

O NOVO MODELO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPS) NO BRASIL: CARACTERÍSTICAS E REGULAÇÃO

Juarez Freitas

Sumário: 1. Introdução; 2. Características das PPPs no modelo normativo brasileiro; 3. PPPs e Regulação: Mudanças no Ambiente dos Negócios Públicos; 4. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

No contexto brasileiro, -sem prejuízo de imprescindíveis ajustes normativos e dos novos passos na redefinição do ambiente regulatório-, as parcerias público-privadas (PPPs) surgem como alternativas válidas para a congestionada infra-estrutura, uma vez que a economia corre riscos se alcançar o crescimento robusto do qual o país carece. As PPPs brasileiras configuram modalidades peculiares de ajuste do Poder Público, mas, devidamente observadas, são versões “blindadas” dos contratos administrativos já conhecidos. Teria sido juridicamente viável, embora menos impactante na esfera política, realizar ajustes e retoques às atuais Leis de Concessões e de Licitações. Nessa linha, implausível deixar de reconhecer que a contraprestação adicional ao valor da tarifa pelo Poder Público não descaracteriza, em nada, o tradicional contrato de concessão: somente o matiza.

Verdade que a seqüência da peculiarização parcial do regime das PPPs exige um plexo pacificador de mudanças normativas supervenientes. Seja como for, por ora, a disciplina conceitual das PPPs, mais restrita do que a dominante no Direito Comparado, apresenta sua razão dominante na tentativa de oferecer garantias adicionais (uma espécie de “blindagem”) para alguns contratos públicos, com o propósito de atrair investidores de monta e dispostos a aceitar longo prazo de amortização. Tais garantias são, em realidade, coadjuvantes em termos conceituais e deveriam merecer explícito respaldo constitucional. Não obstante, o certo é que os interessados demandam determinadas garantias que ainda não constam do atual modelo, a saber, as oriundas do caráter propício e confiável do ambiente regulatório. Em outras palavras, querem ter ciência límpida acerca das titularidades dos serviços delegados e das respectivas competências fiscalizatórias.

Logo, sem negar o impacto simbólico marcante da Lei 11.079/2004, essa constitui apenas elo das mudanças paradigmáticas do nosso Direito Administrativo Regulador. Nada mais do que elo. Com efeito, doravante, a mais expressiva garantia a ser oferecida aos parceiros privados, - não apenas para os contratados nas duas espécies de PPPs, previstas pela Lei Federal - reside numa maior confiabilidade do parceiro público e na melhor resolução legislativa do quadro regulatório, fazendo-o mais dialógico, independente e de Estado, para além das variações do humor governamental ou de

contingenciamentos orçamentários. Precisamos, portanto, clareza solar a respeito de quem fiscaliza, quem decreta a caducidade, quem arbitra e quem reajusta, é dizer, quem viabiliza, de modo duradouro, a consistência das relações plurilaterais de parceria. Eis questões nevrálgicas, pendentes de adequada solução, se se quiser incrementar, de modo exitoso, o regime brasileiro de PPPs.

Urge notar que as PPPs não podem ser avenças interpretadas em detrimento dos demais credores públicos (os “comuns”), sob pena de suscitarem conflitos nefastos, violadores de princípios e rigorosamente lesivos. A intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro e a regulação segura são direitos fundamentais de todos os contratados, novos ou antigos, inclusive os impropriamente denominados “concessionários comuns”. Deveras, importa reduzir, para todos, o “risco da indefinição regulatória”, o grande inimigo a ser imediatamente sobrepujado.

Tais e outros temas serão versados nesse estudo, que objetiva elencar as características nucleares dos contratos de PPPs, a partir do advento da Lei Federal 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

2. CARACTERÍSTICAS DAS PPPS NO MODELO NORMATIVO BRASILEIRO

Como se trata de estudo deliberadamente focado, nada mais pertinente do que ater-se à fixação das características das PPPs brasileiras. Antes de fazê-lo, contudo, pertinente lançar brevíssimas considerações sobre a visão conceitual, em regra, mais ampla de PPPs no exterior. Tome-se o exemplo matricial do Reino Unido, cujo entendimento dominante sobre PPPs é assaz pragmático, adaptando vetusto conceito que vem do Direito Privado dos fins do século XIX: as PPPs unem, a longo termo, setores público e privado para mútuos benefícios¹, abarcando as concessões, ao lado de várias figuras. Portanto, no sistema britânico, as concessões são espécies de PPPs.

De fato, observa-se que, superados dogmas ideológicos, ali são admitidas PPPs para investimentos os mais variados, seja em instalações hospitalares, passando por escolas, prisões e até contratos de defesa, na maior parte das vezes com economia considerável (“value for money”), todavia sem modelo rígido, admitindo-se, para ilustrar, PFI (iniciativas de financiamento privado), “joint ventures” e as referidas concessões. Constata-se, ainda, preocupação acentuada de cobrar que as várias espécies de PPPs gerem benefícios sociais e econômicos mais efetivos do que aqueles trazidos pelo investimento estatal direto. Útil notar, também, que as PPPs, no Reino Unido, significam recusa da privatização pura e simples, justamente pelo reconhecimento da necessidade de regência dos serviços universais pelo Direito Administrativo, seja no desenho institucional das contratações, seja na busca da regulação compatível, sólida e contínua.

O exemplo é suficiente para os propósitos do presente estudo.² Serve para evidenciar que seria equívoco supor que PPP coubesse em conceito único, bem como mos-

1 Vide Documento HM Treasury (2000) “Public Private Partnerships”, que faz balanço elucidativo sobre PPPs no Reino Unido.

2 Para uma visão comparada, vide, entre outros, Akintola Akintoye, Mathias Beck e Cliff Hardcastle in *Public-Private Partnerships*. London: Blackwell Science, 2003. Sobre a necessidade de regular os reguladores, além de temas de extrema importância, vide Christopher McCrudden in *Regulation and Deregulation*. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp.3-14. Vide, ainda, Diretrizes sobre as melhores práticas para a auditoria de risco nas PPPs, do Grupo de Trabalho de INTOSAI. Nesse Documento, opera-se com noção mais

tra que o conceito eleito pelo legislador nacional é bem mais circunscrito. Em contraste com tal opção, observa-se, na maior parte dos países, a voluntária preponderância da elasticidade conceitual. O exemplo é prestimoso, por conseguinte, para realçar que o modelo normativo brasileiro assume características restritivas para suas PPPs, objetivando viabilizar as aludidas “blindagens” para tais contratos, em face da relativa desconfiança quanto ao adimplemento tempestivo e adequado das obrigações pelo Poder Público, mormente as de longo prazo.

Assim, embora, doutrinariamente, possamos cogitar de parcerias em sentido amplo-, englobando toda e qualquer vinculação do Poder Público com particulares, ao colimarem benefícios mútuos, - aí incluídas permissões, -, as parcerias em sentido legal são somente aquelas “concessões” denominadas PPPs, por opção política do legislador. Desse modo, a parceria público-privada (PPP), entre nós, reúne características específicas, a saber:

(a) a PPP é um contrato entre parceiros público e privado, no qual necessariamente o último visa a obtenção de lucro, de modo que estão afastadas desse regime as parcerias (em sentido amplo) estabelecidas, por exemplo, com o denominado terceiro setor, tais como os termos celebrados com as organizações da sociedade civil de interesse público;

(b) a PPP supõe *riscos compartilháveis*;

(c) a PPP deve resguardar, com rigor, a Lei de Responsabilidade Fiscal, estabelecidos *limites adicionais em relação à receita corrente líquida*, que melhor estariam previstos em Lei Complementar;

(d) a PPP pode oferecer *garantias especiais para o parceiro privado*, com a possibilidade discutível, por via ordinária, de vinculação de receitas e do Fundo Garantidor (FGP), que inclusive, na esfera federal, apresenta traços inovadores, tais como o da afetação de patrimônio (matéria que reclama conforto constitucional superveniente);

(e) a PPP, mais precisamente na modalidade “patrocinada”, pode admitir, devidamente justificada, a *contraprestação adicional ao valor da tarifa, até como modo de assegurar a modicidade*;

(f) a PPP deve respeitar a *indelegabilidade das funções exclusivas do Estado, notadamente as regulatórias e de “polícia administrativa”*;

(g) a PPP acarreta vinculação de *prazo mais longo*, cuja duração não pode ser menor do que cinco anos (para evitar o enquadramento no prazo máximo constante na Lei de Licitações), nem exceder a trinta e cinco anos;

(h) a PPP está vinculada a *determinado valor* (acima de vinte milhões), inclusive para Estados e Municípios, o que pode restringir o universo de parceiros públicos, em política duvidosa em face do princípio federativo;

(i) a PPP supõe *avaliação constante de performance, admitindo remuneração variável*;

ampla de parcerias (em sentido diverso do art. 2º da Lei 11.079/2004), arrolando empresas conjuntas, franquias, PFI, concessões e até participações minoritárias em empresas privatizadas. O fator comum é que o Estado delega um elemento do controle do serviço a uma entidade do setor privado. A título de cotejo, vide o conceito de PPP em Portugal, mais precisamente o que consta no Decreto-Lei nº 86/2003: “entende-se por parceria público-privada o contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.”

(j) a PPP pode ter a *Administração Pública como usuária “direta ou indireta”*, na impropriamente denominada “concessão administrativa”;

(k) a PPP deve ser precedida de certame licitatório na modalidade *concorrência*, ainda que incorporados aspectos, para dizer o mínimo, procedimentais do leilão;

(l) a PPP tem *órgão gestor*, na esfera federal e no âmbito das Leis estaduais, fortemente vinculado à Administração Direta, em “executivismo” a ser mitigado;

(m) a PPP requer *sociedade de propósito específico*, que terá, observados padrões de governança corporativa, a *incumbência de implantá-la e de geri-la*;

(n) a PPP apresenta mecanismo de “reajuste automático” ou por decurso do prazo, que supõe extrema eficiência regulatória para não gerar conflitos à guisa de evitá-los;

(o) a PPP é fiscalizada pela Administração Direta, pelas Agências Reguladoras e pelos Tribunais de Contas, *nas respectivas competências*, não claramente delimitadas nesse diploma;

(p) a PPP deve ser precedida de *Consulta Pública quanto à minuta do edital*, mas preferencialmente de *Audiência Pública*, à luz da Constituição;

(q) a PPP admite que o interessado particular elabore o projeto básico, não apenas o projeto executivo, em função de veto presidencial;

(r) a PPP obriga *motivar* a escolha dessa subespécie de contratação, dado o dever de justificação quanto às “vantagens sócio-econômicas” e “sustentabilidade”;

(s) a PPP quer propiciar *mais segurança para os financiadores*, por meio de *mecanismos peculiares*, tais como o *empenho em nome deles*;

(t) a PPP, na busca de solução mais rápida para conflitos, apela à *arbitragem privada*, ainda que não possa substituir a *função regulatória*, nem versar sobre *direitos indisponíveis*;

(u) a PPP não se confunde com *terceirização (com os limites expressos da Lei de Responsabilidade Fiscal)*, vedado tal ajuste quando o único objeto for o fornecimento de mão-de obra;

(v) a PPP é introduzida por “normas gerais”, que não podem ter a nota de subsidiariedade em relação a outras “normas gerais”, a despeito da letra da lei;

(x) a PPP pode ter licitação que agasalhe critérios que incluam o exame de “propostas econômicas” e a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento;

(z) a PPP apresenta determinados limites variando, ao menos em alguns casos, conforme o IDH.

2.1. Da Natureza Contratual

Quanto à natureza *contratual da PPP* (característica “a”), frise-se que, a despeito das aparências, não se trata de contrato genuinamente novo. Ademais, foi lapso cogitar apenas de concessão como PPP, excluindo, por exemplo, as permissões (em contraste até com a³ leis estaduais). A explicação (não propriamente justificativa) está na

3 Mesmo legislação estadual mais abrangente - como é o caso da Lei 12.234/2005, art. 2º, ao conceituar as parcerias no Rio Grande do Sul (em linhas gerais, ajuste entre a Administração Pública em que haja investimento privado) - terá de se adaptar à Lei 11.079/2004, que fixa normas gerais sobre a matéria, não se admitindo, infelizmente, a permissão, prevista no art. 11 como PPP.

pretensão de compor uma “blindagem” das PPPs, inexistindo recursos para expandir e universalizar tais garantias. Argumentação compreensível, porém seria melhor que o legislador não houvesse feito opção demasiado restritiva. Com efeito, a Lei que fixa as normas gerais sobre PPPs apresenta a parceria público-privada como uma concessão, nas modalidades “patrocinada” e “administrativa.”⁴ A “concessão patrocinada” é entendida como espécie de delegação da execução de serviços públicos ou de obras públicas que envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, a contraprestação pecuniária pelo parceiro público.⁵ Bem entendida, nada mais é do que uma concessão que não destoa, no âmago, do conceito previsto no art. 2º da Lei de Concessões, com o acréscimo secundário e periférico da admissibilidade de contraprestação adicional (não exclusiva) do Poder Público.

Melhor seria, em vez de “patrocinada”, denominar “concessão subvencionada”, porque configura subvenção, respeitados os limites fiscais, a remuneração parcial à conta do parceiro público, destinada a assegurar a modicidade das tarifas. Nada mais, na essência, do que uma concessão, vale dizer, uma delegação, por risco e conta, com a contraprestação adicional que a viabiliza e a faz sustentável.⁶

De fato, a concessão de serviços públicos, em sentido lato, pode ser definida como delegação da prestação de serviço público - efetuada pela entidade estatal em cuja competência se encontra o serviço -, por meio de contrato administrativo, precedido de licitação, por prazo determinado e por risco próprio, com ou sem a subvenção remuneratória pelo Poder Público (como no caso das PPPs⁷), em harmonia com os princípios regentes da Administração Pública, inclusive o da economicidade e o da imparcialidade.

Como se observa, o conceito de “parceria subvencionada” não colide com o de concessão, não obstante notas acidentais, introduzidas para alcançar a referida “blindagem” das PPPs. Deveras, no Brasil, seguem duas grandes modalidades de contratos administrativos: (I) os que implicam delegação da execução indireta de serviços públicos (concessões e permissões) e (II) os que implicam prestações à própria Administração Pública (sem delegação). O regime de PPPs veio introduzir alterações pontuais no regime de ambos, contudo não se converte em genuíno tipo de contratação.

Elucide-se, a propósito, que, quanto ao modo de remuneração, há lugar para três espécies de contratos: (i) ajustes com remuneração inteiramente a cargo do usuário final (“concessão tradicional”); (ii) ajustes com remuneração parcial por meio de recursos públicos “lato sensu” (“concessão patrocinada” ou “subvencionada”, como é preferível nominar) e (iii) ajustes com remuneração à conta do Poder Público (aqui enquadrada a “concessão administrativa”, mas não só).

Nesse cenário, resulta que apenas pode haver PPPs, no sistema normativo vigente, nas hipóteses (ii) e (iii), não na hipótese (i). Mais: será preferível, por economicidade, a primeira hipótese (i) na comparação com as duas outras. Por idêntico raciocínio, deve ser preferida a hipótese (ii) em relação à hipótese (iii).

4 A teor do art. 2º da Lei 11.079/2004: “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”

5 Traduzível em pecúnia, para ser mais exato. Nada impede, por exemplo, que o parceiro privado deixe de pagar determinada prestação devida pelo uso de bem público (noutro ajuste), a título de contraprestação.

6 Nos termos do art. 10 da Lei 11.079/2004, dependerão de autorização legislativa específica as “concessões patrocinadas” em que mais de setenta por cento da remuneração do parceiro privado correr por conta da Administração Pública. Nada impede que a subvenção seja mínima. Ao contrário.

7 Desaconselhável, cientificamente, enquadrar o ajuste com remuneração integral pelo Poder Público como uma concessão em sentido próprio, apesar da dicção do art. 2º da Lei 11.079: semelhante visão literal descaracteriza a aceção generalizada do instituto.

Ainda a respeito do instituto das concessões, a discussão maior radica em saber se as descaracteriza a contraprestação pelo Poder Público. Decididamente não, salvo se integral a remuneração tarifária (i) ou, na hipótese (iii), sem riscos partilhados.⁸ Tampouco parece, pelos motivos expostos, apropriado denominar “comum” a concessão que não prevê a subvenção, como fez o legislador (§ 3º do art. 2º).

Por sua vez, nominalismo à parte, a “concessão administrativa” surge como um contrato de PPP, no qual a Administração Pública figura como usuária “direta ou indireta”, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (2º do art. 2º), com riscos partilhados. Ora, insofismável que o legislador equivocou-se, em parte, ao cogitar de “concessão administrativa”. Primeiro, porque todo contrato de concessão é administrativo. Segundo, - e mais grave - porque não se trata, a rigor, de concessão, mas de contrato de prestação à Administração Pública. Dessa maneira, perante a Administração como usuária, não acontece, em sentido próprio, delegação, por conta e risco. Logo, não se está diante de concessão em sintonia conceitual apurada (que implica delegação pelo titular), mas de mera contratação administrativa peculiar (com prazo mais longo, entre outras distinções), que se deve encapsular no conceito elástico e abrangente do art. 2º da Lei de Licitações, com o leque de consecratórios em termos de regime aplicável.

Sim, a definição legal de contrato, prevista no parágrafo único do art. 2º da Lei 8.666/93 (“todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”), a despeito de falhas técnicas (por exemplo, não somente particulares podem figurar como contratados, tampouco existe necessariamente estipulação de obrigações recíprocas, assim como se mostra falha a alusão a órgãos), atina, a seu modo, para o devido elastério do objeto, na perspectiva de não subtrair o Poder Público dos deveres ali constantes, sendo procedimento administrativo vocacionado à “publicização” dos contratos e até das permissões-atos (as quais convivem com as permissões-contratos), além de provocar idên-

8 Registre-se que, no caso da pioneira Lei Estadual 14.868/2003, de Minas Gerais, no art. 1º, as parcerias público-privadas são apresentadas como contratos de colaboração entre o Estado e o particular, por meio dos quais o ente privado participa da implantação e do desenvolvimento de obra, serviço ou empreendimento público, bem como da exploração e da gestão das atividades deles decorrentes, cabendo-lhes contribuir com recursos e sendo remunerado segundo o seu desempenho. Apesar de naturais imperfeições, verifica-se que, a rigor, nesse diploma estadual, não se entrevê de contrato genuíno, mas de modo peculiar de apresentação dos contratos administrativos citados. Observe-se a preocupação de não considerar PPP, a teor do art. 5º, § 2º, entre outras hipóteses, a realização de obra sem encargo de mantê-la por certo período, nem a terceirização, tampouco a prestação isolada. Por igual, já negava a PPP em função do prazo ou do valor (inc. IV). No caso da Lei Estadual 11.688/2004, que introduziu PPPs em São Paulo, as parcerias são entendidas como mecanismos de colaboração entre o Estado e agentes do setor privado, remunerados segundo critérios de desempenho, em prazo compatível com a amortização dos investimentos realizados, podendo ter por objeto a implantação, ampliação, melhoramento, reforma, manutenção ou gestão de infra-estrutura pública, a prestação de serviço público, a exploração de bem público; a exploração de direitos de natureza imaterial de titularidade do Estado. Cuida, também, de excluir a mera terceirização de mão-de-obra e as prestações singelas ou isoladas. Reconhece, em sintonia parcial com a Lei Federal, que os contratos reger-se-ão pelo disposto nesta lei e pelas normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, devendo estabelecer metas, os resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma, bem como os critérios objetivos de avaliação de desempenho e a possibilidade de compartilhamento dos ganhos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização das atividades desenvolvidas pelo contratado. Não destoam muito as Leis Estaduais de Goiás, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul.

9 Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

tico efeito em relação a pactos historicamente tidos como de Direito Privado, os quais devem resguardar isonomia e moralidade administrativa.¹⁰

Entretanto, apesar das críticas formuladas, não desmerece em nada a PPP o deixar de reunir as características de contrato genuinamente novo, em que pese a dicção literal do art. 2º da Lei federal de PPPs. Claro, mais cientificamente acertado é reconhecer que somente há dois grandes tipos de contratos: os definidos no art. 2º da Lei de Concessões e os abarcados no art. 2º da Lei de Licitações. “*Tertium non datur*”. Nessa senda, não se afigura plausível sustentar que continuam rígidos exclusivamente pela Lei nº 8.666/93 os contratos que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa (art. 3º, parágrafo 3º da Lei 11.079/2004), pois, ao fazê-lo, dá-se a impressão de que a “concessão administrativa” pode deixar de observar normas gerais da Lei de Licitações. Também soa arbitrária a opção normativa de que não constitui parceria público-privada a “concessão comum”, assim entendida a concessão de que trata a Lei nº 8.987/95, simplesmente por não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público. Melhor e menos impreciso seria - e é - considerar a parceria de modo a englobar contratos peculiares de concessão e os não menos peculiares contratos de prestação direta à Administração Pública, sem deixar de acolher vários pontos de convergência no regime de ambos.

Importa salientar, outrossim, que os contratos públicos (entre os quais figuram, para usar linguagem adequada, as “concessões subvencionadas” e os “contratos peculiares de prestação à Administração Pública”, vale dizer, as PPPs previstas na Lei 11.079/2004) são os que se aperfeiçoam pela presença da Administração Pública num dos pólos da avença formal, dotada de aptidão para promover alterações justas e por interesse público,¹¹ estabelecendo acordos de vontades relativamente autônomas e rígidos por princípios publicistas (nesse aspecto, transcendendo o chamado, com imprecisão, Direito Comum). Com objeto público e sob o controle alargado no tocante à licitude, devem observar - quando houver dispêndio - a previsão orçamentária e a responsabilidade fiscal¹² e, salvo nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade (devidamente motivadas), precisam ser precedidos de procedimento administrativo endereçado à escolha, com impessoalidade e de modo razoável, da proposta mais vantajosa para o interesse público.¹³ Os contratos de PPPs são, desse modo, subespécies dos contratos públicos, sem desconsideração das singularidades de regime, inclusive em matéria de resolução de conflitos ou de garantias.

10 Para aprofundar, vide Juarez Freitas in *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, Cap. 11.

11 André de Laubadère in *Pages de Doctrine*. Paris: LGDJ, 1980, pp. 252-275, comenta, com propriedade, a evolução da doutrina francesa acerca do poder de modificação unilateral da Administração nos contratos administrativos, o qual marcaria “la différence qui sépare le régime juridique du contrat administratif du régime des contrats de Droit Privé” (p. 254). Hoje, mormente com as PPPs, tem-se de relativizar, ainda mais, a assimetria, moderando-a pela incidência do conjunto de princípios que regem as relações de administração.

12 Vide o art. 7º e 42 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). A calhar, cite-se o art. 1º, § 1º, ao assinalar que a responsabilidade fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, por meio da qual se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas. Vide o art. 9º, consoante o qual os recursos vinculados à finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto da vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso. Vide, com atenção especial, o art. 16 sobre a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa que deve ser acompanhado de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes, assim como da declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. Vide, ainda e especialmente, os arts. 25, 26, 40, 42, 44 e 72 da LRF.

13 Vide, bem a propósito, o julgamento do REsp 512.179-PR.

2.2. Dos Riscos Compartilháveis

Quanto à característica (b), a PPP supõe *riscos “objetivamente” compartilháveis*. Convém notar que eis uma das diretrizes superiores a reger essa subespécie de contratação (art. 4º, VI da Lei 11.079/2004, que, no art. 5º, III, desdobra-a e consigna que, entre as cláusulas dos contratos de parceria público-privada, deverá constar “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”). Por todo o dito no exame da característica (a), a “repartição objetiva” de riscos entre as partes não pode significar inviabilidade de remuneração às custas somente da Administração Pública, na segunda modalidade, isto é, na impropriamente denominada “concessão administrativa”. Entretanto, o risco compartilhado deve estar presente. Não se admite como objeto único o fornecimento de bens ou serviços. Certo, o risco está maiormente explícito nas concessões subvencionadas, que implicam delegação, por conta e risco, dado que, por definição, requerem uma contraprestação adicional pelo parceiro público.

Tampouco quer dizer que a repartição, “inclusive aos referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” (art. 5º, III), implique qualquer alteração no regime de responsabilidade, tal como consagrado no art. 37, par. 6º da CF e nos dispositivos atinentes na Lei de Concessões. Mantém-se a responsabilidade objetiva do parceiro privado, se prestador de serviços públicos, bem como a responsabilidade subsidiária do parceiro público, não solidária, mostrando-se injustificável combinar em contrário.¹⁴

Tudo leva a crer, pois, que o reiterado apelo legislativo à objetividade na repartição dos riscos pretende contribuir à recomposição célere do equilíbrio econômico-financeiro. Nessa ótica, tal característica apresenta-se intimamente associada àquela do “reajuste automático”, a ser examinada na característica (n). Se esse é o desiderato maior, a solução tranquilizadora para os parceiros privados, em matéria de partilha de riscos, resta por ser alcançada: trata-se da fixação das regras e dos princípios do processo regulatório (reexame de competências, poderes fiscalizatórios, tempo de promoção do reequilíbrio contratual e articulação sistêmica (v.g., entre Agências e órgãos ambientais), colimando reduzir riscos regulatórios e lastreando a idéia de proporcionalidade. Outro aspecto merece menção: quanto maior o risco, maior o prêmio. Assim, de todo conveniente ao parceiro público empenhar-se para, na fixação da equação econômico-financeira, reduzir, ao máximo, os riscos para os investidores, à diferença do que poderia supor observador menos experiente e sagaz.

2.3. Da Austeridade Fiscal

No tocante à característica (c), a PPP deve resguardar, com rigor, a Lei de Responsabilidade Fiscal, admissíveis apenas *limites adicionais em relação à receita corrente líquida*.¹⁵ O art. 4º, IV, da Lei 11.079 estabelece a responsabilidade fiscal como uma das diretrizes inarredáveis das contratações de PPPs e o seria, de qualquer sorte, por

¹⁴ Sobre tal regime de responsabilidade, vide Juarez Freitas in O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais, ob.cit., Cap. 11.

¹⁵ Se é certo que ninguém de sã consciência pode pretender debilitar a Lei de Responsabilidade Fiscal, impõe-se corrigir os efeitos de sua má interpretação. Desse modo, sem alteração do texto da Lei de Responsabilidade Fiscal, útil reinterpretar, por exemplo, o conceito de receita corrente líquida, tendo em vista as vinculações constitucionais supervenientes à LC 101/2000, as quais podem ser, em razão disso, criteriosamente excluídas do cômputo.

força da Lei Complementar 101, que tem vários de seus dispositivos reproduzidos no corpo da nova Lei. Para ilustrar: nos termos do art. 10, o legislador ordinário condiciona a abertura do processo licitatório à autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar 101¹⁶, devendo os efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa. E, “quando for o caso”, a observância das condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101/2000. Mais: reiterando, em lei ordinária, o que consta na Lei Complementar, determina-se a elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada e a declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no curso do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e se encontram previstas na lei orçamentária anual. Para além disso, foi vetado dispositivo (Lei 11.079/2004, art. 28, parágrafo 3º), justamente por reduzir a capacidade de inibir a contratação de PPPs aptas a comprometer a solvência pública, considerando que as receitas de vendas e serviços das estatais não dependentes seriam de monta na comparação com a receita corrente líquida do ente público.

Na trilha saudável da austeridade fiscal, o legislador ordinário fez questão de deixar dito que serão aplicáveis as penalidades previstas na Lei dos Crimes Fiscais (art. 29 da Lei 11.079/2004). Tudo a revelar o peso da preocupação com o equilíbrio fiscal, um dos eixos da forte resistência da oposição ao projeto federal de PPPs. Nesse ponto, os dispositivos mais relevantes são os que estabelecem limite do comprometimento da receita corrente líquida. O ponto hermenêutico que avulta, nesse passo, consiste em saber se responsabilidade fiscal justifica a imposição de determinados limites “adicionais” por lei ordinária. Exemplos: o art. 22 da Lei de PPPs veda contratação pela União de PPPs quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas tiver excedido, no ano anterior, a um por cento da receita corrente líquida. O art. 21 da Lei de PPPs faculta a constituição de patrimônio de afetação que não se comunica com o restante do patrimônio do FGP; libera o aporte de bens públicos no Fundo Fiduciário de suposta natureza privada (art. 16). São estabelecidos limites enfaticamente no art. 28, que veda à União conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do somatório das parcerias contratadas, respectivamente, houver ultrapassado um por cento da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos dez anos seguintes excederem a um por cento da receita corrente líquida projetada. Indaga-se: lei ordinária poderia estabelecer sublimites ou limites “adicionais” àqueles previstos na LRF? Esse tema desborda do presente estudo, mas, por enquanto, suficiente dizer que a Lei de PPPs exige aplicação fiscalmente responsável, marcadamente publicista, já por envolver contratações de longo prazo e de grande vulto, já por querer introduzir garantias especiais, que melhor “blindariam” com expreso respaldo constitucional e da Lei Complementar de Responsabilidade Fiscal.

2.4. Das Garantias Especiais ou da “Blindagem”

Quanto à característica (d), os contratos de PPPs podem veicular cláusulas com *garantias especiais para o parceiro privado*, inclusive a vinculação de receitas (discu-

16 Vide o art. 4º da LRF: A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e: (...) § 1º Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes.

tível por via legislativa ordinária) e o Fundo fiduciário (não submetido a contingenciamento e com eventual afetação de patrimônio). Em realidade, melhor técnica recomenda que boa parte desses mecanismos deveria ter assento em Emenda Constitucional ou por alteração via Lei Complementar. A despeito disso, a meta foi oferecer a segurança jurídica possível, algo que não pode ser visto, em si, como inconstitucional, desde que se tomem as cautelas de delimitação do alcance dessas peculiaridades, sem prejudicar os “contratados comuns”. Além disso, a “vinculação” não pode implicar precedência quanto ao custeio (ex: nas áreas de saúde e de educação, que tem vinculação constitucional). Qualquer primazia, se houver, deve cingir-se ao pagamento, não propriamente à liberação dos recursos. Jamais se pode admitir que credores do Poder Público sejam divididos entre os de primeira classe e os integrantes da classe dos excluídos! A discriminação negativa é inaceitável.

No rol das garantias que buscam a “blindagem”, (as quais em melhor técnica deveriam estar previstas, por Emenda, no Texto Constitucional) cumpre destacar: as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de PPP, dispõe o art. 8º, poderão ser garantidas mediante vinculação de receitas, exceto se se tratar de impostos (CF, art. 167, IV), assim como pela utilização de fundos especiais, contratação de seguro-garantia junto a companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público, garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Público, garantias prestadas por fundo fiduciário ou até por empresa estatal criada para essa finalidade¹⁷. Reitero que o mais prudente teria sido Emenda Constitucional para evitar dúvidas quanto à higidez de tais obrigações. Importa, porém, desde logo, uma aplicação prudencial que evite precedências indevidas ou prejuízo a outros credores, reconhecendo dificuldades se o parceiro privado tiver de buscar a execução judicial, por força da atual redação do art. 100 da CF.

2.5. Da Contraprestação Adicional à Tarifa

No concernente à característica (e), na modalidade de “concessão patrocinada”, admite-se, no modelo brasileiro, a PPP com a *contraprestação adicional ao valor da tarifa, desde que, convém notar, não seja possível a via exclusiva da tarifa*. É preciso, pois, justificar qualquer contraprestação dessa natureza, em homenagem a vários princípios, notadamente o da economicidade. A referida contraprestação da Administração Pública, nos termos do art. 6º, ocorre por ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública ou sobre bens públicos dominicais, sem prejuízo de outros meios. Ainda: o contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada a seu desempenho. A evidência, tal contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada, evitando-se o absurdo de contraprestação sem a devida prestação: só se remunera o serviço disponível. Desse modo, para ilustrar, no período de construção de uma rodovia, mediante concessão “patrocinada”, não haverá remuneração. Não obstante, faculta-se à Administração Pública efetuar o pagamento da contraprestação relativa à parcela fruível do objeto do contrato.

2.6. Da Indelegabilidade

Quanto à característica (f), consoante a qual a PPP deve respeitar a *indelegabilidade de funções exclusivas* do Estado, convém enaltecer que, assim como nas mencio-

17 Solução adotada, não sem riscos, pela Lei de PPP de São Paulo.

nadas Leis Estaduais, a Lei 11.079/2004 deixa expresso que, na contratação de PPP, uma das diretrizes reside na indelegabilidade, ilustrando com as funções de regulação, jurisdicional e do exercício do “poder de polícia”. (art. 4º, III). Fica claro que atividades reputadas exclusivas do Estado jamais serão delegáveis sequer por PPP¹⁸. Naturalmente, são delegáveis as atividades impropriamente denominadas instrumentais ou secundárias. Por exemplo, nos dias atuais, a segurança pública é, fora de dúvida razoável, uma atividade de delegação vedada, mas não o será a atividade relativa à mera hospedaria em presídios. Eis um dos temas elevados para a elaboração científica, no novo Direito Administrativo, que reclama melhor definição das funções exclusivas de Estado, sem o dogmatismo ingênuo de pretender extirpar o traço contingente inafastável de qualquer construção a respeito.

2.7. Do Longo Prazo

No tocante à característica (g), PPP é contrato de longa duração, que não pode ser inferior a cinco anos (para não cair no prazo máximo constante na Lei de Licitações), nem exceder a trinta e cinco anos. Relevantíssimo: ao contrário do que faz imaginar a leitura de superfície ou marcada por impulsividade, essa limitação não prejudica, necessariamente, leis especiais¹⁹. Em outras palavras, não estão excluídas normas especiais sobre a matéria, sobretudo porque, em princípio, quanto maiores os prazos de amortização, maior a modicidade das tarifas e das eventuais contraprestações. Nessa linha, nada impede, por exemplo, parcerias de prazos mais longos do que aquele previsto como prazo máximo geral, na Lei de PPPs, desde que com expressa previsão da norma especial. A antinomia, se houver, resolver-se-á de acordo com a velha máxima de que o especial prepondera em relação ao geral, notadamente pela primazia última da hierarquização superior do interesse público. De qualquer sorte, como norma geral, nos termos do art. 5º da Lei 11.079/2004, cláusula do contrato de PPP deve prever prazo justificadamente compatível com a amortização dos investimentos realizados, não superior a trinta e cinco anos, incluindo eventual prorrogação. Como enfatizado, ao vedar a PPP para contrato cujo período de prestação do serviço inferior a cinco anos, quis o legislador diferenciá-la em relação ao regime da Lei de Licitações, na hipótese das impropriamente denominadas “concessões administrativas”, que nada mais são do que contratos de prestação à Administração Pública, em acepção ampla, a teor do mencionado art. 2º da Lei de Licitações.

2.8. Da Vinculação a Valor

A propósito da característica (h), quer dizer, a PPP encontra-se vinculada a *determinado valor*; esta é opção política de duvidosa correção federativa. Compreensível para fazer espécie de seleção dos contratos a serem “blindados”, uma vez que o Fundo Garantidor tem limites severos, mas o risco está em inviabilizar as PPPs em vários Municípios, bem como suscitar interpretações que entendam tais contratos numa situação detrimetosa em relação aos “comuns”. Para mais adiante, a julgar pela experiência, recomendável rever o parâmetro em tela. Por ora, trata-se de vedação expressa contida no art. 2º, par. 4º, I, da Lei 11.079/2004: ali não se permite a PPP cujo valor do contrato seja inferior a vinte milhões de reais. Reitero que a

18 A Emenda Constitucional 42 já definiu expressamente a Administração Tributária como atividade exclusiva de Estado. Falta um mapeamento doutrinário e normativo do conjunto de tais atividades. A Lei 12.234/2005 do Rio Grande do Sul, a título de registro, deixa expresso que é indelegável a defesa judicial da Administração Direta e Indireta, assim como as atividades fazendárias (art.2º, IV).

19 Preservado o prazo da Lei 8.630/93, sem excluir, por inteiro, PPPs no setor.

intenção é, ao menos em relação a contratos de maior vulto e prazo dilatado de amortização, assegurar recursos suficientes para oferecer ansiadas garantias do FGP. Todavia se o modelo de PPPs for eficiente, vedar a celebração de contrato de parceria público-privada em razão do valor não parece procedimento dos mais plausíveis, notadamente à luz do princípio federativo.

2.9. Da Avaliação de Performance e da Remuneração Variável

No atinente à característica (i), a PPP supõe *avaliação constante de performance*. Conveniente grifar que, a rigor, essa característica deve ser reconhecida como inerente às contratações em geral. No diploma em comento, resulta expresso que, entre as cláusulas contratuais (art. 5º, VII, da Lei 11.079/2004), devem figurar critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado, inclusive o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado. Por certo, o contrato de PPP deverá (embora o art. 6º diga “poderá”) prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável conforme seu desempenho, segundo metas e padrões de qualidade e disponibilidade bem definidos. Sublinho: essa característica precisa ser universalizada, ou vista como universal, não havendo motivo, há muito, para deixar de se promover sua inserção em todo e qualquer contrato administrativo brasileiro.

2.10. Da Administração Pública como Usuária

No concernente à característica (j), admite-se PPP tendo a *Administração Pública como usuária “direta ou indireta”*, na impropriamente denominada “concessão administrativa”. Friso que as “concessões administrativas” regem-se pela Lei 11.079/2004 e, adicionalmente, pelas Leis de Licitações e de Concessões. Todavia, trata-se de contratação administrativa prestacional de serviço, não propriamente de concessão, pois a Administração Pública recebe a prestação como usuária “direta e indireta”, nos termos do art. 2º, parágrafo 2º, da Lei de PPPs. A peculiarização decorre, aqui, de não poder haver como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, a instalação de equipamentos ou a execução de obra pública (art. 2º, parágrafo 4º, III da Lei de PPPs).

2.11. Da Concorrência

A característica (k) é aquela de acordo com a qual a PPP deve ser precedida de certame licitatório na modalidade *concorrência*²⁰, ainda que incorporados elementos procedimentais do leilão, devendo-se, a propósito, tomar o extremo cuidado de jamais aceitar, na sucessão de lances, vencedores com propostas inexequíveis. Em que pese proibida a combinação de modalidades licitatórias, em nosso sistema, (nos termos do art. 22, parágrafo 8º da Lei 8.666/93), o que o legislador fez, no art. 10 da Lei 11.079/2004, foi estabelecer como regra a concorrência, entendida nos termos da Lei de Licitações, sem qualquer alteração substancial de conceito. Por lapso, embaralha tal modalidade com algo do leilão, ao estabelecer os critérios de julgamento, no art. 12. Trata-se, contudo, de falha sanável, se se considerar que a modalidade é a concorrência, a qual não se mesclou com o conceito de leilão, mas dele somente incorporou, sem ofensa a princípios consti-

20 Nos termos do art. 22, § 1º, da Lei de Licitações, concorrência é “a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”. Leilão, nos termos do § 5º, é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados, vencendo quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (redação dada pela Lei 8.883/94).

tucionais, aspectos exclusivamente procedimentais. Claro que a melhor técnica recomenda alteração do conceito de concorrência, no corpo da Lei 8.666/93.

2.12. Do Órgão Gestor

Relativamente à característica (l), equivale dizer, a PPP tem *órgão gestor*, na esfera federal, com sabor de exacerbado “executivismo”. Ao se cogitar da competência do órgão gestor, no art. 14, hipertrofia-se o órgão, fazendo-o ter atribuições de definir os serviços prioritários para execução no regime de PPPs, disciplinar os procedimentos para celebração dos contratos, autorizar a abertura da licitação, aprovar edital, apreciar os relatórios de execução dos contratos.²¹ E mais: exige-se que, semestralmente, a Agência Reguladora preste contas ao órgão gestor (art 15), numa inversão aparente de papéis. Sim, a composição do órgão gestor apresenta-se exageradamente calcada na Administração Direta. Ora bem, nessa questão, fácil notar quão inadiável é o passo seguinte para a melhor definição do processo regulatório das PPPs, com descentralização da definição de prioridades dos restritos recursos, ampliação do controle social e aparição da inadiável Lei de Marcos Regulatórios. Está prescrito, ainda, que o órgão gestor deve remeter ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas os relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada, porém a relação com as Agências Reguladoras segue, para dizer o mínimo, indefinida e nebuloso o modo de fiscalização prévia e concomitante das outorgas de concessão pelos Tribunais de Contas.²² Para dissipar a névoa, não ajuda o art. 15 da Lei 11.079/2004, ao singelamente assinalar que compete aos Ministérios e às Agências Reguladoras, “nas suas respectivas áreas de competência”, submeter o edital de licitação ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada. Como se vê, a indefinição quanto às respectivas competências precisa ser impreterivelmente dissipada, em áreas vitais, como, por exemplo, no setor de saneamento, se se quiser viabilizar, de modo célere, as PPPs.

2.13. Da Sociedade de Propósito Específico

No tocante à característica (m), isto é, a PPP requer sociedade de propósito específico, observados padrões de “governança corporativa” (o que supõe principalmente transparência), relevante observar a opção do legislador pela obrigatoriedade de sua adoção. Com efeito, na dicção do art. 9º, está dito que, antes da celebração do contrato, “deverá” ser constituída sociedade de propósito específico, que poderá assumir a forma de companhia aberta, sem que o parceiro público detenha a maioria do capital votante, salvo se a aquisição da maioria ocorrer por instituição financeira controlada pelo Poder Público, na hipótese de inadimplemento. Mais: a transferência do controle estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987/95, ou seja, a transferência sem prévia anuência implica a caducidade da concessão.

Melhor teria sido referência à entidade de propósito específico (“special purpose entity”), que abrange toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado admitida em

21 No modelo, por exemplo, da Lei Estadual 12.234/2005/RS, art. 20, o órgão gestor reajusta, revisa, delibera sobre o equilíbrio econômico-financeiro e assim por diante, apesar de modesta alusão final ao papel da Agência Reguladora correspondente (art. 33).

22 Sobre a competência do TCU para fiscalizar a atuação das Agências Reguladoras, vide, sobretudo, a Instrução Normativa 27/98 daquela Corte de Contas, a qual, com pequenos ajustes, poderá ser aplicada às PPPs, em que pese ser melhor disciplina legal específica.

lei, mas em tendo sido sociedade de propósito específico a expressão preferida pelo legislador, infere-se que necessariamente precisa ser uma sociedade. De qualquer sorte, recomenda-se, para breve, disciplina normativa mais alicerçada e menos fragmentária das SPEs.²³

2.14. Do Reajuste

No atinente à característica (n), a saber, a PPP apresenta mecanismo de “reajuste automático”, força mencionar que, a rigor, o sistema determina o imediato reequilíbrio econômico-financeiro de todos os contratos. Já se por automático considera-se o reajuste por decurso de prazo, pode haver conflito, em vez de solução mais rápida.²⁴ Não se vem admitido o mero decurso de prazo, sequer nas revisões, muito menos nos reajustes. A leitura de que há, nesses casos, uma aprovação tácita pode esbarrar em dificuldades operacionais das Agências Reguladoras e dos seus controladores (Tribunal de Contas, por exemplo). Em outras palavras, se não houver a devida cautela, sai pela culatra o ganho em rapidez. A novidade está em, por lei, introduz-se mecanismo (previsto no art. 5º, § 1º) pelo qual as cláusulas contratuais de atualização “automática” serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, até o prazo de quinze dias após a apresentação da fatura, as razões para rejeitar a atualização. Nessa matéria, no entanto, não se podem ocultar eventuais rachaduras nas paredes do reajuste ou da revisão com o papel de parede do suposto automatismo. O essencial é termos uma nova cultura da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro. Apesar de tudo, o dispositivo, bem interpretado, desdobra o ditame da motivação, previsto no art. 50 da Lei 9.784/99 (a Lei de Processo Administrativo), que exige motivação clara e congruente sempre que afetados direitos e interesses. Força reconhecer, todavia, que não basta dizer que os reajustes serão automáticos, sem insistir numa ambiência institucional que afugente os crônicos (nem sempre inocentes) desequilíbrios econômico-financeiros dos contratos públicos, os calotes impunes, assim como a ausência de partilha responsável dos riscos e dos benefícios mútuos.

2.15. Das Competências

Quanto à característica (o), isto é, a PPP é celebrada e fiscalizada pela Administração Direta, pelo Tribunal de Contas e pelas Agências Reguladoras, *nas respectivas competências*, ênfase que não foram bem delimitadas. Como referido, o nada esclarecedor art. 15, segundo o qual compete aos Ministérios e às Agências Reguladoras (não alude aos Tribunais de Contas), perde a ocasião de elucidar. E o que é mais: nos termos do parágrafo único do art. 15, as Agências Reguladoras encaminharão ao órgão gestor relatórios periódicos sobre a execução dos contratos, dando a impressão de submissão das Agências ao órgão gestor! A reiteração, neste “paper”, é oportuna: falta a definição insofismável das respectivas competências, como uma condição para reduzir os riscos regulatórios.

2.16. Da Consulta Pública ou da preferível Audiência Pública

No concernente à característica (p), a PPP deve ser *precedida de Consulta Pública de sua minuta de edital e do contrato*. Reza o art. 10, VI, da Lei 11.079/2004,

23 Vide a Lei de Concessões, arts. 19 e 20, a propósito de SPE.

24 Sobre o tema, vide Acórdão 232/2002 do TCU.

que a abertura do processo licitatório encontra-se condicionada à submissão da minuta do edital e do contrato à consulta pública, nos prazos ali estabelecidos. Louvável a exigência, mas melhor – e constitucionalmente mais adequado – seria – e é – realizar a Audiência Pública, no resguardo do princípio da democracia participativa²⁵. A consulta é mecanismo passivo (não interativo), que se traduz, no geral das vezes, em simples e inócuo recebimento de sugestões. Mesmo nela, a rejeição das sugestões deve ser suficientemente motivada, mas superior é a Audiência, numa derivação da eficácia plena e imediata do princípio constitucional da democracia participativa (CF, art. 1º). Por conseguinte, em nada se incompatibiliza com as normas gerais da Lei 11.079/2004, no ponto, a Lei estadual 12.234/2005 do RS, ao exigir a Audiência Pública (art.6º, par.3º).

2.17. Do Projeto Básico

No que diz com a característica (q), em função de veto presidencial, a PPP admite que o interessado privado elabore o projeto básico, não apenas o projeto executivo. Urge trazer à colação as razões do veto ao inciso II do art. 11: “As parceiras público-privadas só se justificam se o parceiro privado puder prestar os serviços contratados de forma mais eficiente que a administração pública (exigível, assim, execução mais célere, econômica e qualificada dos projetos). Este ganho de eficiência pode advir de diversas fontes, uma das quais vem merecendo especial destaque na experiência internacional: a elaboração dos projetos básico e executivo da obra pelo parceiro privado.” Não há maior dúvida que se tem aqui a tentativa de ruptura com algo tido historicamente como indelegável no bojo da Lei de Licitações: na tradição, somente seria delegável o projeto executivo. Creio que não custa rever a matéria, desde que o Poder Concedente estabeleça as diretrizes de modo seguro e sem vestígio de direcionamento.

2.18. Do Dever de Motivação

Quanto à característica (r), vale dizer, mostra-se inafastável o dever de *motivar* a escolha desse tipo de contratação, em função do leque singular de vantagens e garantias. Mister que as “vantagens sócio-econômicas”, associadas à “sustentabilidade” dessa opção estejam acima de suspeitas. Como asseverado – no exame da característica (a) – entre a remuneração com tarifa módica (preço público) e a remuneração subvencionada, sempre preferível a primeira. Entre a subvencionada e a remuneração integral pelo Poder Público, justificável a primeira. A par disso, as vantagens não devem ser estritamente econômicas, mas compensatórias e sociais, a longo prazo, tendo em vista a natureza de serviço eminentemente universal em apreço.

2.19. Da Segurança para os Financiadores

Alusivamente à característica (s), a PPP brasileira quer propiciar *mais segurança para os financiadores, até para reduzir os “spreads”*. As próprias *garantias especiais ajustadas com o parceiro privado (ex.: fundo fiduciário) são indiretamente garantias para os financiadores, que tendencialmente serão bancos de desenvolvimento ou multilaterais. Há facultades que impressionam, nessa linha: está dito que os contratos de parceria poderão prever requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os financiadores, com o objetivo de promover a reestruturação financeira e assegurar a continuidade da*

²⁵ Vide, por obséquio, Juarez Freitas in O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais, ob.cit., Cap. 2.

prestação dos serviços. Mais: confere-se a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública e, ainda, a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como os pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

2.20. Da Resolução de Conflitos

No atinente à característica (t), isto é, na PPP, na busca de solução mais rápida para os conflitos e de redução dos custos associados, o legislador apela à *arbitragem privada*. Força mencionar que não há nisso qualquer solução mágica. Mais importante seria definir o papel arbitral e conciliatório das Agências Reguladoras. Seja como for, a questão é antiga: não vislumbro inconstitucionalidade na adoção da arbitragem como alternativa, seja porque (i) o princípio da indisponibilidade do interesse público não é absoluto, (ii) seja porque - argumento insuperável - o laudo arbitral bem dado não contraria o interesse público, sob pena de vício, (iii) seja porque permanece vedada qualquer arbitragem sobre direitos indisponíveis constantes do contrato.²⁶ Entretanto, o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, com base na Lei nº 9.307/96, tende, nessa altura, a lançar mais polêmica do que luz: melhor é, sem descartar a alternativa, estabelecer a competência, no âmbito da regulação, para arbitragens e soluções prontas e rápidas na composição de interesses legítimos. Despontam as novas feições do Direito Administrativo regulador: menos unilateral, mais dialógico e conciliatório.

2.21. Do Objeto

No que diz respeito à característica (u), vale dizer, a PPP *não se confunde com terceirização*, está inserida no art. 2º, par. 4º, II, da Lei 11.079/2004. Vedado tal ajuste quando o único objeto for o fornecimento de mão-de obra, preocupação que se encontra, por igual, no âmbito das leis estaduais de PPP. A propósito, as terceirizações devem obedecer os limites do art. 72 da Lei Complementar 101 e nada mais são do que contratos de prestação (ou “locação”, na linguagem antiga) de serviços prestados à Administração Pública (relacionados à atividade inerentemente instrumental), com esse único objeto. Na PPP, delega-se a execução indireta a terceiro para que este preste o serviço, algo tecnicamente inconfundível com o que sucede na terceirização ou com o fornecimento de mão-de-obra. Sim, a chamada “concessão administrativa” situa-se na zona de fronteira, em alguns casos. Contudo, deve-se evitar, a todo transe, a confusão entre as noções de PPP e a de mera “locação” de serviços, secundários e acessórios em relação a atividades vitais do Estado.

2.22. Das Normas Gerais

A característica (v), a saber, a PPP é introduzida por “normas gerais”, brota do art. 1º, da Lei 11.079/2004, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em harmonia com o art. 37, XXI da CF. Claro que há normas, nesse diploma, que são apenas federais. Preponderam, no entanto, as gerais. Há disposições problemáticas, tais como as que estabelecem limites diferenciados em relação ao IDH de apenas algumas regiões. Há outras que melhor estariam numa Lei

²⁶ A Lei 12.234/2005 de PPPs, do Rio Grande do Sul, teve cuidado de referir arbitragem para “aspectos previamente delimitados” (art. 6º, III, “d”).

Complementar, pois inovam sobre responsabilidade fiscal. Há norma criticável que limita em razão do valor, a qual tem o condão de inviabilizar PPPs em municípios. Há, também, lacunas severas. Por exemplo, falta dizer qual a relação entre PPPs e consórcios públicos, tema caro em matéria de saneamento. Para além disso, não raro, o legislador apresenta a tentação de tornar especial a norma geral. Para ilustrar, está dito que as “concessões patrocinadas” regem-se pela Lei de PPPs, aplicando-se-lhes “subsidiariamente” o disposto na Lei nº 8.987/95. Trata-se de redação altamente defeituosa. Pior: quando diz que continuam regidos exclusivamente pela Lei nº 8.666/93 e pelas leis que lhe são correlatas os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa. Aqui o equívoco decorre da confusão conceitual de partida, já comentada, em relação ao art. 2º da Lei 11.079/2004. Apesar de tudo, as leis estaduais e municipais precisam ser lidas em harmonia com as “normas gerais”, de sorte que não poderão, por exemplo, ser alargadas as hipóteses de PPPs nem destoarem do regramento essencial sobre as cláusulas dos contratos.

2.23. Dos Critérios de Julgamento

No pertinente à característica (x), vale dizer, a PPP pode ter licitação que adote critérios que incluem o exame de “propostas econômicas” e inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, trata-se de excessiva indeterminação ao cogitar de “propostas econômicas”. Em contrapartida, avança-se, de modo significativo, em flexibilidade ao introduzir a inversão das fases.

2.24. Do Índice de Desenvolvimento Humano

Por fim, no correspondente à característica (z), a PPP tem parcela dos seus limites variando conforme o Índice de Desenvolvimento Humano, admitindo maior elasticidade nas zonas de IDH mais baixo. O equívoco, corrigível hermeneuticamente, foi o de ter adotado tal solução razoável apenas para as regiões norte, nordeste e centro-oeste, em novo descuido com a Federação. A despeito disso, a inovação merece encômios, pois representa uma medida concreta tendente a reduzir desigualdades sociais e regionais, sendo este um dos objetivos máximos de nossa República.

3. PPP E REGULAÇÃO: MUDANÇAS NO AMBIENTE DOS NEGÓCIOS PÚBLICOS

A regulação²⁷ de PPPs deve integrar o rol de mudanças institucionais emergentes das transformações do Direito Administrativo.²⁸ Para criação do novo ambiente de negócios públicos, a atividade exclusivamente estatal de regulação, particularmente a exercida pelas

²⁷ Tomo a regulação em sentido largo, como elemento do exercício de restringir o exercício dos direitos de liberdade e de propriedade. Sobre o tema, vide Capítulo 8 (sobre “poder de polícia administrativa”) in *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. ob.cit. Sobre o tema, confira-se o conceito amplo, por exemplo, de Alexandre Aragão in *Agências Reguladoras*. 2a.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.37. Vide, também, Maria S. Di Pietro in *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p.30; Marcos Juruena Villela Souto in *Função Regulatória*. Revista *Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fev, 2002; Pedro H.Figueiredo in *A regulação do serviço público concedido*, Porto Alegre: Síntese, 1999. p.40; Marçal Justen Filho in *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p.27.

²⁸ Eis as transformações do Direito Administrativo contemporâneo: (a) O jovem Direito Administrativo está deixando de ser monológico para se tornar dialógico e aberto, menos unilateral ou impositivo: trata-se de

Agências Reguladoras, precisa, *em primeiro lugar*, abandonar a hipertrofia das práticas de imposição unilateral e autoritária, dando primazia à idéia de conciliação, arbitragem e de mediação. *Em segundo lugar*, deve desenvolver postura técnica compatível com o primado da persuasão e da negociação, adotando investimentos em qualificação específica dos agentes reguladores, com autonomia orçamentária efetiva, não sujeita a contingenciamentos. *Em terceiro lugar*, a regulação de PPPs deve alcançar equilíbrio proporcional entre retornos econômicos e sociais, fazendo respeitar o direito fundamental à intangibilidade da equação econômico-financeira, bem como a justa partilha dos ganhos e benefícios não apenas com o parceiro público, mas com o usuário. A este deve ser assegurado o direito fundamental à fruição acessível e universalizada do serviço público de qualidade, nada importando “a priori” quem é o executor. *Em quarto lugar*, a regulação de PPPs precisa ser socialmente controlada, assim como a atuação do órgão gestor. Com efeito, o controle social não exclui os demais controles, mas a eles deve ser somado sinergicamente. Nessa linha, mais do que consultas públicas, como salientado, devemos acolher a obrigatoriedade das Audiências Públicas em todas as decisões relevantes e estratégicas das Agências Reguladoras. Dito de outro modo, em vez do temor excessivo de “captura” ou de cooptação, o certo é incentivar a sociedade a assumir o protagonismo da maioria na fiscalização, estimulando-a a construir, preferencialmente, padronizações voluntárias²⁹. *Em quin-*

uma lenta transformação que permite viabilizar, por exemplo, fórmulas de transação, conciliação e acordos preliminares à edição de atos administrativos, mormente em face da fragmentação da idéia de supremacia da Administração Pública (antiga característica do século XIX e da maior parte do século XX), fenômeno que se explica, em larga medida, pela relativização mútua dos princípios. (b) Mingua o espaço da discricionariedade, substituída, a pouco e pouco, pela noção de liberdade vinculada e justificável racionalmente, sem sucumbir a particularismos contrários à idéia de universalização, de sorte que toda discricionariedade (no plano dos mandamentos – Tatbestand – ou na eleição das conseqüências) resta vinculada aos princípios fundamentais, donde se extrai a inexistência de discricionariedade pura. (c) Cobra-se, mais e mais, o exercício fundamentado do poder estatal, inclusive do chamado “poder de polícia administrativa”. Vale dizer, a exigência alastrada de motivação surge como antídoto contra a arbitrariedade entendida como o exercício autofágico e coisificante do poder pela ausência de fundamentação reflexiva e conseqüente quebra da vocação para a sistematicidade. (d) O Direito Administrativo aparece menos como o Direito do Estado precipuamente prestador (executor direto) dos serviços públicos ou universais (se se preferir o termo ao gosto europeu) para se converter em Direito do Estado Regulador, ao mesmo tempo em que começa a deixar de ser um plexo de normas viciadas pelo executivismo crônico (mormente no presidencialismo que se caracteriza pela concentração unipessoal das Chefias de Estado e de Governo). Assume, em razão disso, a condição de promotor de políticas públicas que transcendem o curto período dos mandatos governamentais. A continuidade pós-governamental e o planejamento passam a ter um papel máiusculo na construção da efetividade do complexo de princípios que regem as relações de administração. As agências reguladoras, em face dessas transformações, tendem a ser independentes e efetivamente autárquicas – “terceiras” nas relações com o governo, inclusive para bem cumprir funções conciliatórias e de arbitragem. (e) Categorias outrora rígidas passam a ser flexibilizadas e sadiamente indeterminadas (embora determináveis pelo aplicador), sem que se aceite uma exacerbada vinculação napoleônica, tão cara à Escola da Exegese, de modo que avança a mitigação do princípio da legalidade, havendo *atividades administrativas exigíveis independentemente de previsão legal*. (f) Observa-se o aumento da incidência formal (no plano das regras) do Direito Privado nas relações de administração, mas se afirma, aos poucos, a *preponderância principiológica publicista*, sobrepassando-se, em grande parte, as “exorbitâncias” antigas, em face do fenômeno da *constitucionalização* de todo Direito. (g) Tende-se a exigir a menor precariedade possível nas relações de administração para se viabilizarem investimentos produtivos e de longo prazo, preparando terreno para, entre outros efeitos, a modicidade das tarifas públicas e o equilíbrio econômico-financeiro que contemple o consumidor de serviços públicos e, ao mesmo tempo, os interesses legítimos, dos parceiros privados. (h) Está o cidadão (não mais um simples “administrado”) passando a ser (embora vulnerável) *mais proativo e protagonista*, menos passivo e súdito. (i) Passou-se a robustecer a incidência do *princípio da democracia (direta e indireta)*, já não se mostrando especulativa, por exemplo, a hipótese de declaração de inconstitucionalidade de uma lei aprovada sem a realização de audiências públicas, por ofensa ao princípio da participação. Na seara propriamente das relações administrativas, avulta a obrigatoriedade de realização de audiências públicas como condição de validade de atos e procedimentos administrativos. (j) Desenvolve-se, nas relações de administração, o *primado dos direitos fundamentais*, avultando o papel do princípio da dignidade humana na definição de conteúdo e de alcance dos demais princípios.

²⁹ Sobre as vantagens da padronização voluntária, vide E. Deming in *As 14 lições definitivas sobre controle de qualidade*. São Paulo: Futura, 2003, p. 210.

to lugar, no crucial momento de definição da arquitetura do novo sistema regulatório brasileiro, força apostar na profunda e democrática reforma institucional que consagre as Agências Reguladoras como pessoas de Estado, mais do que de governo, em que pese integrarem a Administração indireta. Tal independência supõe opção filosófica e política, no sentido de que são quatro, não três, os pólos na relação plurilateral de PPPs. O modelo triádico (parceiro público, parceiro privado e usuário) revela-se insuficiente, isto é, não se coaduna com a política regulatória autônoma e de longo prazo, prejudica a continuidade do modelo, turba sua credibilidade. Faz-se indispensável acrescentar um pólo no desenho das relações jurídicas de delegação, a saber: além do parceiro público, do parceiro privado e do usuário, forçoso acrescentar a figura do autônomo regulador, sem debilitar o controle externo sobre tal relação. O governo, portanto, deve assumir, com prudente autocontenção, o novo modelo. De mais a mais, o fato de a Agência Reguladora não realizar a definição da política setorial em nada lhe subtrai, ao revés, autonomia para fiscalizar os demais pólos, cuja satisfação cooperativa é a meta suprema. Opta-se, por conseguinte, pela regulação como pólo autônomo, não apêndice nem braço do concedente. Com efeito, seria crasso erro, nessa altura, deixar de reconhecer a regulação como um pólo independente na relação plurilateral de PPPs, particularmente quando se procura tecer relações confiáveis de longo prazo, na tradição nacional. Logo, essa definição-chave deve ser tomada como passo normativo subsequente à disciplina das parcerias. O descasamento dos debates (PPPs e Marcos Regulatórios), sem desconsiderar importantes mudanças em curso³⁰, precisa ser solvido, com acuidade e urgência, na busca de precisão nos marcos da regulação estatal, especialmente para propiciar segurança a investidores de longa maturação, que demandam ambiente institucional isento dos riscos severos de alterações abruptas no ambiente negocial público.³¹ Não se trata, bem de ver, de postular que a independência redunde em clima de hostilização entre Agência e Poder Concedente. Ao contrário. As Agências Reguladoras precisam ter o elevado espírito público para não cometerem usurpação funcional e intrusiva, vale dizer, não devem agir como inimigas do concedente, tampouco do usuário. Devem promover a solidária atuação conjunta a favor do serviço adequado. No modelo sugerido, a regulação não guarda identidade com o titular do serviço, isto é, com o parceiro público, opção que é de capital importância, ainda mais no presidencialismo (que concentra, numa só pessoa, as chefias de Estado e de Governo, tendente a históricos excessos). A regulação deve, pois, fomentar estabilidade, em meio à mutabilidade no mundo volátil. Para tanto, o vínculo dos agentes reguladores deve ser o institucional - não o contratual - (com as garantias a ele inerentes), salvo em relação àqueles que não desempenharem atividades tipicamente regulatórias. A própria Lei de PPPs faz bem ao deixar claro o caráter indelegável dessa missão estatal exclusiva. Em suma, a regulação deve ser tarefa de Estado, mais do que de governo, no rumo de uma nova tradição regulatória que transcenda o episódico e o transitório, ou seja, o estritamente governamental. A Agência Reguladora é - ou deve ser - independente e, como sublinhado, não deve efetuar qualquer definição política setorial. Não é outra a função das Agências Reguladoras senão a de defender a preponderância dos princípios nas relações contratuais ou unilaterais atinentes à delegação de serviços universais. Em sexto lugar, deve a regulação evitar o equívoco assaz comum³² de unilateralismo: o seu objetivo precípua é o de tutelar a pluridimensionalidade da delegação contratual. Naturalmente, inegável que a regulação deve reduzir assimetrias. Em se dando conta do seu papel plural e redutor de

30 Nas Telecomunicações, por exemplo, vide o Decreto nº 4.733, de 10 de junho de 2003. No caso do setor elétrico, vide a Lei nº 10.848/2004.

31 Vide o Projeto de Lei nº 3.337/2004.

32 A referência às Agências Reguladoras não é - nem poderia ser - excludente em matéria de regulação. Vide Carlos Ari Sundfeld in Introdução às Agências Reguladoras, Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, p.18.

confrontos negativos³³, resolverá, com mais facilidade, os potenciais conflitos e os custos a eles associados, evitando (sem pretender sufocá-las) as demandas judiciais e o próprio recurso à delimitada arbitragem privada. Assim, bem de ver que a função mediadora e solvedora dos conflitos assume feição nobre e inerentemente regulatória. *Em sétimo lugar*, o Estado Regulador tem o dever de observância do Direito, mais do que da lei. Nessa medida, as Agências não devem inovar como se legisladoras fossem, mas precisam zelar por princípios fundamentais, tais como o da probidade e o da eficiência, atuando como guardiãs sistemáticas das expectativas legítimas, marcadamente nos casos de hibridismo de riscos. *Em oitavo lugar*, a regulação deve operar como redutora consciente dos custos de transação. Abordagem diferente seria contraproducente, a longo termo. Logo, para ilustrar, se houver desequilíbrio contratual, imediatamente deve ser recomposto o equilíbrio, evitando-se os custos iníquos da morosidade, seja na revisão, seja no reajuste. *Em nono lugar*, a regulação deve ser promotora do desenvolvimento, em sentido largo, sobressaindo o desenvolvimento humano, de sorte a incorporar, vez por todas, preocupações dessa natureza, algo que acontece, de maneira incipiente e parcial, no corpo da Lei de PPPs. *Em décimo lugar*, a regulação é função que, acima de tudo, deve inspirar confiança e cultivar a transparência, imperativamente.³⁴ Eis, em síntese, o decálogo de propostas de uma renovada regulação, institucionalmente redesenhada, de maneira mais consentânea com as PPPs e com a plena consolidação do novo ambiente de negócios públicos, favorável a parcerias fecundas e produtivas, social e economicamente.

4. CONCLUSÕES

Em face das características elencadas, resulta imperiosa uma interpretação corretiva e saneadora da Lei de PPPs, que viabilize, sem açodamento, a celebração de tais contratos, que ostentam, no modelo brasileiro, conformação mais restrita do que, habitualmente, verifica-se no Direito Comparado, em face do afã governamental de “blindar” tais ajustes. Recapitulando, avultam as principais características: (a) a PPP é *contrato* entre parceiros público e privado, no qual necessariamente o último visa a obtenção de lucro; (b) a PPP supõe *riscos “objetivamente” compartilháveis*; (c) a PPP deve resguardar, com rigor, a Lei de Responsabilidade Fiscal; (d) a PPP pretende, a despeito de falhas técnicas e de penderes ajustes normativos, oferecer *garantias especiais para o parceiro privado*; (e) a PPP, mais precisamente na modalidade “patrocinada” (preferível chamá-la “subvencionada”) admite a *contraprestação adicional ao valor da tarifa*; (f) a PPP deve respeitar a *indelegabilidade das funções exclusivas do Estado*; (g) a PPP supõe *prazo mais longo de amortização*; (h) a PPP está vinculada a *determinado valor*; (i) a PPP supõe *avaliação constante de performance e faculta remuneração variável*; (j) a PPP pode ter a *Administração Pública como usuária “direta ou indireta”*, na impropriamente denominada “concessão administrativa”; (k) a PPP deve ser precedida de certame licitatório na modalidade *concorrência*; (l) a PPP tem *órgão gestor*, marcadamente composto apenas por representantes da Administração Direta; (m) a PPP requer *sociedade de propósito específico*; (n) a PPP almeja viabilizar “reajuste automático” ou por decurso do prazo; (o) a PPP é fiscalizada pela Administração Direta, pelas Agências Reguladoras e pelos Tribunais de Contas, *nas respectivas competências, cuja definição nítida é o desafio normativo seguinte*; (p) a PPP deve ser precedida de

³³ Vide Calixto Salomão in Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos). Malheiros: São Paulo, 2001. p.15.

³⁴ Vide, na esfera privada, sobre a transparência e as suas vantagens, especialmente em parcerias (p.127 e ss), Don Tapscott e David Ticoll in A Empresa Transparente. São Paulo: MBooks, 2005.

Consulta Pública quanto à minuta do edital, embora preferível, no entanto, a Audiência Pública; (q) a PPP admite que o particular elabore o projeto básico; (r) a PPP obriga motivar, de modo congruente e limpo, a escolha dessa contratação; (s) a PPP quer propiciar mais segurança para os financiadores; (t) a PPP, na busca de solução mais rápida para conflitos, apela à arbitragem privada, salvo sobre direitos indisponíveis; (u) a PPP não se confunde com terceirização; (v) a PPP é introduzida por “normas gerais”, que não podem ter relação de mera subsidiariedade com outras “normas gerais”; (x) a PPP pode ter critérios de julgamento que incluem exame de “propostas econômicas”; (z) a PPP apresenta limites variando conforme o IDH.

Por todo o exposto, o novo regime de Parcerias Público-Privadas, introduzido pela Lei Federal 11.079, de 30 de dezembro de 2004, aparece em boa hora, mas carrega várias atecniais e imperfeições que precisamos escoimar com interpretação mais do que declarativa ou literal. Desse modo, com correções e ajustes, as PPPs podem servir como alternativas para investimentos bilionários em infra-estrutura em momento crítico: mais do que superar gargalos na logística, essencial resguardar os direitos fundamentais sociais. Dito de outro modo, na contratação de PPPs deverão ser observadas diretrizes da eficiência, da indelegabilidade das atividades exclusivas do Estado, da responsabilidade fiscal e ambiental, da repartição clara de riscos entre as partes e, sobretudo, da cautela dos aplicadores e reguladores no tratamento das garantias para atrair grandes investidores em setores estratégicos como portos, rodovias, presídios, hospitais e ferrovias. Relevante é que, embora o diploma diga caber à Administração Direta e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas competências, acompanhar e fiscalizar os contratos de PPP, precisa haver uma melhor explicitação das atribuições regulatórias, em diploma que estabeleça, entre outros aspectos, o papel independente das Agências Reguladoras. O ambiente regulatório precisa, portanto, ser profundamente aperfeiçoado. Trata-se, em suma, de Lei que demanda imensos desafios interpretativos e complementares transformações normativas, mas, com a devida prudência e com as correções sugeridas, pode operar como fator significativo para o crescimento sustentado e socialmente justo.

Em última análise, impõe-se ousar os novos passos: mais consistência na definição do ambiente regulatório, cristalina distribuição de competências, dissipação de dúvidas quanto às titularidades, alterações normativas complementares, tudo visando a real compatibilização (formal e material) das normas gerais de PPPs com o sistema, numa perspectiva consentânea com os novos rumos do Direito Administrativo brasileiro: plurilateral, dialógico, mais eficiente, dignificante e democrático.