

## As recentes mudanças na disciplina nacional das PPPs



**Cristiana Fortini**  
professora

A Lei 11.079 foi editada em 2004 com a pretensão de atrair capital privado

para resolver problemas de infraestrutura. Assim, afastavam-se as regras dos contratos genéricos da Lei Geral de Licitações (8.666/93), que atribuíam várias prerrogativas ao poder público, para inserir normas mais interessantes à iniciativa privada. Criava-se alternativa à concessão de serviços públicos, objeto da Lei 8.987/95, voltada a situações autossustentáveis, assim compreendidas aquelas em que a tarifa, fonte básica de remuneração, aliada ou não a outras receitas alternativas, bastaria à justa remuneração do prestador privado. Apresentava-se também nova modelagem de concessão, sem paralelo na citada lei de 1985<sup>1</sup>.

O olhar, naquela época, era voltado para a infraestrutura de grande porte, como portos, aeroportos e rodovias, desconsiderando, de certa forma, o déficit de infraestrutura municipal .

Embora nunca tenha havido proibição para que municípios, em especial os menores, celebrassem contratos de PPP, a redação original da lei praticamente impedia sua formalização, diante da regra constante do artigo 2º, parágrafo 4º, inciso I, a prever um piso de R\$ 20 milhões para o valor dos pactos.

Assim, as PPPs se concentraram sobretudo nos estados, alguns deles haviam inclusive editado leis próprias, antes mesmo do surgimento da Lei 11.079/04<sup>2</sup>, e em algumas capitais (a União nunca se mostrou muito interessada no modelo, o que talvez se possa atribuir a questões de ordem ideológica), deixando marginalizados municípios de médio e pequeno porte, a despeito das necessidades evidentes de pensar em outras ferramentas contratuais para solucionar as questões ligadas à infraestrutura relativa à educação, à saúde, ao transporte coletivo, aos cemitérios e aos parques, que afetam substancialmente os entes locais.

A razão para o “piso” era justificada ao argumento de que as PPPs não deveriam ser usadas indiscriminadamente, em especial porque traduzem, sob certa ótica, endividamento público. O argumento prospera, mas que há de ser considerado sempre, não importando se a cogitação sobre sua



---

celebração parta da União, dos estados ou dos municípios. O regramento jurídico nacional não incentiva o emprego vulgar das PPPs nem proclama a marginalização de outras espécies contratuais.

Mas, por outro lado, se as PPPs nasceram como alternativa para prover infraestrutura, desonerando-se o poder público do dever de custeá-la de imediato, era de se imaginar que os municípios pudessem celebrá-las. Afinal, as pessoas moram no município. Interessa-lhes a solução dos problemas locais. Interessa a escola construída e com bom serviços, interessam parques em perfeitas condições de uso e devidamente equipados, bem como hospitais e centros de saúde<sup>3</sup>. Ademais, os municípios são os entes mais impactados pelas crises financeiras e com menor capacidade de investimento.

Passados quase 14 anos, as PPPs estão solidificadas. Com isso, pretende-se realçar o conhecimento difundido sobre o conteúdo das modelagens contratuais subjacentes à sigla e seu regime jurídico.

Mas se por um lado o tempo serviu à difusão dos contornos das PPPs, permitindo compreender suas características e o que as apartam dos contratos tradicionais de concessão, disciplinados pela Lei 8.987/95, bem como dos contratos gerais de que cuida a Lei 8.666/93, o passar dos anos não contribuiu para consolidação de segurança jurídica.

De fato, a despeito de mais de 13 anos do advento da Lei 11.079/04, ainda se percebem incertezas jurídicas que são agravadas pela resistência ideológica aos modelos contratuais.

Como contrato que enlaça as partes por substancial decurso de tempo, dado que cinco anos o prazo mínimo e 35 o prazo máximo, já incluída eventual prorrogação, diversos serão os agentes públicos a lidar com o tema.

Celebrado em dado momento, o contrato perpassará mandatos diversos, cujas matizes ideológicas também podem variar, apresentando-se ora mais acolhedoras, ora mais refratárias ao modelo contratual. Esse alterar dos atores pouco deveria representar diante do fato de que o vínculo se celebra entre as pessoas jurídicas. Mas o discurso da vida é outro. E, assim, a alternância no poder pode afetar e, de fato, afeta o contrato.

Também não se pode ignorar que, aliado ao risco político acima destacado, a crescente intervenção dos órgãos de controle pode ocasionar um abalo na estrutura dos contratos.

A atividade de minutar o edital e seus anexos, com ou sem a participação indireta dos licitantes, que poderão interferir via consultas públicas<sup>4</sup> ou mesmo atuar mais efetivamente na construção das regras do certame, via Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMIs), deve considerar mecanismos de proteção ao interesse público, porque as PPPs se justificam, grosso modo, como ferramentas que permitiriam maior eficiência<sup>5</sup>.

A proteção ao interesse público inicia-se substancialmente no avaliar da escolha do modelo contratual. Se de um lado a PPP libera o poder público (não estamos a fazer alusão aos bancos de fomento) de efetuar pagamentos em curto espaço de tempo, por outro e, substancialmente como efeito lógico da maior elasticidade temporal, tende a encarecer o projeto. Mas a robustez dos anexos também é crucial, para que se possa gerir e fiscalizar o contrato sem sobressaltos. Indefinições ou regras fluidas poderão



---

gerar turbulências em qualquer ajuste, mas se tornam ainda mais dramáticas em contratos de longo prazo.

Toda a estruturação de um contrato de PPP tem na definição dos objetivos, avaliação de qualidade (sinteticamente falando) e no sistema remuneratório seus alicerces básicos. A complexidade do objeto, o nível de exigência a ser alcançado, as diversas interfaces com outros órgãos públicos<sup>6</sup>, o menor ou maior risco, tudo colabora para a edificação de dado sistema remuneratório, retratado em um contrato de PPP específico. Ou seja, apesar de elementos comuns a todo contrato de PPP, a disciplina remuneratória de cada contrato deve se ajustar às particularidades do objeto, às demandas, obrigações e dificuldades que o privado enfrentará.

Ora, inseguranças podem advir quer de interferências externas, já no curso da execução contratual, via pronunciamentos judiciais que podem reconfigurar a gênese financeira do pacto, ainda que as PPPs em regra prevejam o uso da arbitragem, o que minimiza tal possibilidade, quer de comandos oriundos dos tribunais de contas, entendendo inadequado o enquadramento contratual a respeito da remuneração convencional.

Mas o que dizer do desaparecimento ou enfraquecimento das garantias devidas pelo poder concedente que precisariam durar, ainda que não de forma linear, todo o contrato e que são concebidas legalmente para gerar maior segurança e atrair a atuação privada? Há casos em que direitos creditícios concedidos em garantia ao privado, quando da celebração do contrato, se esvaem com o decurso do tempo e não são substituídos por outros mecanismos de garantia existentes.

O que dizer da decisão administrativa pelo rompimento antecipado do vínculo, ainda que sem alusão a comportamento inadequado do parceiro privado<sup>7</sup>?

Ao se assumir a conveniência de modificar a Lei das PPPs, importante seria enfrentar o tema dos riscos e proporcionar alterações na lei, porque, quanto maior a incerteza, menor o leque de disputa, mais oneroso o ajuste para a administração pública e/ou os usuários.

Mas a recente mudança na Lei 11.079/04, pela Lei 13.529/17, não cuidou disso, ainda que possa ser aplaudida sob certo aspecto.

O objetivo central da alteração foi alargar o uso das PPPs por municípios. Vê-se que a ideia original quanto ao uso mais restrito desses contratos, cogitando-se do que se pode chamar de “grande” infraestrutura, ainda que não completamente abandonada, é relativizada.

Em primeiro lugar, o valor mínimo dos contratos de PPPs foi reduzido. A atual redação da Lei das PPPs fixa em R\$ 10 milhões o piso dos contratos (artigo 6º). Com isso, não se autoriza a celebração de PPP para a solução de qualquer demanda, em especial porque preservada a exigência de indicar os motivos que conduzem à eleição dessas modelagens de ajuste, já referida neste artigo.



É fato que a redução de entraves para que os municípios possam celebrar PPPs há anos é reclamada, mas as pontuais mudanças legais não solucionam tudo. A diminuição do valor básico dos contratos, de resto nunca atualizado desde a edição da lei, isoladamente não remove os obstáculos e contribui limitadamente para a pulverização das PPPs municipais.

É notório que outro relevante obstáculo ao uso das PPPs pelos municípios está na fase de preparação das licitações e contratos. Se a fase preparatória de qualquer licitação já é desafiadora quando não se tem corpo técnico experimentado, a situação se agrava diante de contratos complexos, como os das PPPs, que envolvem tarefas várias e se prolongam no tempo.

Em verdade, os estados e a União também usualmente demandam apoio privado na preparação da licitação de PPPs, sobretudo para construir os anexos do edital.

A contratação de consultorias para essa finalidade onera o poder público e se traduz em um óbice indireto e real, sobretudo para os municípios.

A criação de um fundo (artigo 1º) com a pretensão exclusiva de financiar serviços técnicos profissionais especializados, com vistas a apoiar a estruturação e o desenvolvimento de projetos de concessão e parcerias público-privadas da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, em regime isolado ou consorciado, até o limite de R\$ 180 milhões, é importante, mas também não resolve a questão de forma definitiva.

A União participará do fundo, mas não será a única cotista.

Pessoas físicas e jurídicas de direito público e privado também poderão adquirir cotas (artigo 2º, parágrafo 2º). Essa a forma principal de capitalização do fundo, embora outras a ela se agreguem, entre elas o reembolso dos valores despendidos pelo agente administrador (artigo 2º, parágrafo 3º, III), que será uma instituição financeira federal (artigo 2º), na contratação dos serviços de consultoria.

Logo, o fundo não arcará com o custo das consultorias de forma definitiva. Cabe-lhe contratá-las, mas com posterior reembolso.

As regras para o reembolso vão constar do estatuto do fundo a ser criado (artigo 2º, parágrafo 4º, V). Assim como também caberá ao estatuto a disciplina sobre a remuneração da instituição administradora do fundo.

Enfim, o almoço não será de graça. Ainda assim, tem-se entendido que a atual redação da lei favorece os municípios.

Mas nenhuma modificação que enfrentasse a questão dos riscos, que, claro, são ainda mais significativos quando o contrato é celebrado com os municípios, foi promovida. Incentiva-se o emprego das PPPs, o que pode ser aplaudido, em certo modo, mas não se enfrentam as arestas que a experiência já registrou.

Ideal seria que o incentivo ao uso se fizesse acompanhado de outras modificações, sempre visando reduzir o risco, em especial, o de oscilações e comandos provenientes do poder concedente ou de



---

inanição quanto às garantias.

Perdeu-se uma boa oportunidade.

---

1 As divergências doutrinárias que acompanharam a edição da Lei 11.079/04 sobre a identidade dos contratos ali delineados escapam ao presente artigo, cuja pretensão é convidar a reflexões sobre novidades a respeito do tema.

2 Caso de Minas Gerais, primeiro estado a legislar sobre o tema, e com rica experiência na celebração de PPPs .

3 Não se está a defender a transferência da totalidade dos serviços de educação e saúde ao setor privado, mas a atuação acessória, que já era, antes mesmo de 2004, feita por particulares. As discussões envolvendo a polêmica transferência total, defendida por uns, rechaçada por tantos, mereceria abordagem em artigo próprio.

4 Obrigatória, segundo o artigo 10, inciso VI.

5 Exatamente por isso a Lei 11.079/04 impõe a explicação das razões e estudos que podem justificar a opção pelo modelo, conforme se infere do artigo 10, I “a”.

6 Caso das PPPs de iluminação pública são importante exemplo porque contratadas pelos municípios impõe contatos com outras entidades envolvidas na distribuição da energia. O mesmo ocorre com PPPs na área de saúde, dada a existência de um sistema único de saúde a criar elos entre os entes federados.

7 A esse respeito, de se recordar que o artigo 37 da Lei 8.987/95, que aborda a encampação, faz alusão à indenização, nos moldes previstos no artigo 36, que, por sua vez, não abrange lucros cessantes, já que está a disciplinar o rompimento da culpa da contratada (caducidade). A lacuna legal gera discussões doutrinárias transportáveis à realidade das divergências contratuais. A eliminação de dúvidas favorece a segurança jurídica e contribui para inibir decisões administrativas pautadas sobretudo por rompimentos políticos experimentados especialmente quando de novas eleições.

#### **Date Created**

08/02/2018