

AS PPP - PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS: BREVE ANÁLISE JURÍDICA

Ivan Barbosa Rigolin*

SUMÁRIO: 1. A origem desta idéia; 2. A divisão da Lei nº 11.079, de 30.12.2004; 3. Disposições preliminares: As normas gerais em licitações de PPP (arts. 1º a 4º); 4. Dos contratos de parceria público-privada (arts. 5º a 7º); 5. Das garantias (art. 8º); 6. Da sociedade de propósito específico (art. 9º); 7. Da licitação (arts. 10 a 13); 8. Disposições aplicáveis à União (arts. 14 a 22); 9. Disposições finais (arts. 23 a 30).

1. A origem desta idéia

Alguém já denominou de *invenção da roda* às recentes parcerias público-privadas, desde logo designadas pela sonora sigla PPP, que passam por ser obra do atual governo federal – e a sigla ao menos o é.

Mas *nihil novi sub soli*, diziam os romanos, a significar que nada existe de novo sob o sol, nem na natureza nem na obra humana. As idéias ditas brilhantes, segundo essa assertiva correta quase sempre, em geral não são originais, e alguém já as concebeu no passado, idênticas ou muito assemelhadas, e quando novamente alguém as apresenta como usas ou está plagiando alguém ou sem saber apenas repete, quicá sob roupagem diversa, algo que já fora anunciado.

Neste caso das PPP a sua idéia central de institucionalizar colaboração entre o poder público é da mais remota antigüidade, ao tempo provável em que o primeiro administrador público se deve ter dado conta da impossibilidade de o poder público, isolado e sempre a depender de tributos, realizar uma boa e eficaz administração – e daí inevitavelmente lhe terá espoucado a idéia, de resto óbvia, de que precisaria contar com a colaboração da iniciativa privada para fazê-lo. A partir desse prosaico e hipotético ensejo, nada se fez senão progressivamente aperfeiçoar as instituições relativas àquela indispensável co-gestão, colaboração, participação, parceria, cooperação entre a administração pública e os particulares, ansiosos de auxiliá-la em seu duro mister.

Em nosso país os *convênios* de cooperação entre o poder público e a iniciativa privada, sobretudo a empresarial, são antigos e tradicionais, e a cada dia mais exercitados na medida em que os governos se revelam mais e mais impotentes para exercer sua função precípua de

*Advogado e professor universitário em São Paulo.

governar como deles minimamente se espera. A cada dia que se sucede, ante a magnitude insuportável dos problemas públicos, com efeito, a participação privada e particular nos atos de governo são mais relevantes e imprescindíveis aos próprios governos, e integram as políticas governamentais com intensidade geometricamente crescente., a tal ponto que certos serviços às comunidades, se de repente cessasse a colaboração público-privada, simplesmente não teriam como ser mantidos.

Um só exemplo de atividade esclarece o afirmado: *manutenção de estradas federais*. O governo federal de há décadas não sabe o que é isso. De tanto não a exercer, esqueceu o que significa, e as estradas federais converteram-se em trilhas de montanhismo selvagem, em cujo percurso cabras montesas correm grave risco de acidentes. Ilustram as crateras lunares, marcianas e venusianas, com buracos de terceira geração, n'alguns dos quais se pode praticar espeleologia. As pontes caem sem aviso, e grotões e precipícios se abrem em bocas com centenas de metros. Não se pode afirmar que o serviço de manutenção nesse caso é mau, porque algo para ser mau antes precisa existir, e, o que não existe, mau não será.

De duas uma, ainda nesse caso: ou o governo "terceiriza" suas estradas, adotando alguma forma de colaboração entre o poder público e a iniciativa privada, ou as estradas continuam inexistindo como vias de transporte, e não de aventura. Celebram-se então contratos de *concessão de serviço público* (manutenção) *precedidos de obra pública* (pavimentação, reformas, reestruturação, edificações marginais necessárias), ou ainda diretamente contratos de *concessão de obra pública*, ou ocasionalmente o poder público outorga termos de *permissão de serviço público*, porém seja qual for a forma de colaboração, eis aí exemplos, correntios do dia-a-dia, de *parcerias público-privada*, ou de parcerias entre o governo e a empresa, ou de participação do particular no governo para a prestação de serviços públicos, e para a edificação de obras públicas.

Se neste momento o rótulo da moda é *parceria público-privada* amanhã por certo o título será outro, conforme se instaure novo governo e resolva impor seus peculiares modismos, mas o único certo é que cada novo governo tentará vender a imagem de haver criado instrumentos administrativos inéditos e revolucionários, quando o máximo que provavelmente fará é dar novos batizamentos a velhíssimos institutos, e novos patenteamentos a antiqüíssimas invenções.

Cada novo governo que se sucede, a seu tempo, inventa a roda e descobre o fogo, e os quer registrar na história como seus. A moda de plantão, neste momento, ano de 2.005, chama-se *PPP – parcerias público-privadas* - até o próximo governo. As PPP constituem, para utilizar linguagem biológica, uma *subespécie* das espécies de concessão, daquelas previstas na lei das concessões. São concessões de serviço, ou de serviço precedido de obra, exatamente como constam do art. 2º, incs. II e III, da lei das concessões, porém sob modalidades novas, sejam a *concessão patrocinada* ou a *concessão administrativa*, a constituir subdivisões daquelas divisões que já existiam. Não revogaram as demais concessões da Lei nº 8.987/95, nem interferem com as licitações da L. 8.666: são, apenas, subespécies de concessões tradicionais, que já existiam na lei de concessões.

Seu veículo, após longa, espalhafatosa e rebarbativa discussão no Congresso e na sociedade – como se de fato fora necessária – é a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2.004, que por dever de ofício, numa obra como esta sobre licitações, se passa a examinar passo a passo, em breve varredura.

2. A divisão da Lei nº 11.079, de 30.12.2004

A Lei nº 11.079/04, na sua redação originária, contém 30 (trinta) artigos, dispostos em sete Capítulos, respectivamente (I) *Disposições preliminares*, (II) *Dos contratos de parceria público-privada*, (III) *Das garantias*, (IV) *Da sociedade de propósito específico*, (V) *Da licitação*, (VI) *Disposições aplicáveis à União*, e (VII) *Disposições finais*.

Examinemos itemizadamente cada Capítulo, em *varredura* eminentemente jurídica e por isso desprovida de todo o aprofundamento que cada tema poderá ensejar sob outros enfoques, destacando a cada momento em que se inicia um artigo.

Esse fenômeno aliás se vem repetindo na legislação brasileira mais recente, de se dividir a matéria da lei, de modo nitidamente rígido, em “parte jurídica” e parte financeira, ou econômica, ou administrativa, ou técnica de outra área dificilmente comunicável com o direito, ainda que todas a integrar um todo harmônico para sua finalidade.

Cada tópico a seguir repete a denominação de cada Capítulo da lei das PPP, e dentro de cada qual será indicado o início do breve comentário jurídico a cada artigo.

3. Disposições preliminares. As normas gerais em licitações de PPP

O Capítulo contém quatro artigos.

Art. 1º

O art. 1º abre o texto da lei declarando instituir “*normas gerais* para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, e o grifo é nosso. O parágrafo único desse art. 1º estende a aplicação da lei a todas as entidades e a todos os órgãos públicos brasileiros, além de também aos fundos especiais e a entidades controladas direta ou indiretamente pelo poder público.

É que, sendo normas gerais o que a lei veicula, não poderia ser diferente a sua aplicabilidade, devendo-se-a entender absolutamente ampla e abrangente, na forma do art. 25, e seus §§, da Constituição Federal.

E poderia a União ditar normas gerais sobre esse assunto aos entes públicos de toda esfera? A resposta, pelo cuidadoso teor do art. 1º, é *afirmativa*, pois que se preocupou bem logo a lei em rezar que introduzia normas gerais de *licitação e contratação* de PPPs, e não

“normas gerais de PPP”, o que seria desde logo contestável, à falta dessa autorização na Constituição. Como, porém, são licitações e contratações o explicitado objeto da lei, então poderiam ser do que quer que fosse para admitir normas gerais, já que pelo inc. XXVII, do art. 22, da Carta, compete à União *ditar normas gerais sobre licitação e contratação*.

Art. 2º

O art. 2º define a PPP como sendo “o contrato administrativo de concessão, *na modalidade patrocinada ou administrativa*”, e grifamos, essas modalidades constituindo a novidade da lei, a exigir definição, que vem logo a seguir. O § 1º, do art. 2º, define *concessão patrocinada* de serviços públicos, ou de obras públicas, quando essa concessão envolver, além da tarifa que é tradicionalmente paga pelos usuários ao concessionário, também alguma *contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado*. A *concessão administrativa* está definida na lei, art. 2º, § 2º, como o contrato de prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. E, por fim, o § 3º, deste art. 2º, reza o óbvio de não constitui PPP a concessão comum, que não contenha a contraprestação referida na concessão patrocinada. Comentemos este art. 2º, até este ponto.

Está instituída – porque ao que se sabe não existia formalmente criada como aqui – uma forma de concessão de obra ou de serviço, dentre aquelas mesmas previstas na lei federal de concessão e de permissão de serviço, a Lei nº 8.987/95, que, de fato novo, envolve uma contraprestação pecuniária que o poder público deve pagar ao parceiro privado; trata-se de um pagamento em dinheiro e não em bem, porque está consignada na lei a expressão “*contraprestação pecuniária*”. Será devido esse pagamento pelo motivo declinado já desde no edital até no contrato da concessão, e que pode variar de alfa a ômega, dependendo da natureza e dos contornos de cada objeto em concessão. Havendo essa contraprestação, tem-se a figura da concessão patrocinada, já que o poder público nessa hipótese *patrocina* o concessionário, e essa é uma das duas hipóteses de PPP.

A outra espécie de PPP é a concessão *administrativa*, que aparentemente *não é concessão*, mas apenas um contrato administrativo de serviços, e se dá sempre que a Administração é direta ou indireta usuária desses serviços, haja ou não a construção de obra, ou ainda o fornecimento e a instalação de bens, envolvidos no contrato. Quando portanto, o poder público é usuário do mesmo serviço que contratou a terceiro, então a esse específico contrato a Lei nº 11.079/04 denomina concessão administrativa. A impressão que fica da leitura do § 2º é a pior possível, pois se queda o leitor, num primeiro momento, sem saber se a concessão administrativa é ou não é concessão, e pelo só texto *não é*, pois que o § 2º a define apenas como sendo “o contrato de prestação de serviços”, jamais dizendo que esses serviços são concedidos. Assim, como se pode conceber denominar concessão administrativa um simples contrato de prestação serviços, que não seja de concessão? Lendo-se o art. 3º da lei, entretanto, desfaz-se o impasse, e fica evidenciado que o contrato de prestação de serviços referido no § 2º, do art. 2º, é, sim, contrato de concessão de serviços, como adiante restará claro.

O § 4º, deste art. 2º, proíbe a celebração de contrato de PPP se o valor envolvido for menor que vinte milhões de reais (inc. I), ou cujo prazo seja inferior a cinco anos (inc. II), ou por fim que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, ou o fornecimento a instalação de equipamentos, ou por fim a execução de obra pública (inc. III). São dispositivos, ainda que de aparência casuística, de meridiana clareza, sendo mesmo que o do inc. III já é rebarbativo e desnecessário, pois que apenas repete a proibição de PPPs que de outra forma já consta, como proibida, no § 3º. No mais do §, fica evidente que os objetos dos contratos de PPP hão de ser de alto valor e de longo prazo.

Art. 3º

O art. 3º prevê que as concessões administrativas, a que se refere o art. 2º, § 2º, regem-se pela Lei nº 11.079/04, com aplicação adicional de alguns dispositivos da lei de concessões de serviços, estritamente relacionados com as concessões de serviço, o que somente em si já demonstra que os contratos de prestação de serviço referidos no § 2º, do art. 2º, são de fato contratos de concessão de serviço. Quando, adicionalmente, este dispositivo manda aplicar o art. 31, da Lei nº 9.074/95, que dispõe sobre prorrogação de concessões, então se reforça aquela convicção.

O § 2º, do art. 3º, prevê, outra vez chovendo sobre o molhado, que as concessões comuns não se regem pela Lei nº 11.079, e sim pela lei sob a qual foram celebradas... mas era necessário isso? Podia acaso a nova lei mudar o *fundamento* de contratos anteriores?

O § 3º, deste art. 3º, outra vergonha de prolixidade e ignorância jurídica, informa que os contratos regidos pela L. 8.666 continuam por ela regidos, e também que os contratos que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa. Pergunta-se: como poderia existir algum contrato de concessão patrocinada ou administrativa, se essa modalidades de concessão apenas surgiram no direito com esta Lei nº 11.079/04?

A teor somente destes §§ 2º e 3º, do art. 3º, já é possível asseverar que se o legislador brasileiro aprendesse direito isso lhe seria de imensa utilidade. Quem lê disparates assim tão desarrazoados, se não for *macaco velho* em direito, pode passar a imaginar que algo diferente poderia se dar, e dispositivos como estes haverão de fazer por certo, como tantos outros no direito brasileiro mais recente, que alguém, menos avisado, desaprenda o que sabe de direito.

Art. 4º

O art. 4º encerra o Capítulo, e resume o mesmo rol de arengas, escritas por desocupados para desocupados, que invariavelmente se lêem nas leis administrativistas, quais discursos de formatura de colegiais e tão proveitosos quanto aquilo, relativas a princípios de administração como a eficiência, a transparência, a sustentabilidade financeira, as vantagens socioeconômicas, aos direitos relativos à cidadania, dentre outros. Nada formalmente a opor, como nada se opõe à adição de uma pedra na sopa, com a qual ou sem a qual a sopa será rigorosamente a mesma, senão o gasto de tempo, papel e tinta de alguém.

Trata-se de *parolagem flácida para dormirar bovinos*, mais um rol de princípios, daqueles que se pulam tão-logo se lê o primeiro, e que se repetem na legislação mas que nem sequer têm como ser observados porque não têm nenhuma mínima objetividade, e com isso não podem ser objetivamente exigidos, e os quais se de súbito desaparecerem ninguém jamais se recordará que um dia existiram, nem o autor. Artigo tão relevante quanto os suspensórios ou os espartilhos na moderna arte da indumentária, ou algum suplemento protético para tigres.

4. Dos contratos de parceria público-privada

Este Capítulo II, assim intitulado, contém os arts. 5º a 7º, da lei das PPP.

Art. 5º

O art. 5º estabelece outra vinculação dos contratos de PPP à Lei nº 8.987/95, a lei das concessões de serviço, dizendo que às PPP se aplica *no que couber* o art. 23 daquela lei – o que é sempre evasivo, pouco técnico, nada objetivo e impossível de precisar, e o que torna essa previsão de nenhuma objetiva exigibilidade, na medida em que ninguém pode asseverar com precisão o que cabe e o que descabe, do art. 23 da lei de concessões, a cada caso concreto de PPP -, e, independentemente daquilo, devem prever o seguinte: *inc. I* – prazo do contrato, maior que cinco e, incluindo eventuais prorrogações, máximo de 35 anos; *inc. II* – penalidades aplicáveis às partes, observada a regra da proporcionalidade ou da dosimetria da pena; *inc. III* – repartição de riscos entre as partes, inclusive nas hipóteses da al. *d*, do inc. II, do art. 65, da L. 8.666; *inc. IV* – formas de remuneração (de todos quanto devam ser remunerados no contrato) e de atualização dos valores contratuais; *inc. V* – a forma de se manterem atualizados os serviços prestados; *inc. VI* – a definição da inadimplência pecuniária do parceiro público, assim como modos e prazo para sua regularização, e quando tiver sido prestada, a forma de acionamento da garantia; *inc. VII* – os critérios objetivos de avaliação de desempenho do parceiro privado; *inc. VIII* – a prestação pelo parceiro privado de garantias de execução do contrato, observados os limites percentuais previstos na L. 8.666, e, quanto às concessões patrocinadas, também o disposto no inc. XV, do art. 18, da lei das concessões, ou seja a indicação dos dados relativos à obra e as garantias dessa parte, limitadas ao valor da obra; *inc. IX* – regras sobre o compartilhamento ente parceiro público de ganhos econômicos efetivos pelo privado, decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos que o último utilize; *inc. X* – previsão de vistoria dos bens reversíveis, incluindo retenções compensatórias, pelo parceiro público contra o privado, por irregularidades que este venha a praticar no desempenho do contrato.

Até este ponto do art. 5º temos que o elenco dos necessários conteúdos dos contratos de PPP foram também de certo modo improvisados, costurados um pouco sem-jeito de leis correlatas, e misturam matéria indispensável, como a dos incs. I a IV, com dispositivos que não se compreende bem a que vieram, como o inc. VI – porque é muito fácil saber quando o poder público é inadimplente, como é fácil saber que para alguém deixar de ser inadimplente basta pagar o que deve; e há, ainda, matéria casuística e acidentária, como o inc. IX, que detalha a minúcia da particularidade do inimaginável, de tão remoto. Complica-se a situação quando, a par de tudo isso, reza a lei que se aplica no que couber outro elenco de exigências, a do art. 23,

da lei das concessões, sendo que esse último elenco ou repete, ou conflita, ou de outro modo acaba sendo incompatível com o rol dos incs. I a X, deste artigo. O que cabe, assim sendo, e o que descabe?

A resposta é impossível, e na prática se apelará ao máximo bom-senso dos autores dos editais de PPP para compatibilizar ambas as listas de exigências, para o que, inquestionavelmente, *deverá priorizar a constante deste art. 5º, e não a do art. 23, da lei das concessões.*

Segue o art. 5º fixando no § 1º que a atualização automática de valores será aplicada independentemente de homologação pela Administração, salvo se essa rejeitar as faturas de atualização apresentadas pelo parceiro privado, hipótese em que a Administração deverá publicar na imprensa oficial as suas razões de rejeição. Não fora a exceção, não se compreenderia a razão da regra, já que não tem muito sentido precisar se homologar algo que automaticamente deve ser pago. Em caso de rejeição e publicação da razões, é de imaginar que recomeça a tentativa, pelo parceiro privado, de receber os valores a que julga ter direito, quer por contrarrazoar as razões de rejeição, quer por apresentar novo pedido, ou com outros cálculos, ou com outro fundamento de pedir.

O § 2º, deste art. 5º, apenas confere à Administração a faculdade de prever, para os contratos de PPP, condições de autorização para a transferência do controle da sociedade de propósito específico (*inc. I*); a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto (*inc. II*), e a legitimidade dos financiadores para receber indenizações por extinção antecipada do contrato (*inc. III*). Casuísmo em cima de casuísmo, teria sido mais fácil ao legislador, em vez de lucubrar tão sofridamente sobre hipóteses que por vezes podem se revelar de raríssima ocorrência, se previsse nos incisos do *caput* alguma genérica faculdade que abrangesse hipóteses como essas e ainda potencialmente muitas outras mais, visando evitar tanta *poluição* do texto legal como aqui ocorre. A mania de encompridar artigos, parágrafos, incisos e alíneas, persiste lamentavelmente como vício do legislador brasileiro, que vem confundindo quantidade com qualidade nos últimos anos, quando na verdade esses conceitos, aplicados a leis, em geral *se opõem*.

Art. 6º

O art. 6º indica quais as formas de contraprestação pecuniária em favor da Administração, ou seja do parceiro público, nas PPP, e podem ser por ordem bancária, por cessão de créditos tributários, por outorga dos outros direitos e ainda por outros meios permitidos em direito. Se pode ser por outros meios, não precisava o legislador pinçar formas específicas, como fez do inc. I ao IV. Naturalmente será o edital da licitação da PPP que o irá de antemão determinar, podendo adotar formas híbridas, combinadas ou mistas segundo entendemos, porque isso é sempre um modo admitido em direito para se saldarem obrigações pecuniárias.

O parágrafo único deste art. 6º ainda prevê que poderá ser variável a remuneração do parceiro privado, vinculadamente ao seu desempenho, conforme definido no contrato. Alguém imaginaria que isso estava proibido, se essa é a regra em imenso número de contratos de todo

gênero, inclusive administrativos, ou seja a de o contratado ganhar por produção? A impressão é a de que ao legislador *falta o que fazer*, e com isso talvez imagine que ao leitor e ao aplicador também falte.

Art. 7º

O art. 7º, com seu parágrafo, em resumo e em outras palavras fixa que a Administração apenas pagará o parceiro privado se o serviço a ser pago estiver disponível ao usuário, ou a quem dele se possa aproveitar, podendo essa disponibilidade ser parcial e não total, hipótese em que a contraprestação (pagamento) será igualmente parcial. Dispositivo inteligente e necessário na sua austeridade, ou de outro modo a lei poderia permitir à Administração prodigalizar o dinheiro público, pagando o que ainda não é fruível e com isso contrariando qualquer interesse público imaginável em contratos de PPP.

5. Das garantias

Art. 8º

Capítulo resumido ao art. 8º, fixa as formas pelas quais as obrigações pecuniárias assumidas pela Administração nos contratos de PPP poderão ser garantidas.

A garantia é uma exigência, a ser obrigatoriamente estabelecida como encargo do parceiro privado nos contratos de PPP, por força do disposto no art. 5º, inc. VIII. Diferentemente das licitações regidas pela L. 8.666, nos quais a garantia do art. 56, § 1º, é facultativa e não obrigatória, nas PPP é sempre obrigatória.

Sabendo-se isso, as formas possíveis de garantia são as seguintes: *inc. I* – vinculação de receitas, com o cuidado de não se descumprir a limitação a isso relativa, constante do art. 167, inc. IV, da Constituição; *inc. II* - instituição de fundos especiais; *inc. III* – seguro-garantia com empresas não controladas pelo poder público; *inc. IV* – prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo poder público; *inc. V* – fundo garantidor ou prestada por empresa estatal criada para esse fim específico, e *inc. VI* – outros meios admitidos em direito.

O leque outra vez é aberto, porque o último inciso escancara as portas para qualquer garantia juridicamente possível e não prevista nos incisos anteriores. Observa-se de resto a grande preocupação da lei em excluir garantidores controlados pelo governo, quer o nacional, quer internacionais, salvo se, nacionalmente, através de uma estatal cujo objeto seja especificamente o de prestar tais garantias, hipótese que a lei aceita. É que, sendo a lei um ato emanado do governo, sabe o seu autor como são os governos, e sabe com isso que, por via das dúvidas, é melhor não ser credor de governos... porém, seja assim ou não, o fato concreto é que uma parceria público-privada que na parte privada tenha entes públicos, ou semipúblicos como as empresas estatais, não poderia ter essa rotulação, nem teria natureza de parceria ente o poder público e a iniciativa privada porque seria mera aliança entre entes públicos - sem prejuízo da jocosa consideração acima.

Seja como for, a preocupação legal de obrigar a previsão de garantia nos contratos de PPP é relevante e meritória, pois se apercebeu desde logo o legislador que em contratos da magnitude, em todos os sentidos, daqueles de PPP, não teria sentido ficar desguarnecido, tanto o parceiro público quanto os usuários e beneficiários da parceria, de uma eficaz proteção contra inadimplências de todo gênero pelo parceiro privado, e desse modo não cumpria à lei se não, como fez, desse último exigir garantia de execução.

Também quanto à garantia, dentro dos limites percentuais admitidos (v. art. 5º, inc. VIII), sempre se recomenda observar o princípio da *dosimetria* ou da *proporcionalidade*, que mais não faz que prestigiar a também inafastável regra da *razoabilidade*, como a da *finalidade*, ambas que precisam sempre informar os atos da Administração.

6. Da sociedade de propósito específico

Art. 9º

Capítulo que também se resume ao art. 9º, aqui cuida a lei de obrigar o parceiro privado a constituir uma *sociedade de propósito específico* - que já tem consagrada a sigla SPE – como condição para ser contratado nas PPP. Essa sociedade é que será a incumbida de implantar e de gerir o objeto da parceria, e não a pessoa da qual se originou. Este artigo é sintético como deveria ser de regra nas leis, e, até por isso mesmo, de boa qualidade técnica.

A transferência do controle da SPE, reza o § 1º, deste art. 9º, depende de autorização da Administração, e assim deve prever o edital e o contrato respectivo. O novo controlador, por outro lado, deverá atender as exigências do art. 27, parágrafo único, da lei das concessões, e são elas 1) as relativas a capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal que o transferente apresentou, e 2) o compromisso de que cumprirá todas as cláusulas do contrato em vigor. São condições praticamente óbvias se, como manda o art. 9º da lei das PPP, a transferência do controle precisa ser expressamente autorizada pela Administração, porque não se imagina que essa aceitasse que o novo pretendente a controlador não detivesse a mesma qualificação do antigo que transfere, ou que se recusasse a cumprir rigorosamente o contrato já firmado.

O § 2º, do art. 9º, informa que a SPE pode ser sociedade aberta, com valores mobiliários negociáveis em bolsa, e o § 4º veda que a Administração pública detenha a maioria do capital votante – e com isso o controle – das SPE. Se a SPE *pode* ser sociedade aberta, isso significa que também pode não ser, ou de outro modo o verbo não seria poder, mas outro que expressasse uma ordem, um comando obrigatório.

E quanto à vedação constante do § 4º essa é mais uma evidência de que no pólo privado das PPP o poder público é realmente indesejado, pelas razões já declinadas de coerência do que signifique uma verdadeira colaboração entre poder público e iniciativa privada. A exceção a essa vedação é dada pelo § 5º, que admite apenas uma eventual aquisição do controle da SPE por instituição financeira controlada pelo poder público na estrita hipótese de inadimplência, pela SPE, de contratos de financiamento – o que se revela igualmente razoável,

na medida em que passa a ser uma obrigação de uma tal instituição financeira oficial *correr atrás do prejuízo* como se diz fora do meio acadêmico, ou seja procurar ressarcir-se de débitos não honrados pelos devedores do modo como for possível, e a assunção do controle do devedor é um desses tradicionais meios. O que é lícito esperar, entretanto, é que o ente financeiro oficial, que precisou adquirir o controle da SPE que lhe devia, desde bem logo gestione para transferir esse controle de novo para a iniciativa privada, ou de outro modo ver-se-á, outra vez, burlada a própria parceria entre poder público e iniciativa privada, já que o poder público não pode ser parceiro de si mesmo.

O § 3º, aqui fora de ordem em face da sua matéria, e por fim neste art. 9º, estabelece um duplo comando: *a)* que a SPE deverá obedecer a padrões de governança corporativa, e isso significa que esteja enquadrada em alguma forma ou espécie de sociedade disciplinada e fiscalizada por entidade fiscalizadora de exercício profissional, como ordens ou conselhos, ou, dizendo de outro modo, integrante de algum ramo suficientemente disciplinado como corporação, com regras específicas de atuação e sob controle igualmente disciplinado, e *b)* que a SPE adote contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento, e tal previsão tem a eficácia contida até que seja editado o regulamento a que se refere, ou, se já existente, sempre na sua estrita conformidade deve ser realizada a contabilidade das SPE.

Regulamentos de contabilidade privada são matéria para conselhos de contabilidade, seja o federal, sejam os estaduais, que são os entes autárquicos controladores da profissão de contabilista, e de empresas desse ramo. O que ressalta é que, sendo empresas as SPE, sua contabilidade é *privada* e nunca pública, como é pública a dos entes que integram a administração pública direta e autárquica. A lei das PPP, quanto a isso, passou longe de pretender inovar.

8. Da licitação

O Capítulo V compreende os arts. 10 a 13, e constitui o principal motivo de se comentar, nesta obra, a lei das PPP, já que trata da *licitação* dos contratos de PPP. Foram concebidas as PPP, naturalmente, para serem licitadas, e tal qual ocorre quanto aos demais contratos de concessão, a L. 8.666, repita-se, se revela absolutamente imprópria e inadequada para reger as respectivas licitações. Era preciso, por isso, que esta Lei nº 11.079/04 contivesse previsões específicas para as licitações de PPP, tal qual as equivalentes da lei das concessões, a Lei nº 8.987/95, que por isso mesmo é assaz de vezes reportada pela lei das PPP, que a manda aplicar primária ou subsidiariamente. É claro que, como “código” ou “estatuto” nacional das licitações, enfeixando as normas gerais sobre esse tema, a L. 8.666 empresta conceitos, definições, institutos e mesmo algumas regras à licitação do que quer que seja, porém, reitera-se ainda outra vez, jamais se deve imaginar que basta ela como fundamento da licitação de concessões e permissões.

Art. 10

O longo art. 10 informa que a modalidade licitatória para as PPP será a concorrência – e seria difícil imaginar um convite ou uma tomada de preços para um contrato de no mínimo

vinte milhões de reais, porém aqui mesmo já se denota o emprego de um conceito da L. 8.666, o de concorrência, que somente está definida na lei nacional das licitações, e tanto esta lei das PPP quanto a lei das concessões se aproveitam daquele conceito, sem precisar repeti-lo porque, constando da L. 8666, formalmente é *norma geral de licitação*.

O processo licitatório deverá observar: *inc. I)* autorização da autoridade competente, fundada em estudo técnico que demonstre conveniência e oportunidade da contratação sob forma de PPP, e observância às regras e às limitações impostas pela lei de responsabilidade fiscal, assim como as metas de resultados fiscais previstas em anexo desta última lei; *inc. II)* estimativa de impacto financeiro e orçamentário para todos os exercícios através dos quais durará o contrato; *inc. III)* declaração, pelo ordenador da despesa, da compatibilidade do contrato com a LDO e os orçamentos anuais da respectiva esfera; *inc. IV)* estimativa do fluxo dos recursos públicos suficientes, tanto a cada exercício quanto durante a vigência do contrato; *inc. V)* inclusão do objeto no PPA em vigor para a esfera governamental contratante; *inc. VI)* consulta pública sobre a minuta do edital, com 30 dias, no mínimo, para recebimento de sugestões de interessados; *inc. VII)* se o objeto exigir, licença ambiental ou diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento objeto, na forma de regulamento.

Ante sua clareza, e sua pouca originalidade frente à L. 8.666, pouco comentário merece esse rol de exigências do edital, resumindo-se a fatos como, no inc. IV, a possível tremenda dificuldade em se precisar de antemão o fluxo dos recursos públicos para atender um contrato imensamente vultoso e que pode durar até 35 anos, dificuldade essa que precisará ser arrostada, como for possível, por planejadores, economistas, orçamentistas e financistas públicos; ou como se saber, com precisão (inc. VII) quando exatamente e caso de licenciamento ambiental, pois que inúmeras idéias e incontáveis projetos ficam numa penumbrosa área de incerteza quanto a isso, face até mesmo à novidade do direito ambiental, objetivamente regrado, em nosso país.

O § 1º, deste art. 10, informa que a comprovação do atendimento à lei de responsabilidade fiscal, referidas no inc. I, conterà premissas e metodologia de cálculo utilizados, que devem ser compatíveis com LDO e PPA, e isto serve como importante orientação aos planejadores autores dos editais. Complementa a idéia o § 2º, segundo o qual deve ser atualizado o estudo a que se referiram os incs. I e II, do *caput*, sempre que o contrato dever ser assinado em exercício diverso do em que for publicado o edital. A preocupação da lei em dotar as partes de dados técnicos sempre atuais, e portanto realísticos e confiáveis, é bastante meritória, e sobretudo necessária em projetos da envergadura das PPP, contratos esses a exigir extraordinário planejamento em todos os aspectos envolvidos no objeto, bem consoantemente, de resto, com a mentalidade da lei de responsabilidade fiscal, que representa verdadeiro coroamento do planejamento público.

O § 3º deste art. 10, por fim, determina que será exigível lei autorizadora específica para contratos de PPP, sob forma de concessão patrocinada, sempre que mais de 70% da remuneração do parceiro privado tiverem de ser pagos pelo parceiro público. Legítima e razoável preocupação da lei, eis que a despesa pública nesses casos é simplesmente monumental, a

exigir assim, mais que alhures, autorização legislativa específica, em nome do princípio constitucional (art. 37) da legalidade da despesa pública. Enquanto não assim autorizado, um contrato de PPP com essa característica financeira não pode ser, entendemos, *sequer licitado*, já que não tem sentido licitar o que sabidamente não poderá ser contratado.

Art. 11

O art. 11 teve o seu inc. II vetado pelo Presidente da República, e no que teve de sancionado prevê, no *caput*, uma regra que já existe na L. 8.666 para as licitações que rege, ou seja a de que os editais de PPP conterão obrigatoriamente a *minuta do futuro contrato* - o que é excelente pois que desde logo permite ao interessado comparar edital e contrato para detectar ocasionais desconformidades. e com isso impugnar o instrumento convocatório -, além de que a licitação se submete a esta Lei nº 11.079/04. Manda o *caput*, por fim, ao edital aplicar no que couber alguns artigos da lei de concessões, e essa última lei é sempre muito útil nestes casos de PPP, quando não indispensável mesmo.

O só fato de este art 11 mandar aplicar alguns artigos, no que couber, da lei de concessões, evidentemente não impede que o edital da PPP adote outros artigos e outras idéias, tanto da lei de concessões quanto da L. 8666, ambas imprescindíveis à formação de um completo edital de PPP como bem logo fica evidente ao prático. Repita-se ainda uma vez: se é impossível licitar uma PPP apenas com esta Lei nº 11.079/04, é igualmente certo que não existe nem pode existir, pré-estabelecida, alguma regra que indique exclusivamente o que, da lei das concessões e da L. 8.666, deve ou pode ser aplicado aos editais de PPP; o autor de cada edital da PPP é que precisa ter a sensibilidade e a acuidade técnica necessárias a delimitá-lo, e a aplicabilidade seguramente variará a cada novo caso.

O inc. I, deste art. 11, estabelece que o edital poderá prever exigência de *garantia de proposta do licitante*. Tal garantia: *a) não se confunde com nenhuma das quatro garantias previstas na L. 8.666* (nos art. 31, III; art. 48, § 2º, art. 56, § 1º e incisos, e art. 56, § 5º); *b) existe em direitos como o americano* (onde se denomina *bid bond*) e não existia no direito brasileiro até este momento, e *c) representa aquela formal garantia de que o proponente, vencedor ou ainda não, não se irá arrepender da proposta, porque se o fizer esta garantia indeniza a Administração licitadora, no montante prefixado*. Importante e elogiável previsão, que muito bem poderia constar também da L.8.666, já chega tarde ao direito brasileiro.

O inc. III fixa que o edital da PPP poderá prever modernos mecanismos de resolução de disputas, como a arbitragem, que se prevista, observará a Lei nº 9.307, de 23.9.96, e será obrigatoriamente realizada no Brasil e em língua portuguesa. Se a arbitragem está admitida e expressamente lembrada pela lei, também mecanismos outros, conciliatórios de interesses em disputa, como a *mediação*, hão igualmente de ser permitidos, bastando que o edital o preveja – e mesmo que não o faça, é plenamente sustentável que ainda assim o apelo pelas partes a tais simplificados, eficientes, modernos e ágeis instrumentos sempre pode se dar, apenas porque diante do que reza este art. 11 nada o impede, já que a menção à arbitragem foi tão-somente exemplificativa, admitindo-se portanto outras formas de conciliação. Se a PPP no que tem de

novo com relação ao seu tema é de índole avançada, então nada mais adequado que a admissibilidade destes modernos modos de conciliação de conflitos, portanto a merecer elogio, e, sem dúvida, a ser efetivamente utilizada.

Encerra este art. 11 o seu parágrafo único, a importantemente prescrever que “O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado”. O que contém de inédito esse dispositivo é permitir que o edital preveja *garantias ao particular, contra uma eventual inadimplência pelo parceiro público*, relativamente à contraprestação que o último deva ao primeiro, algo absolutamente inimaginável até então em nosso direito, e que por sua vez também não se confunde com nenhuma das quatro garantias existentes na L. 8.666, nem com aquela prevista nesta Lei nº 11.079/04, art. 11, inc. I.

. Sinal nítido de honestidade de propósito do governo, ainda não está disciplinado, como evidentemente nem vem sendo exercitado face à sua novidade, porém, desde já merece encômios de um lado, e atenção de outro, nos futuros editais de PPP, de molde a torná-los potencialmente mais sedutores à iniciativa privada. De resto, ventilando importante matéria financeira do contrato, se o edital não as especificar, aquelas garantias simplesmente inexistirão.

Art. 12

O extenso art. 12 informa que a licitação para a PPP observará o seguinte: *inc. I)* poderá haver uma espécie de julgamento de “técnica e preço”, com prévia qualificação das propostas antes de se lhes examinar as condições financeiras, desclassificando-se as tecnicamente insuficientes, que obtiveram pontuação abaixo da mínima estipulada no edital. Tratou a lei das PPP de “transplantar” para o seu texto a idéia da técnica e preço da L. 8.666, e nada impede, assim sendo, seja a lei de licitações utilizada em grau máximo como inspiradora ou fonte de direito, nas PPP, para tanto; *inc. II)* o julgamento poderá adotar além dos critérios do *menor valor da tarifa* (lei da concessões, art. 15, inc. I) e do da *melhor proposta em face da combinação da menor tarifa com a melhor técnica* (idem, inc. V), também *al. a)* o da menor contraprestação do parceiro público ao privado, ou *al. b)* o da melhor proposta em face desse critério acima com o de melhor técnica.

Observa-se que é bastante amplo o leque das possibilidades de critérios de julgamento dos editais de PPP, tudo em consonância com o vasto aparelhamento inerente a esta espécie de contratos administrativos. Dentro de tal leque de escolhas as variáveis condições são literalmente incontáveis, e permitirão à Administração eleger dentre tantas possibilidades a que mais lhe pareça adequada a cada específica e peculiar pretensão de objeto de PPP, sem precisar limitar-se inadequadamente apenas às antigas, ou às da lei de concessões.

O inc. III, deste art. 12, estabelece que o edital definirá a forma de apresentação das propostas *econômicas* – o que evidencia que propostas *técnicas* são bem outra coisa –, e para elas admite que (al. a) sejam escritas e envelopadas, ou (al. b) escritas, *seguidas de lances em viva voz*. Eis aí a salutar idéia do *pregão*, agora passada para as PPP, e que a nosso ver deve

sempre ser adotada, já que constitui um instrumento institucional a mais em favor do poder público para eleger o melhor parceiro, e assim não há por que deixar de exercê-la – a’te porque o pregão já se revelou uma m das melhores idéias em matéria de licitação, em todos os tempos, no nosso direito. Com o lance em viva voz os proponentes sempre podem melhorar sua própria oferta, não havendo razão para o poder público, podendo disso tirar vantagem e quase sempre tirando, descartar essa possibilidade. Tudo nesse sentido haverá de estar, entretanto, rígida e meticulosamente previsto e descrito a cada edital de PPP.

O inc. IV estabelece, também inteligentemente, que poderá ser admitido no edital que aos proponentes seja dado sanar falhas ou insuficiências formais – não materiais – no curso da licitação, o que também deve ser previsto com atenção no edital, e também aqui não se enxerga motivo para não o fazer, em nome da maior competitividade e da racionalidade da disputa, já que por princípio não se deve prejudicar o correto e o superior pelo ruim e pelo inferior, e tal qual nas demais licitações não deve ser a picuinha, a mesquinharia desimportante e não decisiva, que prejudique conteúdos sérios e elevados do trabalho dos proponentes. É que, a teor da lei, neste caso essa particularidade deve estar prevista no edital, não lhe cabendo silenciar a respeito caso a Administração admita valer-se dela.

O § 1º, deste art. 12, fixa (inc. I) que em havendo lances de viva voz deverão ser dados obrigatoriamente na ordem inversa da classificação das propostas escritas, algo não muito importante, mais ou menos óbvio e que não consta da lei do pregão, e ainda que é proibido limitar a quantidade de lances – isto sim, óbvio em se tratando de questão de ordem pública, e de finanças públicas; mas, reza a velha prédica, o que abunda, tal qual água benta ou a pedra na sopa, não prejudica.

Fixa o artigo também, no inc. II, que o edital poderá restringir a possibilidade de lances em viva voz aos participantes cuja proposta for de no máximo 20% a mais que o valor da melhor proposta. *Péssima idéia*, tal qual é na lei do pregão – e lá é ainda pior. Pior ainda quando a lei fala em *melhor* proposta, o que pode ser algo muito diverso de *menor* proposta. Idéia sumamente infeliz, já que não há por que restringir daquele modo, porque afinal toda licitação tem seu quê de *loteria*, de jogo de azar, de risco, de *tiro no escuro*, e por vezes um honesto e idôneo participante, por escusável defeito em sua pesquisa de preços no mercado, acaba se alijando de competir graças a ter ultrapassado em 0,01% o máximo permitido – *artificialmente* permitido, diga-se de passo. Evite-se portanto restringir o lance de viva voz, dessa forma, ao máximo, é o que manda a melhor técnica.

Encerra o art. 12 o seu § 2º, pelo qual se sabe – e aliás isso provavelmente já era sabido há tempo – que a qualificação das propostas técnicas será justificado e motivado, e com base em parâmetros e indicadores clara e objetivamente previstos no edital. Macacos nos mordam – e furiosamente – se acaso pudesse a regra ser outra, mesmo que não escrita. A lei alterna, como se vê, bons e felizes momentos, de grande oportunidade e conveniência, com outros que não mereciam um segundo nem do leitor nem do autor.

Art. 13

O art. 13, que encerra o Capítulo V, que o edital poderá prever a inversão das fases de habilitação e julgamento – instituindo algo como o “pregão facultativo” quanto a essa regra, e desde já *é recomendável que inverta, sim*, tal qual fez a lei do pregão num dos seus mais oportunos e ansiados momentos -, e ainda que em caso de inversão deve ser observado o seguinte: *inc. I)* tal qual no pregão, encerrada a fase classificatória abre-se o envelope de habilitação apenas do vencedor das propostas técnicas; *inc. II)* se for habilitado, é o vencedor da licitação da PPP, e *inc. III)* inabilitado, examina-se a habilitação do que havia sido classificado tecnicamente em segundo lugar, e assim sucessivamente até que algum classificado, pelo ordem, seja dado como habilitado e assim declarado vencedor do certame – tudo exatamente como no pregão, e *inc. IV)* obtido um vencedor, a esse será adjudicado o objeto, nas exatas condições por ele propostas – e quanto a isso dificilmente poderia ser de outro modo, sobretudo se houve lances de viva voz.

O pregão parece estar sendo continuada e decididamente homenageado pela lei das PPP, no que fez muito bem essa última. Bombardeio merece, isso sim, a nunca suficientemente amaldiçoada lei nacional das licitações e dos contratos administrativos, a tecnicamente infanda e abjeta Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

9. Disposições aplicáveis à União

Ainda que a Lei nº 11.079/04 se diga de normas gerais sobre os contratos que aborda – PPP –, entendeu que certas regras que previu devem valer apenas para a União, em face da particularidade federal dos temas que ali aborda, e porventura um longo Capítulo VI, que se espria do art. 14 ao art. 22, foi a isso inteiramente destinado.

Este Capítulo da lei, portanto, foi destinado exclusivamente à União, e se Estados e Municípios quiserem aplicar em seu âmbito, *mutatis mutandis*, alguma destas idéias, sempre poderão fazê-lo, exigindo-se lei vez que outra para tanto, e por vezes, conforme o assunto, bastando-lhes aplicar a lei federal sem maiores formalismos.

Neste Capítulo o sistema de varredura, ainda que ligeira, que até aqui foi adotado, se interrompe, e em face da matéria não propriamente jurídica do tópico alguns artigos foram considerados em bloco.

Art. 14

O art. 14 informa que será constituído por decreto um órgão gestor de PPP federais, ao qual competirá *(inc. I)* definir os serviços que prioritariamente mereçam submeter-se a esse regime; *(inc. II)* disciplinar os respectivos procedimentos; *(inc. III)* autorizar a licitação e aprovar o respectivo edital, e *(inc. IV)* apreciar os relatórios de execução dos contratos. Casuismo

tipicamente federal – sendo que a União não se cansa de instituir órgãos, repartições, agências e *tutti quanti* -, segue o artigo pelo § 1º, a indicar que aquele conselho gestor será integrado por indicação nominal de um titular e um suplente de três órgãos federais, sejam o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, órgão coordenador, o Ministério da Fazenda e a Casa Civil da Presidência da República.

Pelo § 2º participará das reuniões do órgão gestor, ainda, um representante do órgão federal cuja área de atuação seja pertinente ao objeto de cada pretendido contrato em análise. O § 3º prevê que para deliberação pelo órgão gestor o respectivo expediente precisará estar informado com fundamentada manifestação do MPOG, sobre o mérito, e do MF, sobre o aspecto dos riscos ao tesouro nacional, envolvidos no projeto em discussão. O § 4º diz que para desempenhar suas funções o órgão gestor poderá criar estrutura de apoio técnico, que conte com autoridades públicas diversas. O § 5º informa que o órgão gestor remeterá anualmente ao Congresso Nacional e ao TCU relatórios de desempenho dos contratos de PPP, e conclui o, assaz enfadonho, artigo o seu § 6º, a prever que os relatórios serão disponibilizados ao público pela internet, salvo se contiverem informações consideradas sigilosas – e em contratos de PPP custa-se a imaginar o que poderia ser classificado sigiloso. Todo este artigo, ou ao menos sua maior parte, provavelmente nem sequer precisaria figurar de lei, eis que ventila apenas matéria administrativa interna da União, que ademais não gera despesa.

Seja como for, comparado aos dispositivos iniciais desta lei, e à própria idéia das PPP, este artigo revela-se quase *desprezível* nesse contexto, e não constitui exagero afirmar que a maior parte de todo este Capítulo VI poderia ter sido resolvida em decreto do Executivo, de molde a manter separadas disposições internas federais de normas gerais sobre assunto tão palpitante e, sendo original ou não a idéia, sobre o qual se nutrem tantas expectativas.

Art. 15

Mas segue a lei, e o art. 15 fixa competir aos Ministérios e às agências reguladoras submeter a minuta do edital de PPP ao órgão gestor, assim como desenvolver o certame e por fim fiscalizar a execução dos contratos. O parágrafo único prevê que aqueles órgãos encaminharão ao órgão gestor, semestralmente, relatórios circunstanciados da execução dos contratos, conforme regulamento o defina. Pergunta-se: precisaria matéria de semelhante *insignificância* para o direito figurar na mesma lei que instituiu e disciplina as PPP? Se tanto se combata a poluição em todos os ambientes, não seria hora de se iniciar a despoluição das leis?

Art. 16

O art. 16 autoriza a União, com suas autarquias e fundações, a participar, até determinado limite de valor que especifica, em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, cuja finalidade será a de prestar garantia de pagamento das obrigações assumidas pelos parceiros públicos – e aqui não se discute a necessidade de autorização legislativa para esta instituição, porém muito melhor ficaria esta previsão nas disposições finais, ou possivelmente ainda melhor nas transitórias, dado o tema que aborda.

Segue o artigo, e o § 1º estabelece que o FGP tem natureza privada e patrimônio próprio, separado dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios. A lei trata um fundo como se fosse pessoa, quando fundo é uma conta bancária, com tanta personalidade jurídica quanto a cadeira do gerente do banco, ou o teclado do seu computador. O legislador brasileiro involuiu no tempo e no espaço, e desde há algumas décadas esqueceu-se desse fato, e trata com frequência os fundos que cria qual se foram autarquias, ou fundações, ou seja qual se foram pessoas jurídicas, dotadas de diretoria, conselho fiscal, conselho administrativo e demais instituições que uma simples conta bancária jamais pode ter.

Aqui não foi diferente. *Nota zero* à sua cultura jurídica quanto a isso, nula e absolutamente nenhuma – *e presentemente está o envenenado o ensino e o conhecimento do direito*, pois que aos incautos e aos desavisados parecerá que um fundo é uma pessoa jurídica, ou que assim pode ser tratado.

A partir deste § 1º, que trata fundo como sendo uma pessoa, todo o restante do artigo fica prejudicado.

Comentá-lo como se fora juridicamente razoável seria compactuar com o erro, a incultura, a insciência, a desorientação, a verdadeira *alienação* em que esse encontra embebido o legislador nesse indescritivelmente péssimo momento de sua obra, que envergonha a um pretendente ao curso de direito.

Como estes breves comentários à lei das PPP seguiram até aqui uma varredura de artigos, apenas para registro consigne-se o assunto dos seis parágrafos seguintes, deste art. 16: § 2º) formação do patrimônio do fundo; § 3º) avaliação daquele patrimônio por empresa especializada; § 4º) integralização das cotas; § 5º) responsabilidade do fundo, *como se fosse pessoa, e isto é simplesmente de arrepiar!*; § 6º) integralização com bens, e § 7º) aporte de bens ao fundo.

Afora pelo *caput*, este art. 16 merece exorcismo¹.

Arts. 17 a 21 – uma breve menção

Mas segue a lei, do art. 17 até o art. 21, disciplinando este FGP, se é que se pode denominar a isso disciplinar, quando melhor se diria *indisciplinando*, já que parte do erro palmar de que um fundo pode ser instituído e tratado como pessoa.

Apenas também para registro, o art. 18 trata das garantias do FGP, a serem prestadas proporcionalmente ao valor de cada cotista, como dificilmente seria diferente, e o § 1º estabelece as modalidades de garantia aprováveis pela assembléia de cotistas, dentre fiança, penhor de imóveis do FGP, hipoteca de imóveis do FGP, alienação fiduciária, outros contratos de

¹ Com todo efeito, terá já, acaso, a besta do apocalipse aportado à Terra? Parece. Estes são os mais amargos momentos da vida de um comentarista do direito, ainda que, seja reconhecido, coisas ainda piores podem acontecer a todo ser humano.

garantia – e se isso existe não se compreende por que tantas especificações - e, por fim, garantia real ou pessoal vinculada a patrimônio de afetação constituído por separação de bens e de direitos do fundo.

E prossegue o art. 18 informando, no § 2º, que o fundo poderá prestar contra-garantias a seguradoras ou outros organismos de função congênere (§ 2º), e – descoberta da roda! – que (§ 3º) a quitação proporcional pelo parceiro público o desonera proporcionalmente da garantia. O § 4º estabelece que em 45 dias poderá ser acionada pelo parceiro privado a garantia aceita e não quitada pelo parceiro público. O § 5º ainda cuida de acionamento da garantia, desta vez relativamente a faturas emitidas e não aceitas, após 90 dias do seu vencimento. O § 6º, reinventando outra vez a roda, reza que a quitação de débito pelo fundo implica a sub-rogação deste nos direitos do parceiro privado.

E o ansiado – por ser o último – § 7º fixa que em caso de inadimplemento os bens e os direitos do fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação que satisfaça aqueles débitos.

Não diga, ilustre legislador! Está solenemente inventado o processo civil em nosso país! Quantas vezes a lei pretendeu descobrir o fogo, somente neste art. 18, é matéria digna de investigação, mas imerecedora de qualquer comentário.

Os arts. 19 a 21, em resumo, prevêm que o fundo não pagará rendimentos a seus cotistas, garantido a eles o resgate de suas cotas referentes ao patrimônio ainda não utilizado para a concessão de garantias (art. 19), e que dissolvido o fundo, conforme deliberado pela assembléia de cotistas, seu patrimônio será rateado entre os cotistas, como se pudesse ser diferente, (art. 20); e, por fim, que é facultada a constituição, no registro de títulos e documentos (e no de imóveis em caso de se tratar de bem imóvel) de patrimônio de afetação, incomunicável com o restante patrimônio do fundo e que não será objeto de arresto, seqüestro, ou qualquer outro ato de constrição (art. 21). Cumula-se, assim, obviedade sobre obviedade em matéria juridicamente tão lamentável como este regramento deste fundo. Se em ciência das finanças terá por certo algum sentido este conjunto de previsões, entretanto juridicamente o panorama é incontestavelmente tenebroso.

Art. 22

Encerra o Capítulo VI, e em boa hora, o art. 22, que, fugindo ao juridicamente horripilante disciplinamento do FGP, informa que a União somente poderá contratar PPP quando a soma das *despesas de caráter continuado*, oriunda das PPP já existentes, não houver excedido, no ano anterior, a um por cento da receita corrente líquida do exercício, e, ainda, se as despesas anuais dos contratos vigentes, nos dez anos subseqüentes, não exceder um por cento da *receita corrente líquida* projetada para os respectivos exercícios.

Baralhando ano com exercício, esse dispositivo, antitecnicamente sem o indicar de modo expreso, vale-se de dois conceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal, a LC nº 101/00: a) o de *despesa de caráter continuado*, constante do art. 17 da LRF e que significa aquela

despesa corrente que perdure por mais de dois exercícios, e b) o de *receita corrente líquida*, figurante do inc. IV, do art. 2º, da LRF, e que ali se define como sendo a soma das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas correntes, de tudo isso deduzidos alguns valores especificados nas als. *a a c*, do inc. IV em questão.

Matéria para economistas e financistas públicos antes que para profissionais de outras carreiras, este artigo constitui um freio à expansão dos contratos de PPP pela União e nesse condão é, no mérito, francamente elogiável, como o é toda contenção de gasto que o governo se imponha. Nitidamente inspirado nas concepções da LRF, encerra o conjunto dos dispositivos relativos às PPP aplicáveis apenas à União, e seja recordado que, não constituindo norma geral de coisa alguma, não estão obrigados nem os Estados, nem o Distrito Federal nem os Municípios a seguir no mesmo passo da União neste momento, podendo inovar ou simplesmente quanto a isso não terem regra prevista.

Mas o que se recomenda é que também aqueles entes federados procurem, ao longo do tempo e quando as PPP forem sendo gradativamente mais utilizadas, adotarem semelhantes mecanismos de refreamento de despesas, indício seguro de civilização e de espírito público que, amiúde, tanta falta faz e tem feito em nosso meio governamental.

Após o tormento indescritível que juridicamente representa compulsar os arts. 14 a 21, ensejadores de autos-de-fé e exorcismos negros, ou mesmo pajelanças tendentes a restaurar a respirabilidade do ar, não deixa de constituir um bálsamo este art. 22, autêntico oásis naquele infando deserto de técnica, de onde o direito foi expulso com vigor inigualável.

10. Disposições finais

Chega enfim a lei das PPP aos seu derradeiro Capítulo, que enfeixa os arts. 23 a 30. Como sói acontecer em disposições finais, nenhum assunto específico é aqui focado, mas tudo aquilo que precisava ser estabelecido, e pela sistematização adotada não cabia adequadamente em nenhum Capítulo anterior.

Art. 23

O art. 23 autoriza a União a conceder incentivo, nos termos do PIPS – Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social, instituído pela Lei nº 10.735, de 11.9.03, às aplicações em fundos privados de investimento em direitos creditórios provenientes dos contratos de PPP.

Essa lei última, enxuta e esguia como deveriam ser as demais, apenas delinea bases para o direcionamento dos depósitos à vista, captados por instituições financeiras, para crédito a pessoas de baixa renda ou a microempresas. É a lei do chamado *microcrédito*, uma das recentes diretrizes governamentais, e lei essa que deve orientar a aplicação do art. 23, da lei das PPP.

Art. 24

O art. 24 fixa que o Conselho Monetário Nacional estabelecerá, na forma da legislação pertinente, as diretrizes para o financiamento de contratos de PPP, assim como para a participação de entidades fechadas de previdência complementar. No primeiro momento este artigo estabelece a obrigação de o CMN ditar os parâmetros e as regras básicas, dentro da legislação geral e ampla que norteia a política de crédito no país, de concessão de créditos que financiem os projetos de PPP, beneficiando potencialmente – ante a indiscriminação da lei – ambos os parceiros.

Instrumento indispensável à própria viabilização dos contratos de PPP, os créditos e os financiamentos privilegiados, com o mesmo evidente interesse social que os contratos de PPP devem ostentar, precisam estar permanentemente em função e em exercício, ou de outro modo se tolhe *ab ovo* a maioria das pretensões e das perspectivas originárias de imenso número de contratos de PPP, daí a preocupação da lei neste passo. No segundo momento o artigo estende sua preocupação em viabilizar a participação do parceiro privado nas PPP às entidades fechadas de previdência complementar, aquelas genericamente previstas na Constituição a partir do art. 40, § 15, da Constituição, seguindo importantemente pelo art. 202 constitucional, tema esse que depois foi disciplinado, de modo também amplo, pelas Leis Complementares federais nºs 108 e 109, ambas de 29.5.01.

Nos termos de toda essa legislação, portanto, deve atuar o CMN de modo a ditar normas para propiciar a participação das entidades fechadas de previdência complementar nos contratos de PPP. Tais entidades em pouco tempo é de esperar que desempenhem importantíssimo papel na previdência social brasileira, como uma espécie de vereda da salvação aos regimes e institutos tradicionais – se é que existe alguma solução, na face do planeta onde os seres humanos se reproduzem como moscas ou como vírus, para essa verdadeira bomba de efeito retardado denominada previdência, cujas possibilidades de mais cedo ou mais tarde afundar em bloco como navio bombardeado são de, aproximadamente, 100%.

Art. 25

O art. 25 determina à Secretaria do Tesouro Nacional que edite, na forma da legislação pertinente, normas gerais para a consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de PPP. Um tanto estranho, se tais normas gerais não se refiram especificamente a contratos, mas, como parece a finanças públicas (“consolidação das contas públicas”). Se a matéria é apenas de finanças públicas, então pela Constituição, art. 163, a União pode editar lei complementar sobre o tema, mas nada consta, nos arts. 21 a 24, sobre autorização para que, veiculadas por LC ou por lei ordinária, *normas gerais* sejam dadas pela União sobre o assunto.

Quando o governo federal descobriu que existe na Constituição um instituto denominado “normas gerais”, imponíveis a todos os entes federados, então passou a deliciar-se à farta nesta primitiva, tosca e rude democracia de fachada que é a nossa, e o maior exemplo desse desmando próprio de ditadorezinhos de país de esquina com vista ao mar foi a L. 8.666,

de que o pior daqueles ditadorezinhos se orgulharia como a sua obra-prima imortal. Eis, em ponto significativamente menor entretanto, o que aqui corre quanto à previsão de normas gerais. A inconstitucionalidade da previsão nos parece dificilmente contestável.

Art. 26

O art. 26 modifica o inc. I, do § 1º, da L. 8.666, nada tendo com PPP e apenas constado desta lei face à insuportável, ilegal e incivilizada mania do legislador brasileiro de, em uma só lei, tratar de alhos e bugalhos, caroneando os assuntos mais estranhos ao principal de cada lei apenas para “sofrer apenas uma vez” no Congresso com o esforço para a aprovação do mesmo projeto.

Surge nesta lei de PPP como Pilatos no Credo, ou como o Colégio Pedro II no art. 242, § 2º, da Constituição – fatos que nem mesmo o enciclopedicamente erudito imperador Pedro II conseguiria explicar. Mereceu menção nesta obra, no seu Capítulo III.

Art. 27

O art. 27 fixa regras sobre operações de crédito efetuadas por empresas estatais federais, informando que não poderão exceder 70% do total das fontes de recursos financeiros das SPE, relacionando a seguir regiões nacionais com os respectivos IDH – índices de desenvolvimento humano, para estabelecer limitações e correlações.

O § 1º, com seus dois incisos, estabelece novos limites percentuais para as operações de crédito nas regiões, realizadas cumulativamente por entidades de previdência complementar e por estatais federais, e o § 2º define fonte de recursos financeiros como sendo as operações de crédito e contribuições de capital à SPE. Matéria de economia e de finanças públicas exclusivamente, fixa explícitas limitações que entretanto podem ser consideradas sumamente generosas para as operações de crédito que menciona, aparentemente tão pródigas que impedem imaginar, num primeiro lance de olhos, sequer a que terão vindo. Mas, tal qual no artigo seguinte, sobre o conteúdo material a palavra final deve ser dos financistas públicos.

Art. 28

O art. 28, tal qual o anterior, tece roteiros de finanças públicas diretamente vinculados com o tema da *lei de responsabilidade fiscal*, envolvendo garantias da União, assim como transferências voluntárias aos demais entes federados.

Estabelece relações necessárias, limitações e condicionamentos reciprocamente eficazes, a depender de contínuo e permanente controle e fiscalização pelos entes internos e externos de controle de cada entidade envolvida, de modo a não se fraudarem aquelas limitações que se vêm tornando sistemáticas e organizadamente integradas em nossa legislação sobre finanças públicas, dadas pela lei de responsabilidade fiscal e que ali têm os seus parâmetros e os seus contornos obrigatórios.

Art. 29

O art. 29 foi resultado da pressa do autor – inimiga fidalga da perfeição –, e da absoluta ineficácia do Congresso Nacional quanto à revisão dos textos que caem nas mãos dos seus membros e assessores.

Neste caso aquelas autoridades legislativas deixaram passar omitido o necessário complemento da oração principal do artigo, e desse modo o aturdido leitor queda-se simplesmente sem saber *a que* são aplicáveis aquelas inúmeras disposições penais tão zelosamente alinhadas pelo legislador...

Parece que as penalidades se referem aos procedimentos envolvendo as PPP, sobretudo os seus contratos, mas isso não poderia ter sido omitido do texto do art. 29, ou de outro modo, tendo sido, precisar-se-á, ainda outra vez, acusar o legislador de *verdugo do vernáculo*.

Se se puder superar entretanto esta prosaica ocorrência, e em se imaginando que é *aos procedimentos, todos, de licitação, contratação e execução de PPP* que se aplicam as penalidades previstas no artigo, temos que materialmente o artigo, além de sua lacuna imperdoável, no que foi escrito também não é dos mais objetivos, pois que mandar aplicar disposições penais “no que couberem” é trabalho ou de rematado preguiçoso que não quis especificar o que cabe, ou de rematado ignorante que não o sabia especificar, ou, o que é mais provável, de legislador que apenas não quer ser acusado pela posteridade de *não ter falado no assunto* penal – neste país tido e havido como o da impunidade *ampla, geral e irrestrita*.

Se valer a idéia do artigo, então o Promotor de Justiça acusará alguma autoridade por entender enquadrado o indiciado no Código Penal no que couber, o Juiz acatará a denúncia e aceitará a ação com o enquadramento do então réu no que couber do Código Penal, e desse modo poderá ocorrer de alguém ser condenado com base no que couber do Código Penal...

Pergunta-se ao legislador: alguma vez, por acaso, o Código Penal é inaplicável a crimes? Precisa alguma lei dizer que se aplica o Código Penal a alguma situação de crime, e ainda mais sem dizer que artigo é aplicável, e a que é aplicável?

Este artigo é uma vergonha à cultura nacional, cujo nível baixa gravemente a cada dia que passa graças a trabalhos como este. É mais do que ridículo, e evidencia que o legislador não faz a mais remota idéia de qual deva ser o seu trabalho. É a permanente e triste garantia de que o país não emergirá, tão cedo, do denominado terceiro mundo.

Art. 30

O art. 30 encerra a lei das PPP fixando a eficácia da lei já para a data da sua publicação, sem sequer mencionar a revogação das disposições em contrário – o que de resto não produz efeito diverso disso.

O que se imagina é que após redigir o art. 29 o legislador se tenha apercebido de que o melhor a fazer seria encerrar o mais depressa possível esta lei, e nesse afã nem se deve ter recordado de revogar as disposições em contrário.

E, por fim, ao autor daquele art. 29 fiquem registrados os mais serenos desejos de que a terra lhe seja leve, e na medida do possível, enquanto tal não ocorre e em nome da dignidade da profissão, que jamais volte a escrever leis.

