

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA PATROCINADA E COOPERAÇÃO

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP SPONSORED AND COOPERATION

Hugo Jesus Soares

Advogado

Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR

Especialista em Direito e Processo Tributário pela ABDConst/PR

Especialista em Direito Contemporâneo com ênfase em Direito Criminal pela UCaM/RJ

RESUMO: As Parcerias Público-Privadas instituídas pela lei 11.079/2004 têm se destacado em meio às concessões comuns regulamentadas pela lei 8.987/1995 porque trazem um conceito mais moderno e inovador de gerenciamento e compartilhamento de riscos. Ocorrendo o desequilíbrio da equação econômico-financeira prevista quando da celebrado do contrato, terá ambas as partes direito de reequilibrar o negócio ao *status quo*. Essa é uma garantia especialmente importante para atrair investimento do setor privado para as caras obras públicas de infraestrutura, principalmente porque os contratos são de longa duração e eventos extraordinários que venham a ocorrer não serão suportados exclusivamente pelo parceiro privado. Com esse incentivo normativo tornou-se mais eficiente a prestação do serviço público e edificação da obra pública pela Administração ao mesmo tempo em que fomentou o desenvolvimento da atividade econômica no setor privado, trazendo benefícios para uma ampla coletividade de interesses múltiplos.

PALAVRAS-CHAVE: Serviço Público de Infraestrutura; Parceria Público-Privada Patrocinada; Gerenciamento de Riscos; Normas Indutoras e Cooperação.

ABSTRACT: The Public-Private Partnerships established by Law 11079/2004 have been prominent among the common concessions regulated by law 8987/1995 because they have a more modern concept and innovative management and risk sharing. Occurring imbalance of economic-financial equation envisaged when the signed contract, both parties have the right to rebalance the business to the status quo. This is a guarantee especially important to attract private sector investment for expensive public works infrastructure, mainly because the contracts are long lasting and extraordinary events that occur will not be borne solely by the private partner. With this incentive normative became more efficient public service delivery and construction of public works by the Directors at the same time fostered the development of economic activity in the private sector, bringing benefits to a wide community of multiple interests.

KEY-WORDS: Public Service Infrastructure; Public-Private Partnership sponsored; Risk Management; Standards inductive and Cooperation.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a questão da cooperação entre as partes ao celebrar a Parceria Público-Privada (PPP), em especial na modalidade patrocinada (lei 11.079/2004), com enfoque nas grandes obras de infraestrutura.

Enquanto serviço público de obrigação do Estado, a obra de infraestrutura consiste também em atividade econômica que pode ser concedida ao particular, mediante instituição de remuneração. Durante o trabalho abordaremos alguns estudos acerca do regime de direito administrativo aplicado aos serviços públicos, bem como a natureza contratual da parceria estabelecida.

Sob uma análise econômica, não basta apenas a obrigação do Estado em prestar o serviço ou edificar a obra pública, eis que será deveras importante saber se o erário público poderá suportar tal encargo. Se por um lado há obrigação do Estado prover e garantir o bem estar social, este não tem condições materiais (financeiras) para suportar todos os investimentos necessários para a concretização desses objetivos.

Por isso parte-se para a exploração da Parceria Público-Privado, pela qual as partes empreenderão esforços conjuntos para a realização das obras necessárias para o desenvolvimento econômico e melhorias nas condições de vida da sociedade.

Todavia, não haverá interesse do setor privado em investimentos que não tragam retorno. É cediço que as empresas privadas guiam-se pela lucratividade, portanto, não se pode delas esperar consecução de objetivos sociais.

Para que o convênio entre setores público e privado seja exitoso, portanto, a obra pública pretendida pela Administração deverá trazer resultados financeiros ao parceiro privado. À medida que o investimento inicial e os riscos do negócio, que são altíssimos, serão suportados pela iniciativa privada, é certo que ela buscará se cercar de todas as garantias possíveis de que não terá prejuízos.

Quando as condições estabelecidas pelo poder público não são adequadas, ou, sendo adequadas, não se mostram viáveis economicamente, a Administração precisa intervir e partilhar os riscos envolvidos no negócio.

Nesse sentido, a lei que trata das PPP foi precisa ao permitir que os riscos possam ser divididos entre as partes, conforme melhor se adequarem às condições técnicas e econômicas de cada qual. Ao aceitar que conceitos de direito privado componham contratos até então tipicamente administrativos, a Administração Pública deu importante passo para a busca da eficiência de seus atos.

A cooperação entre os parceiros negociais mostra-se necessária para a viabilização dos projetos públicos. Apenas um Estado participativo poderá, com o seu peso, atrair investimentos privados para setores econômicos de interesse público. E a estabilidade dessas relações possibilitará o desenvolvimento pleno do Estado.

Não tendo a pretensão de esgotar a matéria, mas suscitar aspectos jurídicos e econômicos que conduzam à reflexão sobre esse importante tema, passamos a expor com maior vagar as questões a que nos propomos trabalhar.

I – Das Parcerias Público-Privadas

Li – Noções sobre a Parceria Público-Privada (PPP)

A Parceria Público-Privada (PPP) é um importante instrumento colocado à disposição da Administração Pública para a consecução de objetivos relacionados às concessões de serviços públicos, instituída e regulada pela lei 11.079/2004. Em razão do seu caráter excepcional, há a necessidade de preenchimento de uma série de exigências legais, administrativas e econômicas, adiante tratadas.

A concessão é um instrumento pelo qual o Estado transfere, não a titularidade, mas, uma ou algumas de suas atribuições relativas aos serviços públicos para o setor privado (DI PIETRO, 2001). Essa descentralização visa aumentar a eficiência administrativa¹ à medida que

¹ Não há um conceito unívoco para “eficiência”, variando conforme a análise, mas tem como principais pontos de observação as ciências da administração, economia, sociologia e direito. Para o direito, eficiência administrativa exige o cumprimento da lei com o mínimo de ônus social para atingir o interesse público ideal de forma pura, sempre em benefício do cidadão (*in* GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 25).

reduz os gastos públicos sem deixar de investir em importantes setores econômicos, como infraestrutura, objeto de interesse das companhias privadas.

A lei 8.987/1995 rege tanto as concessões de serviços públicos, quanto de obras públicas, sendo que, nestas [obras públicas] “o concessionário poderá explorar economicamente a obra andá que esta atividade não configure propriamente um serviço público como tal qualificado em lei” (BLANCHET, 1999, p. 24).

O Estado liberal ideal intervém somente para garantir a liberdade, a segurança e a soberania da nação e é sob essa formulação que arroga para si prerrogativas de eficiência na condução dos negócios públicos. A intervenção do Estado se justifica para corrigir desvios do modelo liberal. Diante da precariedade dos mercados permitiu-se que o Estado fomentasse o desenvolvimento capitalista, ordenando a atividade financeira, prestando serviços públicos necessários ao desenvolvimento econômico, e estatizando parcialmente a economia a partir de uma aliança entre o setor público e o privado, pela qual os custos das empresas são transferidos à coletividade (GABARDO, 2003).

Se o próprio Estado não reúne condições financeiras ou se opta realizar investimentos em outras áreas, tem na concessão – e em especial na parceria público-privada – um importante meio de reduzir custos, respeitando a obrigação de prestar serviços públicos adequados (CR, art. 175 e inc. III, do parágrafo único).² Diante da situação de relativa insolvência do Estado e a escassez de capitais públicos disponíveis é imprescindível que sejam concebidas novas medidas para utilização do crédito e do mercado de capitais, a fim de assegurar a realização de obras públicas com recursos privados e públicos (WALD e MORAES, 1996).

A parceria público-privada, por sua vez, enquanto contrato administrativo de concessão, especialmente na modalidade patrocinada³, é essencialmente cooperativo, pois que o investimento inicial ou para manutenção da prestação do serviço público, além de outras obrigações, não recai exclusivamente sobre o particular, colaborando sobremaneira para o aumento do interesse do capital privado.

² Art. 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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

³ Lei 11079/2004. Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

Os setores privados interessam-se pela obtenção e maximização dos seus lucros, conseqüentemente não aportarão recursos em atividades econômicas que não lhes tragam resultados e serão resistentes a investimentos de alto risco. Por seu turno, o poder público não arrecada receita suficiente para solucionar toda a demanda de serviços públicos relacionados aos direitos sociais constitucionais (CR, art. 6º).⁴

Se a iniciativa privada evita investimentos de alto risco, mesmo porque não se pode transferir todo o ônus para o usuário através da tarifa pública, natural que a Administração Pública componha essa força produtiva econômica para a consecução de objetivos sociais. A infraestrutura, por exemplo, é vista como oportunidade financeira para o capital privado e como obrigação pelo setor público. Por isso marcante a presença e o recrudescimento desse tipo de concessão, que favorece a exploração da atividade econômica pelo setor privado e cumpre com a obrigação de prestação de serviço público pelo Estado.

Conceitualmente, temos que “A Parceria Público-Privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço público de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, com ou sem a execução de obra e fornecimento de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público” (DI PIETRO, 2005).

Os parceiros públicos que podem celebrar os contratos são os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente⁵ pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (§ único do art. 1º da lei 11.079/2004).

Relativamente à aplicação das leis esclareça-se que o operador do direito irá trabalhar com a lei 11.079/2004 (lei de PPP) e subsidiariamente com a lei 8.987/1995 (lei de concessões) ao analisar a parceria público-privada patrocinada. Às concessões comuns continuam sendo aplicadas as disposições contidas na lei 8.987/1995 e aos contratos administrativos que não

⁴ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁵ Válido destacar que as concessões regidas pela lei 8987/1995 não contemplam a Administração Pública indireta (nesse sentido *vide* art. 2º, II, da lei), diferentemente das parcerias público-privadas, o que foi outra inovação da lei, apesar de se considerar inaplicável, uma vez que as concessões de serviço público são sempre de titularidade da Administração Pública direta.

sejam caracterizados como concessão “comum”, patrocinada ou administrativa a lei 8.666/1993 (art. 3º e §§ 1º, 2º e 3º).⁶

Na definição de PPP, segundo MARQUES NETO, já se engloba o dever do Poder Público de assegurar as condições de exploração e remuneração pela “parceria de risco assumida pelas partes” (*in* SUNDFELD, 2005). Dois pontos merecem destaque: a contraprestação dada pelo próprio poder público e a assunção compartilhada do risco do negócio.

Segundo o art. 2º da lei 11.079/2004 “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”. E, consoante disposto no § 1º, “Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 [Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos], quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”. É clara a norma jurídica ao prever que neste tipo de concessão pública haverá “patrocínio” estatal mediante paga com dinheiro público, o que a diferencia da concessão “comum”.⁷

Há que se ter cuidado, no entanto, para não confundir com a chamada “concessão subsidiada”, insculpida no art. 35 da lei 9.074/1995⁸, pela qual o poder concedente também pode fazer o repasse de verba pública para o parceiro privado a fim de compensar eventual desequilíbrio financeiro gerado a partir de insuficiência do valor da tarifa paga pelo usuário, hipótese em que caberá o restabelecimento da correlação entre o objeto e o ajuste (obrigação do contratado – direito da Administração) e a remuneração correspondente (direito do contratado – obrigação da Administração) (CALASANS JUNIOR, 2008).

⁶ Art. 3º. § 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.(Regulamento)

§ 2º As concessões comuns continuam regidas pela Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pelas leis que lhe são correlatas, não se lhes aplicando o disposto nesta Lei.

§ 3º Continuam regidos exclusivamente pela Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e pelas leis que lhe são correlatas os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa.

⁷ A lei 11.079/2004 que faz, em seu art. 1º, §3º, essa diferença, veja: “Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

⁸ Art. 35. A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente, fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

E como é legalmente garantida a modicidade da tarifa pública (§ 1º do art. 6º da lei 8.987/1995)⁹, o legislador fez constar que “poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade” (art. 11 da lei 8.987/1995), desde que estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes (art. 17 da referida lei).¹⁰

Estas “receitas alternativas” são subsídios públicos que podem vir a compor a parcela do “patrocínio” devido pelo Estado na parceria público-privada, desonerando em parte a Administração Pública e o usuário direto do serviço público, favorecendo o concessionário ao aumentar sua fonte de receita.

Embora o § 1º do art. 2º da lei 11.079/2004 trate de contraprestação “pecuniária” na parceria público-privada patrocinada, o art. 6º registra que a contraprestação pública pode ser dar por outros meios que não dinheiro (inclusive, meios não previstos na lei)¹¹, mas “obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato” (art. 7º da lei 11.079/2004), o que tem levado a entender que os custos iniciais devam ser suportados pelo concessionário.

Poderá também haver uma contraprestação variável vinculada ao desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato (§1º do art. 6º da lei 11.079/2004).

A contrapartida estatal irá depender da viabilidade do projeto que se pretende implementar. Se o negócio for autossustentável não haverá necessidade de investimento público para atrair o capital privado. Apesar de que após a fase de construção os riscos costumam diminuir, já que realizados os investimentos e superadas as incertezas de conclusão das obras, as fases subsequentes de efetiva operação e manutenção do negócio costumam ser mais estáveis

⁹ § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

¹⁰ Art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes.

¹¹ Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

- I – ordem bancária;
- II – cessão de créditos não tributários;
- III – outorga de direitos em face da Administração Pública;
- IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;
- V – outros meios admitidos em lei.

ao longo do tempo. Também é depois de concluídas as obras que será possível aferir mais precisamente o potencial retorno financeiro do negócio (RIBEIRO e PRADO, 2007).

Como negócios envolvendo infraestrutura demandam elevados investimentos, é esperável que ambas as partes se resguardem com garantias quanto ao cumprimento do contrato firmado. A lei 11.079/2004 fez constar no art. 8º que as obrigações contraídas pela Administração Pública poderão ser garantidas de diversas maneiras, dentre as quais se destacam os financiamentos bancários e os seguros-garantia.¹² Já o parceiro privado poderá ser obrigado a garantir até 10% do valor do contrato, de acordo com o art. 5º, VIII, da lei 11.079/2004¹³ c/c § 3º do art. 56 da lei 8.666/1993.¹⁴

Além dessas garantias, embora criticado por autores¹⁵, ainda há a possibilidade de se constituir um Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas até o montante de R\$ 6 bilhões (art. 16) gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União (art. 17), com o escopo de honrar dívidas não pagas pelo parceiro público (§ 9º do art. 18 da lei 11.079/2004).

A estabilidade é um dos principais fatores procurados pelo investimento privado. As oscilações do mercado a longo prazo costumam desencorajar grandes investimentos, por isso ditas garantias se tornam fundamentais para atrair agentes financeiros e investidores, conferindo eficiência na prestação do serviço público e desonerando os cofres públicos. Essa conjugação

¹² Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

¹³ Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

¹⁴ Art. 56. § 3º. Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

¹⁵ *Ad exempli* MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 789; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 161.

de esforços, especialmente das autoridades públicas que detêm o poder decisório da matéria, assimilando a visão do investidor privado, que espera garantias de retorno do investimento, é essencial para superar a burocracia estatal que costuma ser empecilho para o aporte de capitais privados em obras públicas de infraestrutura (WALD e MORAES, 1996).

Para a perfectibilização do contrato entre as partes se faz necessária a constituição de uma sociedade de propósito específico (SPE), sendo que a transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, vedada ser titular da maioria do capital votante (art. 9º e §§1º e 4º da lei 11.079/2004). Mais uma facilitação da lei de PPP, eis que a lei de concessões poderia exigir a formação de um consórcio, o que gerava dificuldades sérias à medida que, com a participação de uma pessoa jurídica estatal, a criação de uma subsidiária ou para sua participação em empresa privada dependeria de prévia autorização legislativa (ROCHA, 54) (CR, art. 37, XX).¹⁶

A lei 11.079/2004, em seu art. 5º, III,¹⁷ também trouxe importante inovação quanto à imutabilidade dos contratos administrativos. Estes, em regra, devem prever todas as possibilidades de alteração futura desde a celebração, mas a referida lei trouxe em seu bojo a necessidade de se repartir os riscos do negócio, abarcando não apenas os fatos previsíveis, mas também os imprevisíveis. Seguramente esta pode ser apontada como a maior – ou uma das maiores – diferença entre as concessões comuns e a parceria público-privada.

I.ii – Noções de Risco e Gerenciamento de Risco

Consoante mencionado, a repartição dos riscos entre a sociedade privada e o poder público (art. 5º, III, da lei 11.079/2004) é um dos principais aspectos da lei de parceria público-privada. Além do “patrocínio público” é justamente essa partilha do risco que faz este instituto

¹⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;

¹⁷ Art. 5o As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

ser mais atrativo ao setor privado e conseqüentemente mais eficiente na captação de recursos e implementação de negócios e atividades econômicas essenciais à sociedade.

A repartição objetiva dos riscos, conquanto seja cláusula essencial e obrigatória do contrato de parceria público-privada (lei 11.079/2004, art. 4º, VI; e art. 5º, III), é também importante instrumento regulatório e implementador de eficiência administrativa (GUIMARÃES, 2008).

A diferença básica reside na matriz do risco: enquanto na lei de concessões (8.987/1995) e de licitações (8.666/1993) está prevista na respectiva lei, na PPP a lei 11.079/2004 prevê que esta [matriz de risco] deve ser discriminada no próprio contrato celebrado entre as partes. É esse aspecto que traz mutabilidade a esta espécie de contrato administrativo e o diferencia dos demais, tanto que nos contratos regidos pela lei 8.987/1995 os riscos são suportados, em regra, pelo concessionário.

A lei também especifica que a gestão do risco deve ser “objetiva”¹⁸, ou seja, de acordo com o objeto do contrato, mas sem incorrer em subjetivismos. A regra será a assunção do risco segundo a capacitação técnica e econômica de cada parte, de acordo com a maior capacidade de absorver determinado risco a um custo menor para se evitar desequilíbrios econômico-financeiros.¹⁹ A Constituição da República também prevê que os contratos de obras e serviços públicos deverão assegurar obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta (art. 37, XXI).²⁰

O desequilíbrio econômico-financeiro é a quebra das condições iniciais formadas pelas obrigações assumidas quando da assinatura do contrato e respectivo direito de receber a

¹⁸ Lei 11079/2004. Art. 4º. Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

¹⁹ Nesse sentido a lei 8.666/1993 também prevê, no art. 65, II, d, que “ Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: II - por acordo das partes: d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

²⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

competente contraprestação financeira (MELLO, 2009). Para Hely Lopes Meirelles, esse equilíbrio “é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste” (2011, p. 221), que deve ser mantida durante toda a contratualidade a fim de evitar o enriquecimento sem causa. Ao poder público caberão os riscos residuais que se imagina seriam inadequadamente geridos pelo parceiro particular evitando-se, desta forma, possíveis danos subjacentes (GUIMARÃES, 2008).

A repartição de riscos entre as partes no contrato deve, inclusive, prever aqueles [riscos] relativos a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e *álea* econômica extraordinária (art. 5º, III, lei 11.079/2004), fatos considerados imprevisíveis e inevitáveis. Administrativamente tem-se como *álea* extraordinária: (a) alteração unilateral²¹ do contrato em razão da supremacia do interesse público²²; (b) o fato do príncipe, previsto em lei, consistente em ato geral do poder executivo que reflete direta ou indiretamente no contrato²³; e (c) fato omissivo ou comissivo da administração que implica em impossibilidade ou dificuldade na continuação do contrato.

Não apenas estes, mas quaisquer riscos podem ser alocados e divididos em um contrato de PPP, exceto o risco negocial ou empresarial, inerente ao negócio, que será de responsabilidade do parceiro privado. A assunção do risco do negócio pelo ente público contraria os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público²⁴, além da razoabilidade e moralidade.

O risco decorre da *álea*, que pode ou não ocorrer, mas deve estar originariamente prevista, sendo, em razão desta [previsibilidade], classificada em ordinária ou extraordinária.

²¹ Observada a limitação imposta pela lei 8.666/1993, art. 58, I: “O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado”.

²² A noção de interesse público tem sido afirmada pela doutrina e pela jurisprudência como um princípio estruturante do direito administrativo. Conquanto seja interesse da coletividade, incluindo-se interesses individuais tutelados pelo ordenamento jurídico, o seu conteúdo nuclear é composto por princípios constitucionais, logo, a supremacia do interesse público é também da Constituição (*in* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Noção Jurídica de Interesse Público no Direito Administrativo Brasileiro*. p. 89-116. Direito Administrativo e Interesse Público. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe [coord]. São Paulo: Forum, 2010, p. 112).

²³ A exemplo a elevação de impostos sobre determinado insumo repercutindo e até mesmo inviabilizando o preço da obra contratada. É um ato indireto da Administração.

²⁴ Há que se ressaltar que embora a administração possa alterar unilateralmente o contrato administrativo em razão do interesse público, ao parceiro privado ser-lhe-á garantido o direito ao equilíbrio econômico-financeiro. Deste modo, na hipótese do ajuste inicial entre os parceiros comerciais seja alterado, causando prejuízo ao particular, este terá de ser indenizado.

Sendo previsível, é ordinária, inerente ao negócio e deve ser assumida pelo empreendedor particular; se imprevisível, é extraordinária, podendo ser administrativa ou econômica (DI PIETRO, 2010) e ficará a cargo da parte melhor capacitada para lidar com a situação problema que se vislumbrar.

“Risco”, em termos gerais, é o perigo de um objeto de uma relação jurídica vir a perecer ou deteriorar-se (PEREIRA, 1998); já para a economia, é a análise do custo-benefício do empreendimento e de sua previsibilidade, o que será essencial para a análise de retorno financeiro pelo investimento realizado (MOREIRA, 2007). A *álea*, por sua vez, é um fato incerto quanto a sua verificação ou o momento de sua verificação, abrangendo o risco.

O contrato por si só apresenta o risco ordinário de qualquer negócio (*álea* ordinária ou *álea* empresarial), já que a cobrança da tarifa deve ser suficiente para prestar o serviço, recuperar o investimento para realizar a obra, produzir lucro e remunerar os investidores.²⁵ Os riscos extraordinários devem estar previstos na lei e no contrato. A *álea* extraordinária pode ser administrativa ou econômica, sendo esta [econômica] correspondente fatos vinculados à economia global, como crises e recessões;²⁶ e aquela [administrativa] correspondente aos atos praticados pela Administração Pública (“fato da Administração”)²⁷, seja por mero descumprimento contratual, seja por ato unilateral vinculado ao poder de império.

Havendo o desajuste econômico-financeiro posterior à proposta e assinatura do contrato, pela teoria da imprevisão deverá haver a revisão do contrato ou das tarifas de modo a restabelecer o equilíbrio inicial, ainda que com reajuste de tarifas e o dever de recomposição da equação econômico-financeira inicial,²⁸ conforme disposto na lei 8.987/1995, art. 9º, §§ 3º e 4º.²⁹

²⁵ OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico (Lei 11079/2004)*, Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 169.

²⁶ Evento externo ao contrato, imprevisível e inevitável, ensejador de um exacerbado desequilíbrio econômico-financeiro, implicando na aplicação da Teoria da Imprevisão para restabelecer o ajuste inicial entre as partes (*in* MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2010, p. 652).

²⁷ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, compreende qualquer conduta da Administração, enquanto parte no contrato, que torne impossível a execução do contrato ou gere desequilíbrio econômico-financeiro (*in* *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 280).

²⁸ Essa equação econômico-financeira é baseada em comunhão de direitos e obrigações quando da celebração do contrato, observada a prevalência do interesse público, mas respeitado o objetivo de lucratividade esperado dos contratos privados.

²⁹ Art. 9º. § 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

O caso fortuito e a força maior não são distinguidas pelo Código Civil³⁰, mas convencionou-se que o primeiro [caso fortuito] decorre de ação humana, enquanto que o segundo [força maior] vincula-se a eventos da natureza. O direito administrativo também não faz diferença na aplicação dos institutos, conceituando-os como causas alheias ao controle ou à vontade de alguém e insuscetíveis de impedir, motivos pelos quais afastam a responsabilidade (JUSTEN FILHO, 2010).

Diversas são as possibilidades da ocorrência do risco, sendo mais frequentemente observados os chamados (a) riscos econômico-financeiros; (ii) riscos jurídicos; (iii) riscos políticos; (iv) e riscos legislativos (PEREZ, 2006). Cada parceria envolverá uma repartição de risco específica, de acordo com a natureza da atividade a ser desenvolvida. Especificamente pode-se citar o risco na construção da obra pública, além da edificação em si, a qualidade (JUSTEN FILHO, 2010) da obra, além de riscos secundários, como a liberação do financiamento do projeto, danos a terceiros ou usuários etc.

Mister consignar que a teoria da imprevisão, corolário da teoria do risco, não alcança a *álea* ordinária, ou seja, pelo risco do negócio em si. Portanto, em caso de fracasso de retorno financeiro do convênio celebrado com o poder público o particular amargará os prejuízos sem qualquer cobertura do Estado.

II – Dos Custos para a Edificação de Obras Públicas

II.i – Parcerias Público-Privadas e Obras de Infraestrutura

Em que pese não ser a concessão de obra pública a solução para todos os problemas financeiros do Estado, é um importante instrumento catalisador do desenvolvimento e modernização da infraestrutura em casos como: (a) obras de alta ou razoável rentabilidade, que admitam o autofinanciamento; (b) garantia de manutenção das tarifas contratualmente fixadas e reajustadas; (c) compatibilidade entre a tarifa e a capacidade financeira do usuário; (d)

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

³⁰ Nesse sentido, vide o art. 393, segundo o qual “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

garantia de não modificação das regras do jogo; (e) manutenção do risco econômico por conta do concessionário e do risco político e social pelo Estado etc (WALD e MORAES, 2010).

Os contratos de parceria público-privada para a construção de obras de infraestrutura demandam elevados investimentos e projetam grande retorno financeiro. Normalmente são viabilizados a partir de financiamentos externos, o que geram riscos para ambas as partes envolvidas, mormente porque obras inacabadas não costumam ter utilidade para outros projetos, logo, os investimentos acabam perdidos.

Em razão da complexidade das obras, do porte do investimento em infraestrutura, os valores envolvidos, a aquisição de bens de longa durabilidade, o tempo médio de conclusão também é mais demorado.

A participação do Estado também é justificada pelas várias externalidades decorrentes das obras de infraestrutura. Para os empresários, são meios de escoamento de suas mercadorias e produtos, aberturas de novos mercados etc; para a sociedade, qualidade de vida, em geral.

II.ii – Tarifa Pública e Taxa de retorno

Na prestação dos serviços públicos vigoram cinco princípios: permanência, o qual impõe a continuidade do serviço; generalidade, o qual impõe o serviço igual para todos; eficiência, o qual impõe a atualização do serviço; modicidade, o qual impõe tarifas razoáveis; e cortesia, o qual impõe um bom tratamento para com o público (MEIRELLES, 2002).

Os serviços públicos podem ser gerais ou individuais, também sendo chamados, respectivamente, de *uti universi*, quando são prestados para um conjunto de pessoas indeterminadas ou indetermináveis, atingindo toda a coletividade, como o serviço de polícia, iluminação pública, calçamento etc.; e *uti singuli*, sendo possível determinar os usuários do serviço público e mensurar sua respectiva utilização, como ocorre com o telefone, a água, a energia, o transporte, entre outros (MEIRELLES, 2002). Depreende-se da Constituição da República que os serviços públicos gerais são remunerados através dos impostos (art. 175, I) enquanto os individuais o são mediante paga de taxas (art. 175, II) ou preços públicos (LAZARI, 2011).

Quando o Estado exerce poder de polícia a contraprestação se dá por meio do pagamento de taxa. Na hipótese, contudo, do Estado engendrar instrumentalidades particulares, em regime privado, ainda que sob concessão (CR, art. 175),³¹ para prestar serviços públicos de utilidade (tais como fornecimento de energia, água, luz, transporte, entre outros), seria o regime de preços públicos (tarifas).

O preço decorre da manifestação da vontade (regime contratual – *ex contractu, jus gestionis*), portanto, autônoma, havendo facultatividade. No preço de origem pode haver desfazimento do negócio, submetendo-se ao regime de Direito Privado, adequados para remunerar atividades estatais delegáveis, impróprias (COELHO e DERZI, 2011). No caso de regime contratual, portanto, adota-se o preço público. Os macrosserviços de interesse público, como transporte público, fornecimento de água e energia elétrica, telefonia, entre outros, são bons exemplos daquelas relações jurídicas em que os usuários firmam contratos para usufruir das respectivas utilidades (COELHO e DERZI, 2011).

Nos contratos de concessão, em que a Administração delega ao particular a prestação do serviço público, lhe é assegurada a remuneração mediante pagamento de tarifa pelo usuário, respeitados os princípios administrativos, em especial o da modicidade (DI PIETRO, 1992). Com ou sem patrocínio público, se o preço estiver adequado ao contrato e as condições inicialmente pactuadas estiverem mantidas, os riscos estão afastados e a equação econômico-financeira estará estável.

III – A Cooperação na Gestão do Risco

III.i – Cooperação entre os parceiros público e privado

Quanto maior a segurança na realização do negócio, com a previsão inicial de riscos oriundos do contrato, menores serão os custos de transação e, conseqüentemente, mais adequado – e possivelmente menor – será o valor da tarifa ao usuário.

A teoria econômica da barganha é um exemplo de cooperação mútua. Esse modelo mostra que a cooperação resulta em ganhos recíprocos, através do excedente criado. “O fato

³¹ Art. 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.

das partes poderem negociar é uma vantagem da negociação ou dos jogos cooperativos em comparação com outros jogos (chamados de *jogos não cooperativos*), como por exemplo o famoso Dilema do Prisioneiro.³² Se as negociações fracassam e as partes não conseguem cooperar, sua tentativa de transferir recursos para um uso mais valioso irá fracassar, e elas não criarão um valor adicionado” (COOTER e ULEN, 2010).

Direito, justiça e moral nem sempre podem ser perfilhadas em uma mesma situação, tampouco podem ser utilizadas como sinônimos.³³ Enquanto a justiça é, em geral, um princípio moral, definidor de uma situação justa ou injusta a partir de conceitos pessoais de moralidade, o direito é o conjunto de regras que regula o convívio social. Contudo, mesmo que justiça não seja definida tal qual o direito, o conceito de justiça distributiva³⁴, enquanto distribuição justa, equitativa e apropriada pela sociedade, de acordo com normas que estruturam os termos da cooperação social, estará presente sempre que uma pessoa receber benefícios ou encargos devidos à sua propriedade (PINHEIRO e SADDI, 2005).

A concessão pública tem sua essência caracterizada pela cooperação entre empresários e o Estado, exigindo-se uma legislação própria para incentivar a captação de recursos e o fortalecimento econômico-financeiro das empresas concessionárias às quais deve ser assegurado este mesmo equilíbrio a fim de resultar em um bom desempenho na prestação do serviço ou na realização da obra pública (WALD e MORAES, 1996).

O fato das parcerias público-privadas normalmente serem de longo prazo também contribuem para a importância da cooperação mútua, eis que esta pode ser estável quando o futuro é muito importante para as relações, mas as partes tendem a não cooperar quando a importância do futuro diminui (AXELROD, 2010). Por este motivo, também (além dos elevados custos) os convênios público-privados tendem a ser de longo prazo e com regras iniciais claras: se fosse possível ao parceiro “desertar” na jogada seguinte, não haveria razão para cooperar.

³² Pelo exemplo histórico do Dilema do Prisioneiro, dois suspeitos são presos por acusação de comporem uma quadrilha organizada e interrogados separadamente. Caso um delate o outro, a pena do delator é abrandada e, ao revés, a do delatado é bastante aumentada. Se, no entanto, cooperarem entre si e nenhum deletar, terão ambos penas mais brandas.

³³ Remete-se à célebre frase de Abraham Lincoln (1809-1865): “o que é justo do ponto de vista legal pode não sê-lo do ponto de vista moral”.

³⁴ Há que se ter cuidado com a aplicação distributiva da justiça quando se tratam de atos comerciais, haja vista que o sistemático favorecimento da parte hipossuficiente (meramente em razão dessa condição) em um processo judicial desestimulará os negócios com esta parte considerada mais fraca.

A PPP é o instrumento viabilizador da participação do setor privado na prestação de serviços e obras públicas: enquanto o particular oferece sua capacidade de investir e de financiar o empreendimento o setor público, em contrapartida, garante a satisfação do interesse público, mediante o estabelecimento de indicadores de desempenho, passíveis de controle e gestão do bem ou do serviço prestado à coletividade.

Os mecanismos idealizados para partilhar os riscos em uma parceria público-privada visam atrair a iniciativa privada, haja vista que o poder público, a inadimplência dos entes federados e a burocracia estatal costumam ser entraves para aportes de investimentos privados em obras públicas.³⁵ Essa falta de confiança do mercado privado, baseado no descrédito das instituições pátrias, na instabilidade política e econômica, é uma das razões para a implementação desse sistema cooperativo.

A possibilidade de vinculação de receitas públicas,³⁶ a instituição de fundos especiais e garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal até R\$ 6 bilhões (lei 11.079/2004, art. 8º, II e V; e art. 16), a segurança trazida pelo processo licitatório (lei 8.666/1993), além do compartilhamento dos riscos, entre outros, cumprem com o papel de incentivar a iniciativa privada a investir em obras e serviços públicos.

Ademais, a clareza nas regras do jogo é crucial para atrair o capital privado, motivo pelo qual desde o edital todas as exigências públicas devem estar descritas detalhadamente, vindo a ser complementadas quando da efetiva celebração do contrato, informações necessárias para a liberação de financiamentos bancários, estes essenciais para a realização das grandes obras de infraestrutura.

³⁵ Cerca de 50% dos empresários não fazem ou evitam fazer negócios com o setor público, segundo estudos de Armando Castelar Pinheiro in ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 108.

³⁶ Nesse sentido vide art. 8º, I, da lei 11.079/2004 ("As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal) e art. 167, IV, da Constituição da República ("São vedados: a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;").

Outro importante fator para o sucesso do convênio é a possibilidade de resolução de conflitos pela via da arbitragem (lei 11.079/2004, art. 11, III).³⁷ Os empresários costumam preferir a decisão técnica do árbitro à decisão judicial, em grande parte em razão da morosidade do poder judiciário brasileiro³⁸ e devido às constantes relativizações dos contratos,³⁹ gerando insegurança. Um sistema que funciona bem deve ostentar quatro habilidades: baixo custo e decisões justas, rápidas e previsíveis, em termos de conteúdo e de prazo (PINHEIRO, 2008).

O poder judiciário acabou se tornando uma alternativa ainda mais distante para a solução dos conflitos, já que o contrato define as regras entre as partes (a lei prevalece apenas em caso de conflito entre um e outro), porém, na prática do mercado são os tribunais arbitrais que substituem o judiciário. Mormente porque este é visto como ineficiente, de baixo custo-benefício, moroso, imprevisível e caro (PINHEIRO e SADDI, 2005).

Se bem identificados os riscos antes do negócio jurídico ser celebrado, maiores e mais eficientes serão as formas de eliminação ou mitigação destes [riscos], além de possibilitar a gestão dos mesmos com a alocação entre as partes conforme melhor puder cada qual solucionar, conforme suas habilidades técnicas.

A garantia do Estado quanto às condições inicialmente pactuadas, mantendo-se incólume a equação econômico-financeira serve, também, como medida de justiça, daí resulta o sucesso potencial das parcerias público-privadas. Embora normalmente se considere as hipóteses de recomposição do equilíbrio apenas em favor do parceiro privado, que assume os riscos do negócio, há que se registrar que a cooperação entre os parceiros deve ser estendida para o parceiro público na mesma proporção sempre que o desequilíbrio do contrato o atingir,

³⁷ Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

³⁸ Cerca de 87% dos empresários consideram a agilidade do judiciário como péssima (60,9%) ou ruim (27,6%), segundo estudos de Armando Castelar Pinheiro in ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 108.

³⁹ Mais de 80% dos empresários consideram importante para os negócios a falta de garantia e respeito às cláusulas contratuais, segundo SADEK, Maria Teresa (Coord). *Magistrados Brasileiros: caracterização e opiniões*. Disponível em <<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/PesquisaAMB2005.pdf>>. Acessado em 31/07/2013. Além disso, pergunta realizada por Bolívar Lamounier e Amaury de Souza, demonstra que havendo conflitos entre os contratos e o interesse de segmentos sociais menos privilegiados, enquanto 72% dos empresários entendem que os contratos devem ser sempre respeitados; 61% dos magistrados consideram que o juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos (in PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 7).

como, por exemplo, se houver problemas de eficiência ou qualidade na execução do objeto contratado, eis que o que estará efetivamente em risco é o interesse público.

Ao tratar de eficiência remete-se ao teorema de Coase, segundo o qual a regra jurídica deve incentivar a eficiência através da cooperação entre as partes. Isso porque, “Quando os custos de transação são suficientemente altos para impedir a negociação, o uso eficiente dos recursos dependerá da maneira como os direitos de propriedade são atribuídos” (COOTER e ULEN, 2010).

Essa teoria bem retrata a divisão de riscos analisada sob a perspectiva da parceria público-privada à medida que respeita a capacidade de cada qual gerenciar determinado risco, sempre almejando resultados eficientes para ambos. Um exemplo clássico disso é o litígio entre o pecuarista e o agricultor que, sendo vizinhos, o gado do primeiro invade a plantação do segundo, causando-lhe prejuízos. A solução é a instalação de uma cerca, no entanto, cercar a propriedade com criação de gado é mais custoso do que cercar a plantação. Sendo obrigação do pecuarista instalar a cerca, porém, de interesse do agricultor a instalação da mesma, a cooperação entre ambos resultaria na instalação de cerca pelo pecuarista no entorno da plantação (e não em sua propriedade, que ser-lhe-ia mais onerosos) (COOTER e ULEN, 2010).

Essa é a maximização dos lucros almejada pelo parceiro privado e a consolidação da obra pública exigida do poder público no convênio de uma parceria público-privada. No caso exemplificativo acima, se não tivesse havido negociação, o agricultor faria valer seu direito de ficar livre da invasão do gado vizinho e o pecuarista teria de cercar toda a sua propriedade. Quando as partes seguem a lei de maneira não cooperativa, a alocação jurídica de direitos afeta a eficiência.

III.ii – A Norma Indutora de Condutas e o Fortalecimento das Instituições

O direito é um indutor de condutas e um meio de solucionar conflitos (PINHEIRO e SADDI, 2005). Normalmente as sanções são mencionadas como exemplos de mecanismos de incentivo, já que, independente de questões morais, o ato ilegal será passível de punição. A realização de atos – não em detrimento, mas – em consonância com as normas jurídicas, por sua vez, explicam-se à medida que estas [normas] induzem a conduta dos agentes.

Pelo teorema de Coase a lei pode incentivar a negociação, definindo direitos jurídicos simples e claros, reduzindo os custos de transação (COOTER e ULEN, 2010). Ao permitir que os parceiros público e privado negociem (“troquem direitos”) a lei se desonera da difícil missão de alocar direitos jurídicos de maneira eficiente e minimiza possíveis prejuízos.

Por sua vez, um consistente poder de coerção na execução das leis garante um ambiente institucional estável onde os resultados econômicos a longo prazo podem ser avaliados. Neste contexto, um judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente o que significa que deve existir: a) previsibilidade nos resultados dos processos; b) acessibilidade aos Tribunais pela população em geral, independente de nível salarial; c) tempo razoável de julgamento; d) recursos processuais adequados.⁴⁰

O mercado é formado pelas trocas relacionais, nas quais os indivíduos buscam realizar seus interesses específicos. A sua função mais relevante, portanto, é ordenar a troca econômica, facilitando a circulação de riqueza e tornando o sistema eficiente. Essa ordenação seria realizada pelas normas jurídicas e o mercado deveria ser visto como uma “instituição”, não como simples local físico em que se realiza comércio (PINHEIRO e SADDI, 2005).

Esses elementos somados fundamentam uma análise econômica do direito para as parcerias público-privadas, dando conta que os aspectos econômicos e jurídicos precisam ser pensados conjuntamente para um resultado eficiente:

Assim, não há como debater mercados sem direito ou economia, em especial se considerarmos que se trata de uma instituição que, antes de mais nada, é uma estrutura de relações humanas. A escolha de mercado não é puramente racional, nem o resultado do processo científico de combinação de custo-benefício; ela leva em conta, muito mais, a *interpretação* de determinados *significados*, em esquemas de incentivo/desincentivo. (...) A par do conceito de mercado, entretanto, está sedimentada a ideia de que o Direito detém o monopólio da violência, de que sua unicidade se sobreporia às suas multiplicidades de valores e interesses, de que existe a supremacia de certos princípios e de que normas primeiras fundamentam as demais, num sistema hierárquico e ordenado (PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 16).

⁴⁰ Disponível em <<http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf>>. Acessado em 16/01/2014.

Assim porque normas jurídicas eficientes geram desenvolvimento mesmo em ambientes públicos, onde prevalecerá o interesse coletivo. As parcerias público-privadas são um importante instrumento para equilibrar interesses de ambos.

CONCLUSÃO

A participação do capital privado no setor público é uma realidade. Ao longo do trabalho restou demonstrado que o Estado de Bem Estar Social não é capaz de prestar à sociedade todos os serviços públicos necessários, tampouco empreender todas as obras públicas que possibilitem pleno desenvolvimento social e econômico.

Daí porque as concessões assim como as licitações vêm ganhando cada vez mais espaço não apenas em obras doutrinárias, mas também em contratos administrativos. O Estado interventor passou sistematicamente a transferir algumas de suas atribuições aos particulares mediante concessões, com isso buscou alavancar setores que se mostravam relegados ao segundo plano, como infraestrutura.

Ocorre que o modelo econômico liberal adotado pelo capitalismo exige que as atividades econômicas desenvolvidas pelos setores privados gerem riquezas, ou seja, se mostrem superavitárias, lucrativas. Então, o investimento privado somente será realizado em áreas determinadas, com projetos sólidos, que possibilitarão retorno financeiro aos aportes de capital.

Mais do que isso, o modelo de concessões da lei 8.987/1995 exauriu a expressão “por sua conta e risco”, que significa a assunção do ônus integralmente pelo concessionário. Em meio às oscilações do mercado e a consolidação da lei e seus reflexos práticos, passou-se paulatinamente a haver menor interesse do setor privado em obras caras e pouco lucrativas cedidas pelo poder público.

A reformulação trazida pela lei 11.079/2004 ao instituir a Parceria Público-Privada foi de suma importância para atrair novamente o investimento privado, tão necessário para compor os consórcios de obras públicas. Prestar serviços adequados e de qualidade, bem como edificar obras com esses mesmos predicados é oneroso e restritivo. Poucos capacitados e ainda menos interessados precisam se convencer da viabilidade do negócio para investir. Mesmo porque, em

regra não se trata de uma negociação simples, pelo contrário, envolve, além dos parceiros público e privado, investidores, financeiras, instituições e profissionais diversos.

Dentre os custos de transação sem dúvida os riscos do negócio são os mais perversos, eis que podem implicar na falência do investidor. Relativamente aos riscos naturais e decorrentes de qualquer atividade empresária não se pode transigir, porém, riscos extraordinários, os quais sempre estiverem ao encargo do particular, sim.

O gerenciamento do risco inicialmente, com editais claros, técnicos e com pouca assimetria de informação contribui sensivelmente para o aumento do interesse privado na realização de obras públicas. Mas o compartilhamento do risco, com a divisão equitativa dos riscos a partir do parceiro mais habilitado econômica, técnica e juridicamente é fundamental para o sucesso da parceria.

A partir do momento que o parceiro público também se responsabiliza em caso de insucesso do empreendimento, garantindo a equação econômico-financeira inicial, que previa lucro para o investidor privado, muito maiores são as chances de as obras públicas saírem do papel.

Não apenas o contrato deixou de ter natureza pública, mas toda a relação passou a se analisar sob a ótica do direito privado, da relação contratual. Tanto que as garantias financeiras prestadas pelo poder público garantirão o cumprimento das obrigações por si assumidas. O empresário naturalmente desconfiado em negociar com o poder público tem a garantia econômica e também a judiciária. Receosos com a calamitosa situação do poder judiciário, adredemente envolvido em morosidade e instabilidade de suas decisões, constantemente reformadas ou alteradas por mudanças de entendimento, o contrato de PPP pode ser objeto de arbitragem, tida como célere e confiável pelo capital privado.

O recrudescimento da colaboração entre setores público e privado gera ganhos recíprocos, mormente em relações de longo prazo, como é o caso das obras de infraestrutura e da potencial taxa de retorno. As instituições se fortalecem à medida que as regras do jogo são claras e há interesses mútuos (embora distintos) em pauta, e a norma, por sua vez, ao possibilitar essa conduta dos agentes econômicos, induz condutas com resultados de externalidades positivas, maximizantes do lucro para o particular e assecuratórias da finalidade social para o poder público.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (2005). Magistrados Brasileiros: caracterização e opiniões. Disponível em <<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/PesquisaAMB2005.pdf>>. Acessado em 12/01/2014.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (1996). O SETOR JUDICIÁRIO NA AMÉRICA LATINA E NO CARIBE: ELEMENTOS PARA REFORMA. Disponível em <<http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf>>. Acessado em 12/01/2014.

AXELROD, Robert. A evolução da cooperação. São Paulo: Leopardo Editora, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Noção Jurídica de Interesse Público no Direito Administrativo Brasileiro. p. 89-116. Direito Administrativo e Interesse Público. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe [coord]. São Paulo: Forum, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BLANCHET, Luiz Alberto. Concessão de Serviços Públicos: comentários à Lei 8.987/95 e à Lei 9.074/95 com as inovações da Lei 9.427 de 27 de dezembro de 96 e da Lei 9.648, de 27 de maio de 1998. 2 ed. Curitiba: Juruá, 1999.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. Direito e Economia. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2009.

GABARDO, Emerson. Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri, SP: Manole, 2003.

GABARDO, Emerson. Princípio Constitucional da Eficiência. São Paulo: Dialética, 2002.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A repartição de riscos na parceria público-privada. In Revista de Direito Público de Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 157-171, out/dez 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2010. JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In. SUNDFELD, Carlos Ari. [coord]. Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Riscos, incertezas e concessões de serviço público. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 35-50, out/dez 2007.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico (Lei 11079/2004), Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Forum, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e Economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In TIMM, Luciano Benetti [org]. Direito e Economia. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. Comentários à lei de PPP – parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996.

WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. O Direito de Parceria e a nova lei de concessões (Análise das leis 89887/95 e 9074/95). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ZYLBERSZTAJN, Decio. Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

Revista Bonijuris, v. 23, n. 566, JAN/2011. LAZARI, Rafael José Nadim. O inadimplemento do usuário e o princípio da continuidade na prestação dos serviços públicos.

Revista Dialética de Direito Tributário, n. 194, NOV/2011. COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. A diferença jurídica entre taxa (tributo) e tarifa (preço), seja pública, privada ou política.

Revista Dialética de Direito Tributário, n. 194, NOV/2011. COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. A diferença jurídica entre taxa (tributo) e tarifa (preço), seja pública, privada ou política.