:

[...] nada impede, de fato, que o Poder Público constitua uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista (ou uma subsidiária dessas entidades) cujo objeto social seja o de garantir determinados projetos, concebidos no formato de PPP. Trata-se de um aspecto da atividade de fomento, que pode ser desempenhada por pessoas estatais de direito privado. Ora, segundo o art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias sujeitam-se ao “regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações cíveis, comerciais, trabalhista e tributárias”⁴⁶

A questão como se vê é de veras polêmica, e certamente baterá às portas dos tribunais, subsistindo, até lá, a dúvida e, portanto, a insegurança jurídica dos investidores privados, no entanto, nesse ponto, inclinamo-nos à corrente encabeçada por Kiyoshi Harada e Celso Mello. Causa polêmica, ainda, a previsão inserta na lei 11.079/04 no sentido de que “particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas extra commercium”⁴⁷.

Para o citado autor o assunto “envolve interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo; e, bem por isto, quando suscitar algum quadro conflitivo entre partes, só pode ser soluto pelo Poder Judiciário”, e acrescenta: “permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja, dessarte, com ele imbricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve.” A propósito do tema, o Prof. Aragão assim se manifesta:

Alguns autores estão aventando a inconstitucionalidade da exigência de a arbitragem ser feita no Brasil e em português por violar o Princípio da Proporcionalidade ao impor restrições sem nenhum ganho para o interesse público, ou seja, restrições desnecessárias. Não nos parece ser assim. A ausência de tal exigência não faria que a admissão da arbitragem fosse inconstitucional, mas, outrossim, não resta dúvida que, ainda mais em se tratando de contrato de relevantíssimo interesse para toda a sociedade, o fato de ser realizado no local de sua execução (no Brasil) e na língua acessível a todos os interessados (os usuários dos serviços públicos objeto do

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 758

⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. Revista eletrônica de direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 22.09.2013.p.16.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 759.

contrato e a imprensa por eles acessada) faz com que haja um controle imediato, uma accountability e uma transparência mais incisivos⁴⁸.

Neste particular, ficamos com as lições de Binenbojm, para quem nenhum dos três óbices de índole constitucional opostos à admissibilidade de cláusulas de arbitragem em contratos envolvendo a Administração Pública, quais sejam, a) o princípio da legalidade administrativa, b) o princípio da indisponibilidade do interesse público, e c) o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, se afigura procedente⁴⁹.

Leciona o autor que “já foi há muito abandonada a idéia do princípio da legalidade administrativa como vinculação positiva à lei”, sustenta o autor que “há inúmeros campos em que, como se sabe, se reconhece à Administração uma série de poderes implícitos ao dever de bem administrar. A pactuação da cláusula compromissória é um dentre eles.” Assim, conclui o autor, com propriedade, que o poder de pactuar arbitragem é implícito ao poder de contratar, restando atendida a legalidade quando a solução arbitral se afigura, a juízo do administrador, como aquela que realiza, da forma mais eficiente, o dever de bem administrar⁵⁰.

Acerca da indisponibilidade do interesse público, o professor carioca relembra as lições do hoje Ministro Eros Roberto Grau, para quem não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais ou indisponibilidade do interesse público, para concluir que a disponibilidade dos direitos patrimoniais envolvidos em um contrato administrativo, corresponde um poder da Administração de convencionar a cláusula de arbitragem, sem que isso importe disposição do interesse público.

que concerne ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, Binenbojm chama a atenção, com o que concordamos, para o ponto de que a arbitragem poderá ser, em muitos casos, a mais vantajosa para a Administração do que a solução judicial, tomando-se como exemplo a hipótese de um contrato rescindido por culpa do parceiro privado, em que haja uma verba indenizatória devida à Administração. De convir, com o autor, que em tal situação a maior celeridade do procedimento arbitral virá em favor do Poder Público. Também não se

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. Revista Eletrônica de Direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%C3O.pdf>. Acesso em: 21.09.2.013. p. 25.

⁴⁹ BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. Revista eletrônica de direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>. Acesso em: 22.09.2.013.p.15-16.

⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. Revista eletrônica de direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>. Acesso em: 22.09.2.013.p.16.

pode discordar do referido autor quando afirma que em um juízo de proporcionalidade entre benefícios (custos mais baixos em contratos administrativos) e riscos (eventuais e suscetíveis de correção pontual em casos de vícios formais ou fraude, nos casos previstos no art. 32 da Lei nº 9.307/96), a balança de custo-benefício me parece claramente pender em favor da convenção da cláusula compromissória.

Concordamos, por fim, com a conclusão de Binenbojm no sentido de que inexistente violação, por parte da Lei 11.079/04, ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, mormente, como ressalta o autor, depois que o Egrégio STF, em sede de Sentença Estrangeira (SE nº 5.206-7, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001), resolveu a questão do procedimento arbitral, assentando que a opção pela cláusula de arbitragem é uma decorrência da disponibilidade dos recursos envolvidos no contrato administrativo, qualquer alegação de violação da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição perde sentido⁵¹.

No que respeita a assunção, por financiador, do controle da sociedade de propósitos específicos, o festejado Celso Mello assevera, com o que concordamos plenamente, que é desenganadamente inconstitucional a possibilidade conferida à Administração pelo art. 52, § 22, I, de autorizar a transferência do controle de tal sociedade para os financiadores da parceria sem que estes previamente demonstrem "capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço" quando o objetivo for reestruturá-la financeiramente e assegurar a continuidade da prestação dos serviços⁵².

Segundo o autor, o art. 37, XXI, da Constituição, mesmo pretendendo reduzir ao máximo as exigências a serem feitas para os pretendentes a eventual travamento de contrato com a Administração, não abriu mão de 'exigências de qualificação técnica e econômica indisponíveis à garantia do cumprimento das obrigações'. É claro, pois, que a lei das Parcerias Público-Privada não poderia fazê-lo⁵³.

A propósito do tema, oportuno enfatizar que, não obstante a pecha de inconstitucionalidade em comento, tem-se que, em ocorrendo uma assunção por órgão financiador vinculado a Administração Pública, há de se convir que a parceria público-privada,

⁵¹ BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. Revista eletrônica de direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 22.09.2013.p.17.

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 759.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 16.

nessa hipótese, restaria descaracterizada dando lugar a uma parceria “público-público”. Por fim, é de realçar mais um ponto polêmico da Lei 11.079/04, trata-se do art. 9º, o qual prevê que antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. A lei em comento não menciona qualquer prazo para constituição da referida sociedade, o que, inevitavelmente, haverá de ser consignado em edital.

Ressalte-se que, à época do advento da Lei 11.079/04, de acordo com dados do Banco Mundial, para se abrir uma empresa no Brasil eram necessários passar por 15 procedimentos, o que levava 152 dias (notícia do MDIC – Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, disponível a partir de: , acesso em 10 maio 2007), esse problema, no entanto, tende a desaparecer haja vista a edição da Lei 11.598, de 03 de dezembro de 2007 (DOU de 04 de dezembro de 2007), que estabelece diretrizes e procedimentos para a simplificação e integração do processo de registro e legalização de empresários e de pessoas jurídicas e cria a Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – REDESIM. Frise-se que a Lei 11.598/2007 só veio ao mundo jurídico depois de transcorridos, praticamente, 03 (três) anos da edição da Lei 11.079/04, dando mostra da letargia do nosso legislativo, o que, não obstante, não tira o brilho da norma, que, embora tardia, visa – claramente – simplificar os procedimentos de abertura de empresas através de um cadastro único, rápido e desburocratizado. Mas, uma pergunta não quer calar: em quanto tempo os órgãos envolvidos conseguirão implementar a REDESIM? Espera-se que não se deixe transcorrer mais três anos, pois, afinal, o cenário de integração entre os diversos entes políticos e órgãos da administração pública têm se mostrado totalmente favorável, pois o Governo Federal investiu pesado em infraestrutura de informática, e, por outro lado, tem disponibilizado linha de crédito aos Estados e Municípios para tal propósito, restando a estes apenas aderirem, mediante consórcio, à REDESIM. Como exemplo exitoso de integração entre os diversos entes políticos, oportuno citar o caso dos repasses de ICMS entre os Estados Federados, decorrentes de operações interestaduais, que há muito vêm sendo operacionalizados, com sucesso, através de uma espécie de câmara nacional de compensação, consistente no Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis – SCANC, regulado, atualmente, através dos Convênios ICMS nºs 03/1999 e 54/2002, editados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, sistema esse que atende plenamente aos anseios dos Fiscos Estaduais, por ser totalmente automatizado e seguro. Outro exemplo de êxito tem sido o caso da Nota Fiscal Eletrônica, de existência apenas digital, que já integra de

forma obrigatória, desde 1º de abril de 2008, os Fiscos Federal e Estaduais no que concerne as operações realizadas entre contribuintes que exercem atividades de distribuição de combustíveis líquidos e de fabricação de cigarros, conforme determina o ajuste SINIEF 07/05 (DOU de 05.10.05, republicado no DOU de 07.12.05) e alterações, e que, a partir de 1º de setembro de 2008, passa a ser obrigatório, também, para os segmentos seguintes: fabricantes de automóveis, camionetes, utilitários, caminhões, ônibus e motocicletas; fabricantes de cimento; fabricantes, distribuidores e comerciante atacadista de medicamentos alopáticos para uso humano; frigoríficos e atacadistas que promoverem as saídas de carnes frescas, refrigeradas ou congeladas das espécies bovinas, suínas, bufalinas e avícola; fabricantes de bebidas alcoólicas inclusive cervejas e chopes; fabricantes de refrigerantes; agentes que, no Ambiente de Contratação Livre (ACL), vendam energia elétrica a consumidor final; fabricantes de semi-acabados, laminados planos ou longos, relaminados, trefilados e perfilados de aço; fabricantes de ferro-gusa (Protocolo ICMS 24, de 18 de março de 2008). Outrossim, vislumbra-se que em um futuro não muito distante a obrigatoriedade da Nota Fiscal Eletrônica estará alcançando todos os segmentos e contribuintes do país, e, por outro lado, integrando todos os entes federativos, não se justificando, destarte, que algum órgão fique de fora ou venha retardar esse importante processo de integração, não se podendo, também, perder de vista que, uma imperiosa e ampla integração entre todos os entes públicos representa importantíssimo passo para o avanço da tão almejada reforma tributária, quiçá, com uma possível unificação de tributos, ao estilo IVA europeu, não só facilitando a abertura e baixa de empresas, como pretende a REDESIM, mas, notadamente, permitindo uma correta e justa repartição de receitas entre os entes federados.

7. CONCLUSÃO

Denota-se, do que vimos, que o propósito das parcerias em comento é o de atrair o capital privado com vistas a suplantar e/ou amenizar eventuais faltas de recursos para investimentos em infra-estrutura básica e, por outro lado, otimizar a administração pública por intermédio do capital, da força de trabalho, da qualidade e seriedade da administração particular, em contrapartida a longo período de remuneração financeira, arcada total ou parcialmente pelo Estado.

De registrar que os ideais neoliberais levados a cabo pela “Dama de Ferro”, Margaret Thatcher, os quais revolucionaram a Inglaterra e influenciaram, incontinentemente, países da Europa e do resto do mundo, demoraram mais de dez anos para serem parcialmente implementados no Brasil, quando foram registradas as primeiras privatizações de empresas

públicas, cuja experiência, diga-se, resultou exitosa. No que concerne a novel e discutida forma de parceria público-privada, tem-se que a tentativa de sua implementação no Brasil se deu há mais de vinte anos das primeiras experiências inglesas, sendo oportuno registrar que o cenário nacional, em que se busca a realização de tais parcerias, tem se mostrado bem mais favorável, que outrora, à administração pública, isso porque com a onda de privatizações, e do advento da Lei Complementar nº 101/2000, que estabeleceu normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, estancou-se, ainda que timidamente, a sangria dos cofres públicos, medidas que somadas aos sucessivos recordes de arrecadação tributária, têm levado a redução do deficit público, em razão do que somos levados a indagar se realmente é o momento de se firmar as comentadas parcerias, duvidando-se, outrossim, se as reportadas parcerias serão ou não frutíferas aqui no Brasil, e nesse ponto ficaremos refém do tempo e das circunstâncias futuras.

Sem retirar o mérito das parcerias público-privadas, o que, aliás, restou consagrado em países europeus, temos que, antes de tudo, deveremos moralizar as nossas instituições, de forma a acabar – definitivamente - com os públicos e notórios saques que os cofres públicos vêm sofrendo ao longo de toda sua história, pois, como é sabido, a inoperância da administração pública está intrinsecamente associada à falta de recursos, os quais se não fossem desviados e literalmente furtados do erário, certamente seria suficiente para reduzir substancialmente ou até mesmo eliminar os déficits com a saúde, educação, moradia, habitação, segurança, estradas, portos, aeroportos, dentre outros.

A quem se habilite a checar numericamente tal assertiva, sugerimos que basta somar as cifras que sabidamente foram desviadas dos cofres públicos e confrontar o resultado do somatório com as estimativas de gastos estimados para a realização das obras de infraestrutura básica de que necessita a nação. Ainda acerca dos saques aos cofres públicos, o que a nosso ver é causa de todos os nossos deficits, é de lamentar que, infelizmente, tais fatos tenham se repetido a cada novo dia.

Para se confirmar isso basta acompanhar os noticiários para ver que novos e inacreditáveis escândalos surgem um atrás do outro, cujas investidas são cada vez mais audaciosas e sofisticadas, e, o que é pior, têm contado com o envolvimento de pessoas ligadas as mais diversas instituições, como se o país estivesse acometido de um grave câncer em fase de metástase, onde só com o milagre da purificação das nossas instituições a cura se operará.

Nessa seara, vislumbramos que os mecanismos de contratação através das parcerias público-privadas, se levados a sério, como fora em outros países, pode colaborar com o

avanço do País, por outro lado, tememos que “o tiro saia pela culatra”, ou seja, que tais mecanismos venham a ser, tendenciosamente, mal conduzidos, dando margens a superfaturamentos e favorecimentos em detrimento dos cofres públicos, o que não nos causaria nenhuma estranheza, pois, infelizmente, fatos dessa natureza têm se repetido com grande freqüência no âmbito da administração pública pátria.

Feitas essas breves reflexões e de tudo o que foi exposto, buscou-se demonstrar a importância do estudo dos principais pontos polêmicos (ppp's) da Lei nº 11.079/2004, a qual instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada (PPP's) no âmbito da administração pública, cujas polêmicas impressionam não só pela quantidade, mas, principalmente, pelo intensidade das controvérsias, fato que, não obstante nossa dúvida acerca da conveniência e oportunidade das comentadas PPP's, a nosso ver, e lamentavelmente, provoca incerteza e insegurança jurídica, e que certamente desaguará no Judiciário, situação que tende a comprometer as tão almejadas metas de desenvolvimentos lançadas pelo Governo Federal através do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC - 2007-2010, em cujas premissas para superar os gargalos e expandir o investimento em infra-estrutura no País, inclui-se, a desejada e inevitável implementação de parcerias entre o setor público e o investidor privado, notadamente agora em decorrência da perda de arrecadação de cerca de R\$ 40 bilhões em decorrência da queda da CPMF.

Ademais, espera-se que o presente e brevíssimo estudo sirva de estímulo a novas reflexões, visando com isso o afloramento do melhor juízo acerca da solução das polêmicas aqui reportadas, de sorte que a situação seja, definitivamente, pacificada, seja pela pelo advento de novas normas pertinentes e consentâneas ao caso, seja pela manifestação – em definitivo - de nossa Corte Suprema sobre a matéria.

8. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. Revista Eletrônica de Direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE2MAIO2005ALEXANDRE%20ARAG%C3O.pdf>>. Acesso em: 21.09.2.013.

BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. Revista eletrônica de direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE2MAIO2005GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 22.09.2.013.

CARVALO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 15ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 20ª. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

GIFONI, Rifono; ROSE, Silvana de; MATEUS, Wilson Roberto. Contratos de parcerias público-privadas: guia básico – 2005. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, São Paulo: Imprensa oficial, 2005.

HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias público-privadas. Art. 8º. Da Lei n.º. 11.079/04. Disponível em: <<http://www.haradaadvogados.com.br/publicacoes/Pareceres/330.pdf>> . Acesso em 22.09.2013. p. 3.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 33ª ed. atual. até EC 53 [...], por AZEVEDO, Eurico de Andrade, ALEIXO, Délcio Balestro, BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007.