

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

**PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: O CONCEITO ORIGINAL, A
REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA E A PROPOSTA LEGAL – UM
ESTUDO DE CASO**

Wladmir Batista de Lara

**Juiz de Fora
2010**

Wladmir Batista de Lara

**PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: O CONCEITO ORIGINAL, A REALIDADE
JURÍDICA BRASILEIRA E A PROPOSTA LEGAL – UM ESTUDO DE CASO**

Monografia de Conclusão de Curso
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora,
como requisito de obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Abdalla Daniel Curi

**Juiz de Fora
2010**

**PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: O CONCEITO ORIGINAL, A REALIDADE
JURÍDICA BRASILEIRA E A PROPOSTA LEGAL – UM ESTUDO DE CASO**

Monografia de Conclusão de Curso
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora,
como requisito de obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Abdalla Daniel Curi

Aprovado em ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Abdalla Daniel Curi (orientador)

Prof. Rafael Alem Mello Ferreira

Prof. Mússio Moura Soares

**Juiz de Fora
2010**

À Deus, a quem recorri em tantas horas difíceis. Minha família, especialmente meu pai, que tem me moldado, criado, suportado, incentivado, exigido... Meus amigos e minha namorada, pessoas mais compreensivas que conheci e que me ajudaram tanto nestes tempos. E à Faculdade de Direito, a quem espero um dia retribuir por tudo de bom.

“A mim tudo é permitido, mas nem tudo me convém” I Coríntios, 6, 12

SUMÁRIO

RESUMO	6
INTRODUÇÃO	7
PARTE I – O QUE É A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA	10
Capítulo 1 – Lugar Histórico da Parceria Público-Privada	10
Capítulo 2 – A PPP no Direito Brasileiro – Doutrina e Legislação	14
Capítulo 3 – A Sociedade de Propósito Específico e o Financiamento Público ao Parceiro Privado	19
PARTE II – O CASO CONCRETO	23
Capítulo 1 – Elementos do Caso Concreto	23
Capítulo 2 – Por que (o Estado da Bahia diz que) a PPP é a melhor solução neste Caso Concreto	29
Capítulo 3 – O Elemento Econômico – Princípio da Eficiência	33
Capítulo 4 – O Elemento Jurídico – princípios da Moralidade e Legalidade	36
CONCLUSÃO	39
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	41

RESUMO

As Parcerias Público-Privadas foram “importadas” para o Direito Brasileiro em fins de 2004, com um modelo jurídico próprio, mas ainda em fase de construção, visto que são muito recentes as experiências pátrias neste tipo de Contrato Administrativo. Foi inicialmente mostrada como um contrato público inovador, moderno, e que seria economicamente eficiente, uma vez que permite ao investidor privado aplicar em obras e serviços públicos. Porém, a lei e a prática neste tipo de contrato nem sempre corroboram a sua teórica divisão de riscos, investimentos e receitas.

O objetivo deste trabalho é desmistificar um pouco este tema, trazendo à tona alguns aspectos históricos sobre a Origem da Parceria Público-Privada, o modo como foi implementada no Brasil – passando obrigatoriamente por pontos no processo legislativo – e ainda, ao final, estudar um caso concreto recente que poderá apontar, em conclusão, se realmente o modelo adotado de PPP pelo Direito Brasileiro se mostra Legal, Moral e Eficiente.

Palavras-chave: Direito Administrativo, Concessões, Licitações e Contratos, Parceria Público-Privada, Crédito Público.

INTRODUÇÃO

A realidade do Estado Brasileiro, assim como a de muitos países, principalmente após a segunda metade da década de 80, faz com que a criatividade seja elemento fundamental na Administração Pública. O mercado mais do que nunca se tornou elemento indispensável para a gestão dos gastos e investimentos públicos, pois através de emissão de Títulos da Dívida Pública é que a maioria dos Estados consegue recurso para investimentos básicos, ou mesmo para equilibrar sua balança de pagamentos. Pode até se fazer um paralelo com as empresas privadas de capital aberto, ao emitirem ações para financiar seus investimentos ou refinanceir suas dívidas.

Ao chegar a um nível de tributação próximo aos 40 % do PIB, chega-se numa situação em que fica impraticável majorar impostos como única alternativa para equilíbrio das contas públicas. Ao mesmo tempo, o ambiente econômico espera do Estado a criação de condições para melhorar o fluxo dos negócios capitalistas, e o ambiente social urge por tornar reais os direitos sociais concedidos aos cidadãos nas cartas magnas dos países. Em termos populares, o gestor público fica numa situação de “sinuca”, daí a afirmação do início do texto, da Criatividade como elemento da Administração Estatal. Fazer mais, com menos.

Diante desse cenário, o ambiente econômico se tornou elemento indissociável da realidade política e mesmo jurídica do Estado de uma maneira geral, e de uma maneira peculiar na realidade brasileira.

Portanto, não há como dissociar a análise de elementos jurídicos de gestão do Estado, dos elementos econômicos que levaram à criação de tal solução.

O objetivo desta monografia será o estudo da associação entre o elemento econômico – mais precisamente o princípio da Eficiência da Administração Pública – e o elemento jurídico - associado no caso, aos princípios da Moralidade e Legalidade – como elementos que embasam a importação, para o Direito Brasileiro, das Parcerias Público-Privadas, através da Lei 11.079/2004; e a partir daí, a verificação da proposta brasileira de PPPs – como são comumente chamadas – em um caso concreto recente – para viabilizar a reconstrução de um estádio de Futebol em Salvador para a Copa do Mundo de 2014.

O marco teórico passa justamente pelos princípios constitucionais-administrativos da Eficiência, Moralidade e Legalidade, nos conceitos apresentados por Carvalho Filho (2008) ¹:

I - Princípio da Legalidade:

“O princípio da legalidade denota (...): só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei”

II - Princípio da Moralidade:

“O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, **como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.**” (com grifos nossos)

III - Princípio da eficiência, em seu viés econômico:

“O núcleo do princípio (da eficiência) é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.”

Para tal abordagem do tema, o presente trabalho irá se estruturar em duas partes principais.

Na primeira parte, de título “O que é a parceria público-privada”, uma contextualização do tema em linhas gerais.

O Capítulo I identificará o lugar histórico da Parceria Público-Privada, ou seja, um relato sobre a realidade econômica e jurídica que levou à criação deste instituto jurídico, suas origens no Direito Inglês e na realidade econômica das reformas neoliberais inglesas promovidas pela então Primeira-Ministra Margaret Thatcher, e a sua expansão para o Direito Europeu Comunitário.

O Capítulo II abordará o tratamento doutrinário da Parceria Público-Privada no Brasil, além de uma exposição acerca do processo legislativo e da própria Lei 11.079/2004.

Pela pertinência temática, o Capítulo III tratará de dois elementos específicos cunhados no processo legislativo da Parceria Público-Privada no Brasil: A Sociedade de Propósito Específico e o financiamento público ao parceiro privado.

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2008. p. 17-29.

A segunda parte do presente estudo aborda o Caso Concreto objeto de investigação. Trata o objeto de uma Parceria Público-Privada firmada entre o Estado da Bahia e o Consórcio das empreiteiras OAS e Odebrecht – ou melhor dizendo, a Sociedade de Propósito Específico “Fonte Nova Negócios e Participações S.A.” - para a reconstrução do Estádio da Fonte Nova em Salvador, com o objetivo de servir de sede baiana para a Copa do Mundo de 2014, realizada no Brasil.

O Capítulo I apresentará com mais detalhes do que se trata esta Parceria Público-Privada específica, bem como identificará os atores desta parceria, que não se resumem ao Estado Baiano e às empreiteiras. Definirá ainda elementos pontuais deste contrato de parceria, que ensejam polêmica e que justificam a análise principiológica do tema.

O Capítulo II mostrará como um dos atores, o Estado da Bahia, justifica a escolha do modelo de Parceria Público-Privada para o objeto específico do caso, e fará ainda uma análise crítica inicial destas justificativas.

O Capítulo III desta segunda parte fará uma análise da Parceria Público-Privada objeto de estudo com o peso do Princípio da Eficiência em seu viés econômico.

O Capítulo IV, finalmente, abordará os elementos controversos no tocante aos princípios da moralidade e legalidade, em seus entendimentos constitucionais, presentes no contrato de PPP objeto deste estudo.

Após tantas análises e ponderações, a parte final do trabalho apresentará as teses e conclusões tiradas de tal estudo, e tentará responder às questões:

I – No caso em estudo, a Parceria Público-Privada, sob a ótica dos princípios jurídicos de direito administrativo, foi a melhor escolha para o Estado Brasileiro?

II – E quando se pode dizer que a Parceria Público-Privada é a melhor escolha, no atual cenário econômico e jurídico brasileiro?

PARTE I – O QUE É A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Capítulo 1 – Lugar Histórico da Parceria Público-Privada

As questões propostas por este estudo, e o próprio estudo como um todo, só faz sentido se sabemos o que vamos investigar. A primeira parte deste trabalho busca contextualizar o conceito da Parceria Público-Privada, e dele extrair dados importantes para o entendimento final do Caso a ser estudado.

Como ponto de partida, vejamos o conceito trazido pela Lei 11,079/2004, que estabelece que a **“parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”** (art. 2º).

Sendo insuficiente apenas a citação legal, como um conceito comum pode ser citado CARVALHO FILHO² :

“Dentro dos objetivos da lei, pode o contrato de concessão especial sob regime de parceria público-privada ser conceituado como o **acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e ganhos entre os pactuantes**” (grifos do autor”).

Qual foi a solução criativa, em sentido histórico, que cunhou esse tipo de acerto entre o setor público e o setor privado, para a gerência de serviços públicos? E qual a diferença entre este tipo específico e a concessão comum, da lei 8.987/95? Para tais perguntas serem respondidas, se faz necessário remeter ao lugar histórico da Parceria Público-Privada. Um breve artigo de Marco Aurélio de Barcelos Silva (2007)³ condensa esse conteúdo histórico de maneira satisfatória ao estudo apresentado. As Parcerias Público-Privadas tem origem no instituto da PFI – Private Finance Initiative – Iniciativa de Financiamento Privado. Originalmente, no governo de Margareth Thatcher, se aboliram regras que restringiam o uso de capital privado para o financiamento de projetos públicos.

O PFI culminou de várias tentativas de se alinharem as atuações – e os

2 CARVALHO FILHO, op. cit., p.406,

3 SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. Aspectos Metodológicos e Conteúdo Jurídico das Parcerias Público-Privadas – PPP. Um aprimoramento do Modelo Contratual da Administração. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em: 20 de agosto de 2010.

interesses – dos setores público e privado para a oferta de serviços, sendo que ao setor privado era transferida a responsabilidade de alavancar os recursos necessários à execução do empreendimento. O estudo também coloca, de maneira acertada, as normas impostas pelo Tratado de Maastrich (Tratado da União Européia) para a restrição e disciplina fiscal e orçamentária, incidentes sobre os países membros.

O conceito de PPP, como uma terceira fase de participação do setor privado nos investimentos públicos – após as concessões clássicas e as privatizações – vem se consolidar com o governo trabalhista inglês, a partir de 1997, com o desdobramento nas *Public-Private Partnerships* – em tradução literal, Parcerias Público-Privadas. Mais do que apenas viabilizar o investimento privado, a experiência mostrou que a parceria entre o setor público e os particulares deveria ser entendida como um método de contratação, construído para disponibilizar serviços públicos melhores e mais eficientes.

A expansão para o Direito Continental Europeu do conceito de PPP acontece com o aproveitamento da experiência histórica da Inglaterra nesse tipo de concessão. Em Portugal, por exemplo, a legislação esparsa sobre o tema de concessões reconhece elementos da Parceria Público-Privada em um sistema remuneratório misto das concessões de serviços públicos – tarifas pagas pelo poder público e o pagamento ou não das tarifas pelos usuários do sistema. Neste país, o advento do Decreto Lei nº 59/99, de dois de março, como citado pelo estudo exaustivo do tema por GUIMARÃES⁴, *“a figura passa a definir-se como sendo o contrato que, apresentando as mesmas características da empreitada de obras públicas, tenha como contrapartida o direito de exploração da obra, acompanhado ou não do pagamento de um preço”*.

A mesma obra cita também a experiência francesa, consolidada pelos:

“(…) contratos administrativos de Partenariat Public-Privé (através da Ordonnance n.2004-559 de 17 de janeiro de 2004), que são contratos pelos quais o Estado ou um estabelecimento público confia a um terceiro, por um período determinado em função da duração da amortização dos investimentos ou das características do financiamento, uma missão global relativa ao financiamento de investimentos imateriais, de obras ou de equipamentos necessários ao serviço público, à construção ou

4 GUIMARÃES, F. V. **PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: CARACTERIZAÇÃO DOS TIPOS LEGAIS E ASPECTOS NUCLEARES DE SEU REGIME JURÍDICO**. 2008. 615 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Disponível na Internet: <http://www.portal.ufpr.br/teses_acervo.html> Acesso em 20.ago.2010.

transformação de obras ou equipamentos, assim como à sua manutenção, exploração e gestão, podendo abranger ainda outras prestações de serviços que concorram ao exercício da pessoa pública e à missão de serviço público da qual é encarregada.”

A exemplo da Inglaterra, Portugal e França, vários outros países europeus, também abarcados pelas restrições e disciplinas fiscais do Tratado de Maastrich, adotaram sistemas diferentes de remuneração das suas concessões, em um caminho comum para o estabelecimento de um conceito próprio de Parcerias Público-Privadas. Contudo, o Comitê Econômico da União Européia definiu, em 2004, que *“o direito europeu não conseguiu dar definições realistas e úteis das PPPs e das concessões. As noções de PPP e de concessão de obras públicas e de serviço público na legislação comunitária são inexistentes ou discutíveis”*.

E ainda, *“a crítica da noção atual incide sobre: - a ligação estabelecida entre as concessões e a noção de contratos de empreitadas de obras; - a ausência de dissociação dos contratos de longa e dos de curta duração, que representa a fronteira do financiamento externo à entidade administrativa e, como tal, o suporte da delegação; -- a ausência de tratamento das propostas autônomas de concessões do setor privado”*.⁵

Com vistas a unificar comunitariamente o limite entre o contrato de concessão clássico e o de Parceria Público-Privada, o mesmo parecer citado identifica como campo comum que a concessão *lato sensu* é o contrato ou ato unilateral através do qual uma autoridade pública atribui direitos específicos a uma organização externa para conceber, construir, financiar, manter e gerir uma infra-estrutura ou um serviço por um período longo e determinado; e a diferença básica está no método remuneratório, sendo uma concessão *stricto sensu* quando a empresa é remunerada com um valor pago em maior parte pelos usuários e a Parceria Público-Privada quando a maioria da remuneração é feita pela autoridade pública contratante.

Todo este panorama estabelecido nos leva a concluir, basicamente, que a situação de restrição fiscal e orçamentária existente na Comunidade Européia levou à diminuição do papel do Estado na economia, e que não só as privatizações, mas também as concessões e parcerias tiveram papel importante na reestruturação do papel do Estado na Economia.

5 GUIMARÃES, op. cit.

Para este estudo, a identificação do lugar histórico das Parcerias Público-Privadas tem o escopo de:

- Desmistificar o instituto perante o Direito Brasileiro, por ser uma solução criativa básica, causada por situações fiscais e orçamentárias análogas ocorridas na Europa e no Brasil;
- Colocar, ao lado das concessões e privatizações, a Parceria Público-Privada como instituto jurídico desenvolvido sob a época de reformas estatais ditas “neoliberais”;
- Ressaltar a importância da globalização, tão questionada, mas de suma importância também neste instituto, para que outros países, como o Brasil, possam antecipar as fases de desenvolvimento jurídico e doutrinário do tema, aproveitando a experiência internacional como fonte normativa.

Passada a análise histórica do instituto das Parcerias Público-Privadas – que em outros sistemas entende-se como “apenas” uma classificação de sistema remuneratório de concessões – podemos passar à identificação doutrinária das PPPs em nosso ordenamento jurídico administrativo brasileiro.

Capítulo 2 - A PPP no Direito Brasileiro – Doutrina e Legislação

Uma vez que o Estado Brasileiro importou o conceito europeu de Parcerias Público-Privadas, temos que a classificação dentro do Direito Administrativo também foi importada destes países.

O que vem a ser, do ponto de vista doutrinário, a Parceria Público-Privada? Qual a sua natureza jurídica? Existe enquanto instituto autônomo de Direito Administrativo ou é apenas uma subespécie de concessão? Com vistas a embasar doutrinariamente o estudo de caso, essas perguntas básicas devem ser respondidas neste capítulo.

Para tanto, retomamos a obra citada de CARVALHO FILHO (2008), que nos apresenta o conceito geral de Parceria Público-Privada:

“Dentro dos objetivos da lei, pode o contrato de concessão especial sob regime de parceria público-privada ser conceituado como o **acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e ganhos entre os pactuantes” (grifos do autor)**

O conceito então, condensado por CARVALHO FILHO apresenta a PPP como uma espécie de Concessão Especial de Serviços Públicos.

Podemos definir serviço público como a prática de atos materiais, coordenados, pelo Estado ou por seus delegados, que se presta a oferecer uma utilidade fruível para os seus consumidores-contribuintes.

Nos termos da previsão constitucional do artigo 175, *“incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”* Isto quer dizer que o próprio texto da Constituição Federal abre a possibilidade de ceder, a um particular, a prestação do serviço público mediante o instituto da Concessão.

A Concessão é entendida como o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Eis aí então o conteúdo da Concessão clássica. A remuneração do serviço será feita mediante as tarifas cobradas do usuário do serviço pela utilização do sistema. O serviço público objeto de concessão é auto-sustentado pelas tarifas cobradas, mesmo quando precedido de execução de obra pública. Nesse sentido, cabe retornar ao conceito legal, da própria lei 8.987/95:

“Artigo 2º: Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:
(...) III – concessão de serviço público precedida de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para sua realização, por sua conta e risco, **de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado**” (com nossos grifos)

Isto posto, temos que a Parceria Público-Privada não é necessariamente a concessão de que trata o artigo 2º inciso III da Lei Federal de Concessões.

A doutrina, acertadamente, coloca a natureza jurídica da PPP como contrato administrativo de concessão especial de serviço público, sob as modalidades de concessão patrocinada e concessão administrativa.

Trata-se de concessão especial por uma questão básica. Grande parte do investimento da concessionária, senão ele todo, será remunerada pelo próprio poder concedente. E isto a diferencia da concessão clássica.

Tal fato se dá pela característica própria do elemento a ser licitado. Para o estudo de caso, temos a obra de um Estádio Público de Futebol. A pura e simples concessão do serviço, pelo prazo que seja estipulada - e como será demonstrado neste estudo de maneira aprofundada e oportuna - não ensejaria interesse da iniciativa privada para a licitação, uma vez que a possibilidade de ganhos em médio prazo, com a própria concessão, não seria suficiente para cobrir os investimentos necessários ao empreendimento.

Em sentido contrário, temos como exemplo clássico de concessões comuns precedidas de obra pública parte importante da malha rodoviária nacional, sobretudo no Estado de São Paulo, administrada por consórcios com a cobrança de pedágio. Neste caso, a tarifa paga pelo usuário do sistema cobre os custos de investimento e manutenção do empreendimento.

Entendida a natureza jurídica da PPP como contrato de concessão especial de serviço público, temos que entender a divisão doutrinária apresentada, em Concessões Patrocinadas e Concessões Administrativas.

Concessão patrocinada se caracteriza pelo fato de o concessionário perceber recursos de duas fontes. Uma delas é decorrente do pagamento da respectiva tarifa pelos usuários do serviço público, e outra, de caráter adicional, oriunda da contraprestação pecuniária devida pelo poder concedente ao particular contratado. A Lei 11.079/2004 remete esta concessão a concessão comum, quando complementado o pagamento pelo poder público contratante (art.2º § 1º). E nesta hipótese, o destinatário do serviço ou obra pública concedido é de maneira direta a coletividade, haja vista a possibilidade da divisão da prestação e o pagamento de tarifa.

A **concessão administrativa**, por sua vez (art. 2º § 2º do diploma legal das PPPs) é aquela prestação de serviço da qual a *“Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”*. Neste caso, não é comportado o pagamento de tarifas pelos usuários do sistema, sendo a remuneração de exclusiva responsabilidade do poder público contratante. O texto legal é obscuro ao definir a concessão administrativa como sendo de *“usuária direta ou indireta a Administração Pública”*. Conforme cita CARVALHO FILHO, na justificativa do projeto de lei do Executivo ⁶, foi dito que as parcerias público-privadas permitiam um amplo leque de investimentos, *“suprindo demandas desde as áreas de segurança pública, habitação, saneamento básico, até as de infra-estrutura viária ou elétrica”*. O melhor entendimento é que a Concessão Administrativa vem inovar no Direito Administrativo Brasileiro e atender a demandas que, tradicionalmente, seriam apenas supriáveis pela licitação comum de obra pública.

O próprio projeto de lei do Executivo, remetido há pouco, condensa outra explicação chave: *“No caso do Brasil, (a Parceria Público-Privada) representa uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e do setor privado”*.

Até o momento, podemos responder as duas primeiras perguntas do início do capítulo. A Parceria Público-Privada, como diz o seu próprio diploma legal, um tipo de concessão. Ademais, sua natureza jurídica é de Concessão, patrocinada ou administrativa, especial de serviços públicos. Cabe agora verificar se pode ser dito

6 Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=144047>

ser um instituto jurídico autônomo, ou se cabe como subespécie (subespécies, para ser mais preciso) da Concessão clássica.

À primeira vista, analisando apenas o conteúdo dos parágrafos primeiro e segundo do artigo 2º da Lei das PPPs, diz-se ser a Parceria Público-Privada um conceito, sob o qual se definem duas subespécies – Concessão Patrocinada e Concessão Administrativa – do gênero das concessões. Porém, um exame mais aprofundado da Lei 11.079/2004 demonstra mais diferenças entre a concessão comum e as Parcerias.

A doutrina mais autorizada sobre o tema apresenta três diferenças básicas entre as PPPs e os contratos administrativos comuns.

A primeira reside no **financiamento pelo setor privado**. Com base na justificativa de restrição fiscal e orçamentária, elementos chaves para se cunhar o modelo nacional de Parcerias, o poder público, entende-se, não dispõe integralmente dos recursos financeiros para os empreendimentos necessários, cabendo ao parceiro privado o financiamento destes. A busca desses recursos para financiar o projeto será de responsabilidade do parceiro privado, contando para tal de recursos de outras entidades públicas ou privadas, como, por exemplo, bancos de fomento. O financiamento por bancos de fomento públicos, como é de relevância temática para o estudo de caso, será tratado no próximo capítulo.

Outra característica consiste no **compartilhamento dos riscos**, assim entendido como o fato do poder concedente compartilhar os riscos de eventuais prejuízos ou outros déficits, ainda que oriundos de fatos imprevisíveis, com o parceiro privado. O texto legal fala, no seu artigo 5º, III em caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea⁷ econômica extraordinária – com o parceiro privado.

Ainda temos como característica a ser considerada a **pluralidade compensatória**. A lei estabelece em seu artigo 6º meios para que a Administração Pública realize os pagamentos da contraprestação por quaisquer meios admitidos em lei, mesmo sobre outorga de direitos sobre bens jurídicos dominicais. Ainda

⁷ Álea é um termo jurídico que significa literalmente a possibilidade de prejuízo simultaneamente à de lucro - ou, em outras palavras, risco. A álea econômica corresponde a fatos globalmente considerados, conjunturais, naturais, cuja etiologia acaba por ser desconhecida, tais como as crises econômicas, desastres naturais e oscilações de câmbio. A tais situações se aplica a teoria da imprevisão, ensejando a partilha entre o concedente e o concessionário dos prejuízos decorrentes de tais fatos. São situações às quais os contraentes não hajam dado causa e que provocam profundo desequilíbrio da equação econômico-financeira, acabando por tornar extremamente onerosa a prestação do serviço pelo concessionário. - MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2004.

ressalta-se o parágrafo único do artigo citado, que prevê uma possibilidade não existente em outros contratos de concessão. O contrato de Parceria Público-Privada pode prever o pagamento de uma parcela **variável**, vinculada ao desempenho do parceiro privado na construção, manutenção da obra pública e prestação do serviço, conforme metas definidas no contrato. Tal inovação tem por base a visão gerencial da administração pública, recorrente no Direito Administrativo atual. Ademais, ao contrário de contratos comuns de obras públicas, a contraprestação devida pela Administração Pública somente pode ser liberada com a disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria.

Ainda como elementos acessórios, que delimitam a real **diferença** entre a Parceria Público-Privada e as concessões comuns estão a previsão de limites de contratação - não podem ser contratadas PPPs com valor de contrato inferior a R\$ 20.000.000,00, período de prestação do serviço inferior a cinco anos – e a proibição de contratação com propósito exclusivo fornecimento de mão de obra **ou** fornecimento e instalação de equipamentos **ou** execução de obra pública. Tal vedação ressalta o caráter de **concessão especial de serviço público**, não sendo a Parceria Público-Privada mero substituto para uma concorrência de obra pública comum da qual o Estado não disponha de recurso imediato para contratação.

Pelo exposto, podemos afirmar que as Parcerias Público-Privadas, seja sob a forma de concessão administrativa ou patrocinada, fazem parte de um instituto jurídico próprio de Direito Administrativo, e, sendo uma solução cada vez mais utilizada pela Administração, merecem estudo detalhado no âmbito do Direito Administrativo.

A possibilidade ainda de financiamento público do parceiro privado, e a própria instituição de uma figura jurídica específica – a Sociedade de Propósito Específico – também são apontadas como diferenças básicas entre as Parcerias Público-Privadas e os demais contratos administrativos, e merecem estes dois aspectos um estudo detalhado neste trabalho, a ser tratado adiante.

Capítulo 3 – A Sociedade de Propósito Específico e o Financiamento Público ao Parceiro Privado

Continuando com a exposição da parceria público-privada, por ser um elemento chave na diferenciação deste instituto jurídico para os demais institutos de direito administrativo, passamos agora ao entendimento da Sociedade de Propósito Específico. Não podemos avançar sem citar o texto legal, constante do artigo 9º da Lei de Parcerias Público-Privadas.

“Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria:

§ 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico 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, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

§ 3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

§ 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

§ 5º A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.”

Cabe agora, após a exposição do texto da lei, indagar: O que vem a ser a Sociedade de Propósito Específico de que fala a lei? E porque a lei deseja que seja criada uma pessoa jurídica própria para gerir a atuação privada na PPP?

Temos, no artigo 10 da Lei das PPPs a previsão da necessidade de licitação, na modalidade de concorrência pública, para a contratação do parceiro privado. Em um momento específico da licitação, entre a promulgação do resultado e a celebração do acordo, a lei ordena que **“deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria”**. A Sociedade de Propósito Específico, tecnicamente chamada de SPE, tem natureza jurídica de sociedade empresária privada. E tem esse nome justamente por desempenhar, na atividade econômica, um papel específico, que é o de gestão do serviço público concedido.

Consultado o projeto de lei original, vindo do Poder Executivo, nada há em termos de Sociedade de Propósito Específico. Em pesquisa à tramitação do Projeto

de Lei 2546/2003 (que deu origem à lei 11.079/2004), e de acordo com a consulta ao Diário da Câmara dos Deputados, apenas se encontra uma frase, escrita pelo relator do Projeto de Lei, o então deputado federal do PT do Paraná Paulo Bernardo – que, convém ressaltar, atualmente ocupa o cargo de Ministro de Estado do Planejamento. Ao justificar a inclusão da Sociedade de Propósito Específico⁸, cita:

“(...) como condição para celebração do contrato, que o licitante vencedor constitua sociedade de propósito específico para implantar ou gerir o objeto licitado, de forma a oferecer uma maior garantia à Administração e à sociedade de que os parceiros privados não venham a misturar outros interesses de seu ramo de atuação com aqueles pertinentes exclusivamente ao objeto da PPP.”

A Sociedade de Propósito Específico não é uma figura jurídica nova. Já existe em Direito Empresarial, quando pessoas ou empresas investem determinado capital – que formará o capital social – para a realização de um empreendimento específico, e ainda mais, delimitam itens como, por exemplo, prazo de duração da existência da sociedade empresária e objeto delimitado, como uma construção de um edifício de tantos andares, em endereço específico.

O nosso poder legislativo, ao inserir a Sociedade de Propósito Específico, justifica-se pensando na inexistência de confusão ou mistura de interesses entre o licitante vencedor e o real objeto da Parceria Público-Privada.

Além da explicação dada pelo próprio legislador, vemos aqui que a Sociedade de Propósito Específico cumpre uma função econômica exclusiva na sociedade. Destina-se ao cumprimento de um contrato de concessão, com tempo determinado. A separação entre as atividades “públicas concedidas” e as demais atividades econômicas cumpre um papel protetivo para o parceiro privado, ao impedir que este receba uma intervenção estatal indevida em suas atividades diuturnas. Também cumpre um papel para a sociedade, ao permitir que as atividades realmente públicas sejam fiscalizadas pelo Estado, e sejam tratadas como tal, executoras de um serviço público.

Feita essa consideração, podemos responder que a Sociedade de Propósito Específico de que trata a lei ultrapassa o antigo conceito de Direito Empresarial, e a lei deseja que seja uma pessoa jurídica autônoma com finalidade de proteger os contratantes e a sociedade de abusos de ambos os lados.

⁸ Diário da Câmara dos Deputados, 11 de março de 2004. Página 669. Acesso em 08.nov.2010.

A Sociedade de Propósito Específico, de acordo com o texto legal ⁹, pode ser financiada, com operações de crédito efetuadas pelo Estado – através de empresas públicas e sociedades de economia mista – em até 80% dependendo do caso. E com a extensão do conceito para as entidades fechadas de previdência complementar – leia-se fundos de pensão de órgãos e empresas públicas – o financiamento de entidades estatais e paraestatais pode chegar a 90% do custo total do projeto.

Mais uma vez, para entender o objetivo desta “limitação”, se faz necessário perguntar diretamente ao legislador a origem de tal norma. Esta limitação não constava do projeto de lei original vindo do Poder Executivo, e nem do anteprojeto em tramitação na Câmara dos Deputados. Foi na tramitação do Senado Federal que se encontrou a justificativa para limites percentuais de créditos públicos financiando o parceiro privado ¹⁰.

Para entender esta origem, transcrevo a seguir a explicação do Relator da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, Senador Valdir Raupp:

“De forma a evitar que todo financiamento do projeto ficasse a cargo do setor público, foi imposto o limite de 70% do valor do contrato para a participação de empresas públicas e sociedades de economia mista da União nas operações de crédito dos parceiros privados. Adicionalmente, estabeleceu-se o limite de 80% do valor das fontes de recursos financeiros necessários à execução do projeto para a participação de fundos de pensão patrocinados pela administração pública ou por empresa ou entidade controlada direta ou indiretamente pela União, Estado, Distrito Federal ou Município.”

Cabe aqui ressaltar, que de acordo inclusive com as Atas contidas no Parecer

⁹ Art. 27: As operações de crédito efetuadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União não poderão exceder a 70% (setenta por cento) do total de fontes de recursos financeiros da sociedade de propósito específico, sendo que para as áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde o índice de desenvolvimento humano – IDH seja inferior a média nacional, essa participação não poderá exceder a 80% (oitenta por cento).

§ 1º. Não poderão exceder a 80% (oitenta por cento) do total das fontes de recursos financeiros da sociedade de propósito específico ou 90% (noventa por cento) nas áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde o índice de desenvolvimento humano – IDH seja inferior a média nacional, as operações de crédito ou contribuições de capital realizadas simultaneamente por:

I – entidades fechadas de previdência complementar;

II – empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União

§ 2º. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por fonte de recursos financeiros as operações de crédito e contribuições de capital à sociedade de propósito específico.

¹⁰ De acordo com os Pareceres nº 1964 – Comissão de Serviços de Infra-estrutura do Senado Federal, 1965 – Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal - e 1966 – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal - de 2004, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 10/2004 – nº 2546/2003 na casa de Origem – que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública

citado – que por sua extensão, inviáveis de serem transcritas neste trabalho - foi justamente nesta Comissão de Assuntos Econômicos que se encontraram as discussões mais acaloradas em relação ao Projeto de Lei das PPPs. Além disto, o ponto chave das discussões era a imposição ou não de um teto para os créditos públicos concedidos ao parceiro privado.

Para manter a pertinência temática do estudo, cabe aqui fazer uma pergunta. Foi suficiente para garantir a divisão de investimentos do empreendimento – uma das bases teóricas da Parceria Público-Privada – o estabelecimento deste teto normativo para o crédito público ao parceiro privado no Direito Brasileiro?

Uma vez que a tramitação legislativa entende como “limite” uma abertura para até 90% de investimentos públicos em um empreendimento, na teoria, público-privado, tão só o estudo da lei e doutrina não responde satisfatoriamente esta pergunta. Necessário se faz ir ao estudo do caso concreto, para abordar mais detalhes e tentar verificar se esta indagação é respondida.

Parte II - O CASO CONCRETO

Capítulo 1 – Elementos do Caso Concreto

Uma vez que temos exposto o conteúdo histórico das Parcerias Público-Privadas, onde se buscou necessariamente compreender a sua “razão de ser”, e, além disso, expostos ainda os elementos intrigantes da realidade jurídica brasileira acerca das Parcerias Público-Privadas, o estudo deve avançar ao tratamento do caso concreto.

Trata o objeto de uma Parceria Público-Privada firmada entre o Estado da Bahia e o Consórcio das empreiteiras OAS e Odebrecht – ou melhor, a Sociedade de Propósito Específico “Fonte Nova Negócios e Participações S.A.” - para a reconstrução do Estádio da Fonte Nova em Salvador, com o objetivo de servir de sede baiana para a Copa do Mundo de 2014, realizada no Brasil.

Como se sabe, o Brasil é a sede da Copa do Mundo de Futebol de 2014. Um dos maiores eventos esportivos do mundo, comparável apenas com os Jogos Olímpicos – que também serão disputados em solo brasileiro em 2016. A FIFA – Federação Internacional de Futebol – realiza ainda, nos países-sede, um evento “teste”, a Copa das Confederações, que será realizada em solo brasileiro em 2013. Com base em critérios técnicos e políticos, que não cabe a este estudo discutir, decidiu-se que a cidade de Salvador irá abrigar parte destes três eventos ¹¹.

Para tal, é necessário um estádio de futebol. A mesma FIFA define critérios extremamente exigentes e cuidadosos para permitir que um estádio de futebol abrigue partidas de seus eventos oficiais. Um determinado número mínimo de assentos, qualidade do gramado, das instalações, infra-estrutura aérea, logística e hoteleira das cidades-sede, e tantas outras determinações que impossibilitam que qualquer estádio de futebol no Brasil, nas condições atuais, receba um jogo de Copa do Mundo.

Infelizmente, a maioria dos clubes de futebol do Brasil não tem condições financeiras de construir estádios próprios nos moldes exigidos pela FIFA para seus eventos oficiais. A Confederação Brasileira de Futebol – CBF, responsável pelo Comitê Organizador Local da Copa do Mundo – mesmo que tenha

¹¹ Embora as Olimpíadas de 2016 tenham como cidade-sede o Rio de Janeiro, os eventos de futebol, por determinação da própria FIFA, são disputados em várias cidades e de forma um tanto quanto “paralela” ao evento principal. Salvador também abrigará partidas de futebol das fases preliminares dos Jogos Olímpicos de 2016.

reconhecidamente condição econômica privilegiada se comparada com outras associações esportivas nacionais, por sua conta não pode construir estádios. E como a Copa do Mundo é um evento turístico de relevância mundial, surge mais um interessado em usufruir dos benefícios trazidos pelo evento. É o poder público. A União, os Estados e os Municípios praticamente bancaram a trazida da Copa do Mundo e das Olimpíadas para o solo brasileiro. Os benefícios públicos para a realização deste evento estão presentes desde a arrecadação maior de tributos decorrentes dos serviços de turismo até o recebimento de investimentos em infraestrutura local.

Evidentemente temos outros investimentos públicos mais urgentes que a simples construção de um estádio, mas não cabe a este estudo analisar a conveniência de se realizar no Brasil um evento esportivo do porte da Copa do Mundo e dos Jogos Olímpicos.

Voltando ao caso concreto, a escolha do caso “Fonte Nova” se deu por ter sido o primeiro a divulgar seus resultados de processos licitatórios, e que por consequência tomou parte importante do noticiário. Por isso, tem sido apontado com uma referência para os processos licitatórios ocorridos posteriormente, em outras cidades-sede, para os Estádios Públicos de Futebol.

Em 31 de maio de 2009, Salvador foi confirmada como uma das 12 cidades-sede da Copa do Mundo de 2014, a ser realizada no Brasil. O Estado da Bahia definiu reconstruir o Estádio Octávio Mangabeira, a “Fonte Nova”, que foi erguido na década de 50 e apresentava problemas conceituais e estruturais, em função dos seus 60 anos de uso. A “Fonte Nova” se tornará, então, o palco das partidas a serem realizadas na Bahia.

O projeto que foi licitado, e vencido pelo Consórcio OAS/Odebrecht consiste na demolição, reconstrução, operação e manutenção da nova Arena Fonte Nova, seguindo os padrões da FIFA para a Copa do Mundo, entre eles exigência de 50.000 assentos, camarotes, estacionamentos, restaurantes e outras instalações, que poderão funcionar mesmo independentemente dos jogos de Futebol.

O Consórcio vencedor da licitação, formado pelas empresas Odebrecht Investimentos em Infra-Estrutura Ltda. e Construtora OAS, constituiu, conforme previsto no Contrato de PPP, uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), denominada Fonte Nova Negócios e Participações S.A.

Então, foi celebrado entre a SPE e o Estado da Bahia um Contrato de

Concessão Administrativa, para a realização das Obras.

Imaginava-se que esta Concessão seria classificada como Concessão Patrocinada, de que se trata o artigo 2º § 1º da Lei Federal das PPPs. Porém, no instrumento licitatório da concorrência pública, no Contrato e nos Anexos, e ainda, nas apresentações resumidas do projeto, o Estado da Bahia classifica esta concessão como Concessão Administrativa – que é a tratada pelo § 2º do artigo 2º da Lei 11.079/2004, e que a administração pública é a usuária direta ou indireta do serviço.

Neste primeiro elemento do Caso Concreto – a classificação – temos que voltar à Primeira Parte do Estudo, mais especificamente no Capítulo 2. O texto legal é realmente obscuro ao definir a Concessão Administrativa, e claramente temos aqui um exemplo onde os usuários do sistema – aqueles que vão pagar os ingressos e usufruir da infra-estrutura do estádio – irão remunerar o parceiro privado, responsável pela gestão da Arena após sua construção.

Como a lei é confusa, temos aqui a necessidade de aprofundar os conceitos legais de Concessão Patrocinada e Administrativa, por sua classificação literal.

Uma concessão pública é a concessão tratada pela lei 8.987/95. Concessão Patrocinada é a concessão na qual o concessionário-parceiro privado recebe um complemento do Estado pela Concessão, visto que as tarifas pagas pelo usuário do sistema não seriam suficientes para sua remuneração pelos investimentos realizados. Porém a tarifa paga é a principal remuneração ao parceiro privado.

A Concessão Administrativa, por sua vez, tem como remuneração principal a prestada pela Administração Pública. No projeto de lei não há nada que leve a crer que a remuneração paga pela Administração será a única, mas será a principal, a de maior relevância.

Não é o caso, contudo, de se fazer um exemplo hipotético de uma PPP ser Patrocinada apenas porque 50% + R\$ 1,00 de sua remuneração sejam provenientes de tarifas, ou o inverso; Administrativa porque 50% + R\$1,00 serão pagas pela Administração Pública. Vários outros elementos contratuais no caso concreto vão servir para definir uma concessão como Patrocinada ou Administrativa, e o Brasil ainda não tem uma experiência consolidada em PPPs que permita a delimitação de conceitos chaves para a classificação. Em cada caso concreto o órgão público fará sua classificação, e quando este estudo tratar da remuneração deste caso concreto, veremos a necessidade de se entender esta Concessão como Administrativa.

Avançando no caso concreto, temos aqui que tratar do elemento remuneratório, e discorrer sobre como a Sociedade de Propósito Específico será remunerada pelo Estado da Bahia, na construção do Estádio.

Em primeiro lugar, a Obra Pública terá um custo efetivo total, conforme citado pelo Estado da Bahia, de R\$ 714 milhões de reais. Compreende a transformação do Estádio em uma Arena Multiuso, também com infra-estrutura de lojas, bares, restaurantes e um Museu do Futebol – previsto contratualmente – e visa de maneira prioritária permitir que a Cidade de Salvador receba jogos de futebol da Copa do Mundo de 2014, Copa das Confederações de 2013 e Jogos Olímpicos de 2016 ¹².

A concessão teve início em 2010, com as obras de demolição e início das obras de reconstrução, e tem um prazo total de vigência de 35 anos, terminando em 2044. O Estado da Bahia fará o pagamento de uma contraprestação mensal de R\$8.943.333,33 em 180 parcelas, começando o pagamento com a disponibilização do Estádio, que está prevista contratualmente para janeiro de 2013. Portanto, a remuneração total do Concessionário está prevista em R\$ 107 milhões ao ano, ou para ser mais preciso R\$ 1,6 bilhão de reais ao final do empreendimento.

Além disto, para entender corretamente o caso concreto cabe aqui retornar à questão tratada na primeira parte do Estudo sobre a possibilidade de crédito público para o parceiro privado, e o “limite” legal do artigo 27 da lei 11.079/2004.

De acordo com dados divulgados em novembro de 2010 pela ONU, o Brasil apresenta IDH – índice de Desenvolvimento Humano - de 0.699. E os dados do PNUD Brasil – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – apresenta a cidade de Salvador com IDH de 0.805, portanto, maior que a média nacional ¹³. Tal fato permite que o “limite” legal para crédito público proveniente de recursos da União seja apenas de 70% do total de recursos da Sociedade de Propósito Específico. Juntamente com fundos de pensão federais, tal limite poderia chegar ao máximo em 80%.

Ocorre que a Lei estadual de Parcerias Público-Privadas da Bahia – Lei

¹² O mais curioso é que o contrato prevê que os Eventos FIFA – Copa do Mundo, Copa das Confederações e Jogos de Futebol dos Jogos Olímpicos – não ensejarão remuneração para a Sociedade de Propósito Específico. A Concessionária é OBRIGADA contratualmente a disponibilizar a infra-estrutura necessária para os jogos, sem que a FIFA a remunere por isso, além da entidade ainda ficar com a renda dos ingressos. Ressalto que não é matéria deste estudo a discussão sobre a Realização da Copa em solo brasileiro, mas o Estádio só será construído nos moldes exigidos para receber os Eventos FIFA, e o Concessionário nada receberá por estes eventos específicos.

¹³ Disponível na internet em <<http://www.pnud.org.br/home/>>

estadual nº 9290/2004 – não estabelece um limite legal para financiamento por parte do Estado da Bahia enquanto contratante.

E aqui neste caso temos uma estrutura complexa de financiamento.

O Banco do Nordeste Brasileiro – banco controlado pela União – vai ceder uma linha de crédito para a Sociedade de Propósito Específico no valor de R\$ 238,5 milhões de reais (correspondente a 33,4% do investimento).

O FUNDESE – Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico do Estado da Bahia – irá conceder R\$ 323,6 milhões (ou 46% do total da obra).

O restante, 20,6% do investimento, virá da própria Sociedade de Propósito Específico, por contribuições de seus acionistas – OAS e Odebrecht – ou por meio de empréstimos contratados pela SPE a bancos privados.

Neste caso temos parte dos créditos concedidos pela União, parte pelo Estado-Poder Concedente e parte (ainda que minoritária) pelo Parceiro Privado.

Até aí nada que possa ser discutido, porém existe um fato específico. O BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, empresa pública da União – concedeu através de um projeto específico – o ProCopa Arenas – o total dos recursos necessários para que o FUNDESE financiasse o parceiro privado. Ou seja, de maneira indireta, a União colabora de fato com 79,4% do total de crédito para a construção do Estádio.

Temos aí um problema de origem legislativa. A Lei Federal de Parcerias Público-Privadas impede que a União conceda **diretamente** ao parceiro-privado mais de 70% de crédito para o financiamento do empreendimento. Mas não há dispositivo legal que impeça que este recurso seja concedido **indiretamente**, através, por exemplo, de um órgão Estadual de fomento, o que de fato aconteceu.

Com este exemplo do caso concreto, confirmado pelo próprio poder contratante da Parceria Público-Privada, podemos retomar a questão tópica que finalizou a primeira parte deste estudo.

Foi suficiente para garantir a divisão de investimentos do empreendimento – uma das bases teóricas da Parceria Público-Privada – o estabelecimento deste teto normativo para o crédito público ao parceiro privado no Direito Brasileiro?

Ouso responder que não. O teto normativo de que trata o artigo 27 da Lei Federal 11.079/2004 não foi suficiente para garantir a divisão justa dos investimentos. Ainda que a Sociedade de Propósito Específico tenha que pagar juros a estes empréstimos feitos, são muito menores do que os “juros” que o Estado da

Bahia terá que pagar através da contraprestação pública durante o período da concessão.

Além disto, o texto impede que a **União** conceda crédito direto ao Parceiro Privado além dos 70% do investimento total (ou 80%, na exceção legislativa). Não está impedido o crédito do Estado, do Município, do Distrito Federal e nem a intermediação do crédito, como o ocorrido através do caso concreto. Pode-se pensar inclusive em uma parceria público-privada onde o parceiro privado não tenha investimento direto algum, já que União e Estado podem emprestar todos os recursos necessários para o empreendimento.

Respondida a questão, voltando ao caso concreto, há que se falar ainda na exploração comercial do empreendimento. O Contrato de Concessão prevê que a SPE conseguirá auferir receita anual de 23 milhões de reais com a operação do estádio. O que exceder a este valor será compartilhado na razão de 50% / 50 % entre a SPE e o Estado, e ainda, se a receita anual não chegar a este valor, o “prejuízo” será também compartilhado meio a meio entre o Estado e o parceiro privado. O estádio, obviamente, não se pagaria pelo período total de concessão, uma vez que existe ainda um custo de manutenção do empreendimento, arcado totalmente pelo parceiro privado ¹⁴, que ao final dos 35 anos de concessão irá entregar ao Estado da Bahia a Arena Fonte Nova, em totais condições de uso.

Visto que existe uma complexidade neste contrato, e que a receita auferida pela própria concessão só é suficiente para manter o projeto funcionando, temos aqui um exemplo de Concessão Administrativa, e não uma Concessão Patrocinada.

Agora cabe entender como o Estado da Bahia chegou à conclusão que, mesmo sendo o poder público responsável por quase 80% do crédito necessário à construção do Estádio, entendeu ser melhor a contratação de uma Parceria Público-Privada para tal feito.

¹⁴ Para isso, a SPE, por previsão no contrato de concessão, irá contratar a Amsterdam Arena, empresa responsável pela gestão do Estádio de Futebol de mesmo nome, na Holanda.

Capítulo 2 - Por que (o Estado da Bahia diz que) a PPP é a melhor solução neste Caso Concreto

Passada a apresentação de pontos discutíveis neste caso concreto, cabe agora entender como o Estado da Bahia chegou à conclusão que, administrativa e financeiramente, o projeto de Parceria Público-Privada foi a melhor solução para a reconstrução de seu Estádio de Futebol.

O Estado da Bahia, ao justificar a realização de uma Concorrência Pública para uma PPP estabeleceu uma comparação com uma contratação simples de Obra Pública, definida pela Lei 8.666/93, através de um Estudo de Viabilidade Econômica – *Value for Money* – desenvolvido por uma consultoria contábil contratada pelo Estado para este fim.

Não poderia ter feito a comparação com uma Concessão Comum, uma vez que, conforme foi dito anteriormente, a receita auferida com a exploração do serviço não é suficiente para remunerar o projeto de construção.

Em uma situação em que fosse feita uma simples obra pública, nos termos da lei 8.666/93, a contratação poderia ser mais simples do que em uma PPP, uma vez que é apenas um contrato de execução de obra, e não de prestação de serviço complexo. Contudo, o processo licitatório para a Construção do Estádio e posterior gestão seria mais complexo do que o realizado através do instrumento de Parceria Público-Privada.

Isto se dá pelo disposto no artigo 9º da Lei 8.666/93, que impede que o autor do projeto básico ou executivo participe da concorrência para a execução da obra. Em outros termos, haveria a necessidade da contratação de uma empresa para a execução do projeto básico, através de uma concorrência isolada; obrigatoriamente outra empresa para a execução da obra, através de outra concorrência isolada; e ainda uma terceira empresa para fiscalização do serviço e uma quarta para a gestão do estádio, também em editais separados. Isto retardaria, de acordo com a consultoria contratada, o processo em no mínimo um ano e meio.

No caso da Parceria Público-Privada, embora o contrato de concessão seja um instrumento mais complexo, somente há necessidade de uma única concorrência, que efetivamente ocorreu no final de 2009, quando inclusive já foram definidos o consórcio licitante e a criação da Sociedade de Propósito Específico.

Além do entrave burocrático, e mesmo que se considere a remuneração de

tanto vulto para o parceiro privado no caso da PPP, a consultoria, de maneira acertada, previu que a contratação simples de uma obra pública sairia mais cara para o Estado do que o pagamento de contraprestações mensais.

Na parceria público-privada, o Estado irá pagar contraprestações mensais de quase R\$ 9 milhões de reais, mas somente após a entrega da obra.

Não se pode negar a existência de séria restrição fiscal e orçamentária do Estado. A lei de Responsabilidade Fiscal – Lei complementar 101/2000 – impôs aos Estados e Municípios sérias restrições fiscais, principalmente em percentuais mínimos de investimento em saúde e educação, ainda que não tenhamos resultados visíveis. Se o Estado da Bahia optasse pela obra pública, teria que custear totalmente a obra, durante os três próximos anos, já que o Estádio deveria estar pronto já no final de 2012, de acordo com a imposição da FIFA.

Isto poderia significar um aporte de cerca de R\$ 250 milhões de reais ao ano, durante os três anos da construção do estádio, o que com certeza afeta mais o fluxo de caixa do Estado do que o valor previsto para a PPP. Para tanto, o Estado da Bahia deveria contratar diretamente junto ao BNDES ou outro banco de fomento estatal a quantia necessária para o pagamento da obra, com o respectivo pagamento dos juros e amortizações durante o período.

A auditoria contratada pelo Estado da Bahia concluiu seu estudo no final de 2008, e considerou para apresentar o resultado financeiro que:

- A obra, com as isenções tributárias em caso de realização pública, teria um custo de R\$ 564 milhões de reais;

- Devido ao pagamento de juros, uma vez que o valor da obra seria financiado por bancos estatais, e considerando ainda os custos com a gerência e manutenção do Estádio, em caso de uma obra pública comum, o valor presente líquido ficaria em R\$ 742 milhões;

- Este mesmo valor presente líquido, em uma situação de Parceria Público-Privada, fica em R\$ 668 milhões de reais.

Além da suposta economia de recursos públicos, a existência de prazos e exigências a serem cumpridos e uma eficiente gestão do evento esportivo contribuem para se deduzir, em uma análise superficial, que a contratação da Parceria Público-Privada é o melhor no caso concreto.

A justificativa, porém, encontra-se viciada em um ponto crucial. A contratação de uma obra pública, ainda que fosse mais burocrática, sairia mais barata do que a

contratação de uma obra através de uma parceria público-privada.

O próprio Governo do Estado da Bahia disponibilizou, através de um *site* específico, a tabela comparativa do *Value for Money* ¹⁵ onde se encontrou que a obra pública comum é mais cara do que a PPP.

Obra Pública					PPP				
Ano	BNDES	O&M	Receita	Total	Ano	Contraprestação	ISS	IR (21,5%)	Total
2010	(25.632)	0	0	(25.632)	2010	0	0	0	0
2011	(25.632)	(3.150)	0	(28.782)	2011	0	0	0	0
2012	(25.632)	(8.300)	0	(31.932)	2012	0	0	0	0
2013	(81.518)	(15.291)	2.553	(74.256)	2013	(84.252)	6.704	4.512	(73.037)
2014	(59.809)	(15.299)	2.553	(72.555)	2014	(84.252)	6.746	5.972	(71.534)
2015	(58.100)	(15.300)	2.553	(70.847)	2015	(84.252)	6.789	5.547	(71.917)
2016	(56.391)	(15.300)	2.553	(69.138)	2016	(84.252)	6.789	4.428	(73.036)
2017	(54.682)	(15.300)	2.553	(67.429)	2017	(84.252)	6.789	4.393	(73.070)
2018	(52.974)	(15.300)	2.553	(65.721)	2018	(84.252)	6.789	4.358	(73.105)
2019	(51.265)	(15.300)	2.553	(64.012)	2019	(84.252)	6.789	4.323	(73.140)
2020	(49.556)	(15.300)	2.553	(62.303)	2020	(84.252)	6.789	3.288	(74.175)
2021	(47.847)	(15.300)	2.553	(60.594)	2021	(84.252)	6.789	3.274	(74.189)
2022	(46.138)	(15.300)	2.553	(58.885)	2022	(84.252)	6.789	3.260	(74.203)
2023	(44.430)	(15.300)	2.553	(57.177)	2023	(84.252)	6.789	3.248	(74.217)
2024	(42.721)	(15.300)	2.553	(55.468)	2024	(84.252)	6.789	3.232	(74.231)
2025	(41.012)	(15.300)	2.553	(53.759)	2025	(84.252)	6.789	3.218	(74.246)
2026	(39.303)	(15.300)	2.553	(52.050)	2026	(84.252)	6.789	3.203	(74.260)
2027	(37.594)	(15.300)	2.553	(50.341)	2027	(84.252)	6.789	3.189	(74.274)
2028	0	(15.330)	2.553	(12.777)	2028	0	2.576	531	3.108
2029	0	(15.330)	2.553	(12.777)	2029	0	2.576	531	3.108
2030	0	(15.330)	2.553	(12.777)	2030	0	2.576	531	3.108
2031	0	(15.330)	2.553	(12.777)	2031	0	2.576	531	3.108
2032	0	(15.330)	2.553	(12.777)	2032	0	2.576	531	3.108
2033	0	(15.330)	2.553	(12.777)	2033	0	2.576	531	3.108
2034	0	(15.330)	2.553	(12.777)	2034	0	2.576	531	3.108
2035	0	(15.330)	2.553	(12.777)	2035	0	2.576	531	3.108
2036	0	(15.330)	2.553	(12.777)	2036	0	2.576	531	3.108
2037	0	(15.330)	2.553	(12.777)	2037	0	2.576	531	3.108
2038	0	(15.330)	2.553	(12.777)	2038	0	2.576	2.154	4.731
2039	0	(15.330)	2.553	(12.777)	2039	0	2.576	2.154	4.731
2040	0	(15.330)	2.553	(12.777)	2040	0	2.576	2.154	4.731
2041	0	(15.330)	2.553	(12.777)	2041	0	2.576	2.154	4.731
2042	0	(15.330)	2.553	(12.777)	2042	0	2.576	2.154	4.731
2043	0	(15.330)	2.553	(12.777)	2043	0	2.576	2.154	4.731
2044	0	(15.330)	2.553	(12.777)	2044	0	2.576	2.154	4.731
VPL	(547.698)	(231.933)	37.271	(742.359)	VPL	(789.049)	76.964	44.019	(668.065)

Os problemas da análise superficial do *Value for Money* são basicamente:

- A estimativa não considera que a gestão do estádio de futebol, durante o período considerado, irá resultar em lucro, uma vez que o próprio contrato estima em R\$ 23 milhões de reais anuais a receita resultante da gestão do Estádio, suficiente para cobrir a despesa com operação e manutenção;

- O ISS - Imposto sobre Serviços, tem competência de arrecadação municipal, e não Estadual. Portanto, qualquer análise teria que considerar o poder público em geral, e não foi feita.

Sendo feitas as correções devidas a estas tabelas, e mesmo entendendo que o ISS retornará *ao poder público*, portanto, apenas considerando que a auditoria desconsiderou o lucro da operação da Arena, chega-se a uma diferença de R\$ 269 milhões de reais no final do período. Portanto, a Parceria Público-Privada, apenas

¹⁵ Retirado do texto apresentado pela Auditoria KPMG, que avaliou o *value for money* no caso concreto e indicou a PPP como solução ideal. Disponível em <http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/index.htm> Acesso 20.out.2010

considerando a estimativa – e não o valor real de contratação – ficou R\$ 195 milhões de reais mais cara para os cofres públicos.

O estádio, ao final dos 35 anos considerados, teria custado aos cofres públicos R\$ 472 milhões, já incluídos aí os juros dos empréstimos, portanto menos do que a estimativa da obra.

Apenas a desculpa da “desburocratização” do processo licitatório não pode ser aludida como único fator determinante para que o Estado pague mais ao parceiro privado do que em uma obra pública comum. Mais barato seria que o próprio processo licitatório de que trata a lei 8.666/93 fosse simplificado, uma vez que temos necessidades nacionais – e a maioria dos estádios para a Copa do Mundo de 2014 são públicos e serão reformados conforme o mesmo modelo de Parceria Público-Privada.

Ao desconsiderar o fator de lucro proveniente do Estádio – seja através de operação e manutenção própria ou através da contratação de uma empresa especializada – o Estado da Bahia corre o risco de ter feito uma opção errada em investimento, gerando maior déficit ao orçamento público.

Ao finalizar uma análise de um único caso concreto, podemos dizer que nem sempre a Parceria Público-Privada será a melhor solução – como restou provado que não foi neste caso – e que precisamos avançar mais em pontos legislativos obscuros e incongruentes. Para isso, devemos voltar aos nossos princípios de Direito Administrativo.

Capítulo 3 - O elemento econômico: princípio da Eficiência

Cabe aqui retornar à citação presente na introdução deste estudo, feita por Carvalho Filho ¹⁶, ao definir o viés econômico do Princípio da Eficiência:

“O núcleo do princípio (da eficiência) é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.”

Todo este estudo tentou caminhar para definir que a Parceria Público-Privada é uma iniciativa legislativa moderna, criada a partir de um contexto de escassez de recursos públicos e de avanço da desburocratização e simplificação das práticas do poder público, podendo suprir de maneira satisfatória as necessidades básicas em infra-estrutura em um cenário de redução de investimentos estatais.

O que se viu, porém, na análise legislativa brasileira e no estudo do caso concreto, é que em nossas terras tal cenário não se repete, e a prática contradiz em vários pontos a teoria.

O núcleo do princípio da eficiência administrativa caminha pela procura de produtividade e economicidade dos recursos públicos. O próprio princípio da eficiência surge em nosso texto constitucional após a Emenda nº 19/98, que reformou o *caput* do artigo 37 de nossa Carta Magna.

Porém, para a real efetivação do princípio da eficiência não podemos deixar que o ordenamento jurídico brasileiro seja visto pelos legisladores, principalmente na seara da Administração Pública, como local onde sucessivas inovações legislativas não resolvem de todo o problema.

Para ser mais claro, tivemos, acertadamente, a importação para o Direito Brasileiro das Parcerias Público-Privadas. O que não quer dizer que este modelo de gestão de concessões seja o melhor, em todos os casos. E que as leis 8.666/93 – Licitações – e 8.987/95 – Concessões – restaram revogadas.

Além disto, temos aqui encontrado um problema legislativo. Ao analisar a consultoria particular contratada pelo Estado da Bahia para justificar a escolha da Parceria Público-Privada no caso estudado, vimos que existe certamente um problema na legislação administrativa brasileira. No modelo de PPP permite-se que

¹⁶ CARVALHO FILHO, op. cit. p. 28

a Sociedade de Propósito Específico faça o projeto básico, o projeto executivo e a Execução da Obra ou Serviço. Isto quer dizer que não são considerados, para a Lei de PPP, como objetos licitatórios separados. Porém, a lei 8.666/93, que regulamenta o procedimento de licitação, define como regra que são objetos separados de editais obrigatoriamente separados, e, além disto, impede que o autor de um projeto básico de obra pública participe da concorrência para a execução da obra, para evitar que haja um privilégio indevido deste licitante em relação aos demais. Obviamente este licitante, por possuir informações a respeito do projeto, poderia oferecer um preço menor que os demais. Em nome da paridade entre os licitantes, permite-se que o poder público contrate uma obra a um preço mais caro do que ela custaria.

Após a promulgação da Constituição de 1988, tivemos em nosso ordenamento jurídico importantes inovações legislativas, mas que vieram não em correção, evolução ou complemento das mais antigas, mas apenas como uma sobreposição de lei sobre lei, sem reforma e sem pensamento sistêmico por parte de nosso legislador. O ideal seria que a simplificação dos processos licitatórios em Parceria Público-Privada pudesse também ser estendida às Concessões Comuns e às Licitações de um modo geral, com o fim de economizar recursos públicos. Isto sim seria efetivar o princípio da Eficiência da Administração Pública.

Faltou ao legislador entender que o princípio da eficiência também se estende a ele, pois nos dizeres do artigo 37 da Constituição, “*a Administração Pública de qualquer dos Poderes (...) obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)*”. E não basta uma lei economicamente eficiente, é necessário um sistema normativo eficiente, para que se chegue a uma Administração Pública eficiente.

Tratando ainda sobre o aspecto da eficiência legislativa, a lei de Parcerias Público-Privadas, como este estudo demonstrou, tem um problema. O legislador tentou criar uma limitação ao financiamento público por parte da União, destinado ao parceiro privado. Porém, acabou criando uma espécie de “pisos” e não de “teto”. Como o caso concreto demonstrou, o investimento, direto ou indireto, da União pode chegar aos 100% do custo total do empreendimento. E se a União pode financiar quase 100% de um empreendimento em infra-estrutura, porque se deixar que um “parceiro” privado tenha a atribuição de auferir lucro a partir deste empreendimento? Porque esse investimento não pode ser feito diretamente pela União, através de um banco de fomento, e um procedimento simples de contratação de obra pública?

Se o Estado Brasileiro deseja que a iniciativa privada participe, de maneira efetiva, dos investimentos em infra-estrutura necessários para o crescimento da economia e a geração de emprego e renda, é necessário que este investimento privado seja fomentado, e não substituído pelo empréstimo público.

Portanto, a análise do princípio da eficiência, neste estudo, pode finalizar com uma crítica ao legislador e ao poder executivo. O sistema de Parcerias Público-Privadas pode inaugurar uma nova fase nos investimentos e melhoria da prestação dos serviços públicos. Porém, é preciso que as inovações e simplificações possam ser estendidas às outras normas legislativas. Além disto, é necessária a imposição de um limite **real** para os investimentos públicos em Parcerias Público-Privadas. Não só da União, mas de todo o Poder Público, pois somente desta maneira evitaremos que o dinheiro público seja utilizado para financiar lucros de um parceiro privado de maneira abusiva e indevida.

Capítulo 4 - O elemento jurídico: princípios da Moralidade e Legalidade

É necessário que este capítulo se inicie com a retomada do objetivo precípua deste estudo. Estudar o modelo brasileiro de Parcerias Público-Privadas, através da análise legislativa e de um caso concreto, sob a luz dos princípios de Direito Administrativo. Continuando, pois com esta exposição, passamos ao princípio da legalidade e da moralidade, em seu entendimento doutrinário ¹⁷.

I - Princípio da Legalidade:

“O princípio da legalidade denota (...): só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei”

II - Princípio da Moralidade:

“O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, **como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.**” (com grifos nossos)

A análise da legalidade não pode ser dissociada da análise da moralidade, no âmbito da Administração Pública. Em um entendimento de Estado Moderno, não se pode desvincular o fato de um ato administrativo ser legal, mas não ser moral, ou ser moral, embora não seja legal. Moralidade pública e Legalidade devem, pois caminhar juntas.

Ainda fazendo referência à obra de Carvalho Filho (2008), temos que:

“(...) na teoria do Estado Moderno há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar.”

Mais uma vez, ressaltamos que o poder legislativo não está isento de cumprir os princípios inseridos no artigo 37 da Constituição. Além disto, deve limitar o poder executivo, já que o gestor público só pode fazer aquilo que a lei expressamente permite. Além disto, a relação entre o poder legislativo e o poder executivo, e entre as esferas de poderes federal, estaduais e municipais, devem sempre ser pautadas

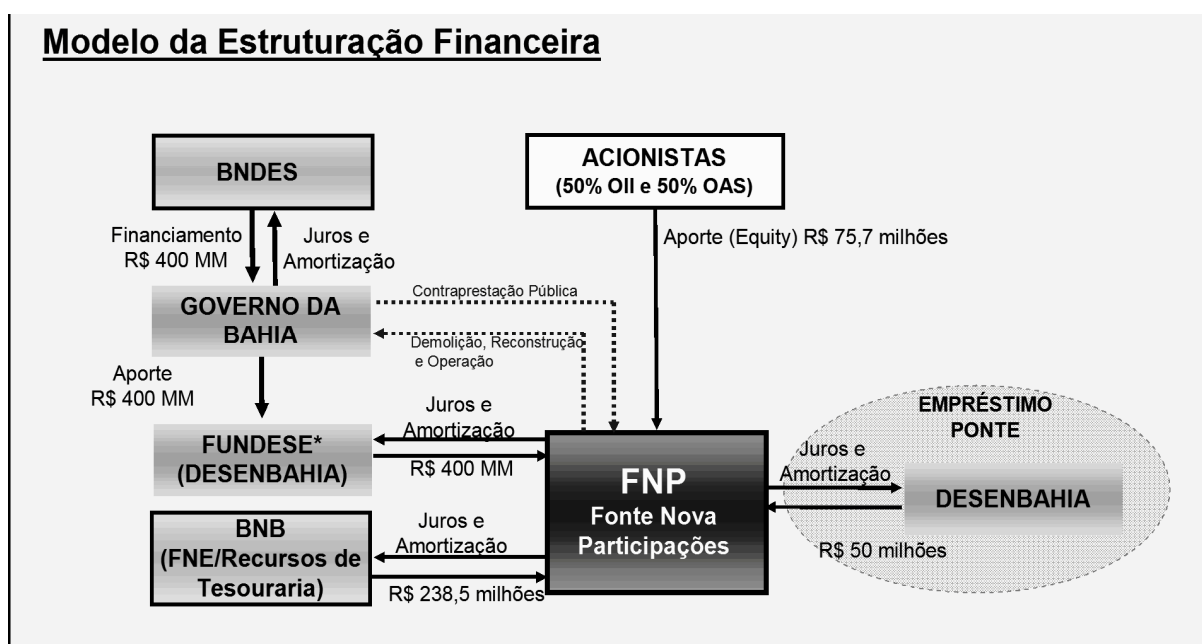
¹⁷ CARVALHO FILHO, op. cit. p. 19-20

pelo princípio da moralidade pública.

Uma característica da Lei de Parcerias Público-Privadas que demonstra a falta de observância ao princípio da legalidade já foi tratada por este estudo. O artigo 27 da lei, muito embora justificado em várias laudas pelos Senadores que o incluíram no projeto original, não cumpre aquilo que promete. Em vez de limitar os investimentos públicos para um empreendimento de PPP, faz o contrário, estabelece uma espécie de “pisso” de crédito público da **União**, e, portanto, faz com que a parceria público-privada seja quase que toda custeada com recursos públicos.

Afronta ao princípio da legalidade está na lacuna normativa deste artigo 27, pois só a União tem seus limites de crédito **direto** estabelecidos. No conceito original, uma Parceria Público-Privada é entendida como a coordenação de investimentos públicos e privados para um determinado fim – prestação de um serviço estatal ou atendimento de uma demanda pública. Na lei federal, não há limitação de investimentos dos demais entes federativos.

Com isso, como dito anteriormente, se abre espaço para uma **imoralidade** pública, cometida, a princípio, de acordo com a lei. E o Estado da Bahia várias vezes, durante a apresentação do projeto¹⁸, explicita como faz esse desvio de finalidade para burlar o limite legal imposto pelo artigo 27.



¹⁸ Retirado da própria apresentação elaborada pelo Governo do Estado da Bahia, feita ao BNDÉS para a obtenção do crédito necessário do ProCopa Arenas, de R\$ 323 mi, para o financiamento do projeto: Fonte <<http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/index.htm>> Acesso 20.out.2010

Como fez questão de demonstrar, o Estado da Bahia utilizou uma entidade pública estadual – a FUNDESE – para que o projeto não incidisse em uma ilegalidade. Como dito anteriormente, 79,4 % dos recursos para a construção do Estádio terão origem, direta ou indireta, da União – através de dois bancos de fomento estatal, o BNDES e o Banco do Nordeste.

Por isso, o entendimento do princípio da legalidade não pode ser dissociado do princípio da moralidade. Por muitas vezes, pode o gestor público usar uma brecha normativa de um artigo para burlar outro artigo. Neste caso específico, curiosamente, uma brecha existente na letra fria da lei, no artigo 27, serviu para que a própria função normativa deste artigo 27 – a limitação dos recursos públicos em um projeto de PPP – fosse burlada.

Desta análise principiológica podemos inferir que ainda há muito que avançar em termos de normatização, e mesmo de comportamento dos gestores públicos e legisladores no que diz respeito à Parceria Público-Privada, e à Administração Pública como um todo.

CONCLUSÃO

A Parceria Público-Privada surge no Direito Inglês, em um cenário de restrição fiscal e orçamentária do Estado Britânico, associado a uma crescente demanda de infra-estrutura. Está inserida, originalmente, nas reformas neoliberais de Margareth Thatcher, associada também à privatização e concessão de serviços públicos. Depois estendida ao Direito Europeu Comunitário, logicamente sofrendo algumas críticas, o que leva à consolidação de um modelo de compartilhamento de investimentos, riscos e resultados entre a Administração Pública e o Parceiro Privado.

No Brasil, temos a Parceria Público-Privada enquanto instituto de Direito autônomo em relação à Concessão Comum, em duas modalidades básicas, a Concessão Patrocinada e a Concessão Administrativa. O financiamento privado do empreendimento, o compartilhamento dos riscos, a pluralidade compensatória, a definição contratual de uma parcela variável de remuneração, e a imposição de limites mínimos de prazo e valor de contratação são as principais diferenças que fazem da Parceria Público-Privada um elemento de Direito Administrativo que merece atenção específica, e diferenciada em relação à Concessão clássica.

A Sociedade de Propósito Específico é uma pessoa jurídica autônoma, criada por e para um contrato de PPP. Garante, pelo menos em tese, uma maior fiscalização do poder público e da sociedade em um projeto de natureza pública, e ainda facilita a separação entre o objeto de concessão das outras atividades econômicas do parceiro privado.

Quanto à possibilidade de financiamento público para o parceiro privado, a conclusão que se chega é que o texto legal foi insuficiente para regulamentar o financiamento público em um empreendimento público-privado. Não existe de fato um compartilhamento de investimentos. O legislador brasileiro claramente deve voltar seus olhos para os princípios de direito administrativo, pois o modelo atual permite que até 100% dos recursos de uma PPP sejam direta ou indiretamente públicos, e mais, 100% da União ou de um mesmo ente federativo. Não havendo compartilhamento de investimentos com a iniciativa privada, não há que se pensar em compartilhar os ganhos deste sistema com a iniciativa privada.

O estudo finda então, por concluir que, diante de tantos aspectos obscuros e contraditórios, as argumentações cruzadas e justificativas erradas, o modelo

adotado pelo Estado da Bahia para a parceria público-privada não foi a melhor escolha, visto que foi uma escolha mais onerosa para o poder público, e ainda, impede a realização pelo Governo baiano de investir em outras obras através da parceria público-privada, uma vez que já alocou parte de sua receita anual nos próximos 15 anos com o pagamento do empreendimento.

No atual cenário econômico brasileiro, temos a Parceria Público-Privada como uma solução criativa, e que permite à iniciativa privada ganhos altos com a execução de obras e serviços públicos sem que o investimento inicial guarde correspondência com este ganho obtido. No atual cenário jurídico, temos uma afronta ao princípio da eficiência, da moralidade e da legalidade, ao permitir, através de uma brecha legal, que Estados Membros e a União firmem convênios e parcerias com o propósito único de privatizar os recursos públicos.

Como resposta à questão proposta na Introdução deste Estudo, não podemos dizer que a Parceria Público-Privada é a melhor escolha em abstrato. Apenas o caso concreto, e com inúmeras ressalvas, dirá se é a melhor escolha. Em um caso de aparente vantagem para a PPP, como o estudado, a própria avaliação do *value for money* indicou que a clássica solução da Obra Pública da Lei 8.666/93, se fosse mais flexível, seria mais barata e rápida que a Parceria Público-Privada.

Na sua atual configuração, a Parceria Público-Privada não cumpre aquilo que se propõe. É uma lei nova, de 2004, e temos poucas PPPs concluídas, visto que por própria determinação legal a prestação do serviço público pelo parceiro privado deve ter duração mínima de 5 anos.

O Brasil deverá passar por uma experiência prática de parcerias público-privadas para poder estabelecer qual será o seu marco regulatório consolidado. O próprio sistema de estabelecimento de contratos públicos, sejam de obra pública, concessão clássica ou PPP; precisa de uma reavaliação, para correção e prevenção das ilegalidades, irregularidades e imoralidades nos contratos, a fim de que a Administração Pública seja de fato econômica, eficiente, moral e legal.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). **Programa BNDES de Arenas para a Copa do Mundo de 2014 – BNDES ProCopa Arenas**. Disponível em <<http://www.bndes.gov.br>>. Acesso em 22. ago. 2010.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Diário da Câmara dos Deputados de 11 de março de 2004**. Página 669. Disponível na Internet <<http://imagem.camara.gov.br/diarios.asp>>. Acesso em 08.nov.2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2008.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: CARACTERIZAÇÃO DOS TIPOS LEGAIS E ASPECTOS NUCLEARES DE SEU REGIME JURÍDICO**. 2008. 615 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Disponível na Internet: <http://www.portal.ufpr.br/teses_acervo.html> Acesso em 20.ago.2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Ranking do IDH-M dos municípios do Brasil**. Disponível em <<http://www.pnud.org.br/home/>>. Acesso 20.out.2010.

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA. **Parcerias Público-Privadas: Projeto Nova Fonte Nova (hotsite)**. Disponível em <http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/projeto_fontenova.htm>. Acessado em 21 de ago. de 2010.

SENADO FEDERAL. Pareceres nº 1964, 1965 e 1966 de 2004, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 10 de 2004 (nº 2546/2003 na Casa de origem) que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. *In* **Projeto de Lei da Câmara, nº 10 de 2004**. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/default.asp>>. Acesso em 15.out.2010.

SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. Aspectos Metodológicos e Conteúdo Jurídico das Parcerias Público-Privadas – PPP. Um aprimoramento do Modelo Contratual da Administração. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em: 20 de agosto de 2010.

_____. Mecanismos de Atuação Estatal – As Parcerias Público-Privadas (PPPs). **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 20, novembro/dezembro/janeiro, 2009/2010. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae-20-novembro-marco-aurelio.pdf>> Acesso em: 20 de agosto de 2010.