



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A SUBUTILIZAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA CONSERVAÇÃO DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO

Ana Carolina Vieira Moreira

Rio de Janeiro
2020

ANA CAROLINA VIEIRA MOREIRA

A SUBUTILIZAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA CONSERVAÇÃO DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Maria Carolina Cancellata de Amorim
Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2020

A SUBUTILIZAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA CONSERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Ana Carolina Vieira Moreira

Advogada no Kincaid Mendes Vianna Advogados. Graduada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Ciências e Letras no Colégio Pedro II.

Resumo – A Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004, introduziu em âmbito nacional, o Programa de Parcerias público-Privadas como alternativa para, através da captação de interesses privados, promover de forma mais eficiente a prestação de serviços e consecução de obras públicas, a exemplo da experiência positiva verificada no Reino Unido e na França. O país conta, atualmente, com 328 contratos assinados, distribuídos entre municípios, estados e União, a maioria dos quais se orienta à execução de obras de infraestrutura. Este projeto pretende analisar a formulação do modelo brasileiro de PPPs e o seu impacto na proposição de iniciativas voltadas à conservação do patrimônio público.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Parcerias Público-Privadas. Patrimônio Público.

Sumário – Introdução. 1. O modelo brasileiro de Parcerias Público-Privadas: a experiência brasileira confrontada com o cenário internacional. 2. Da possibilidade fático-jurídica de implantação de projetos para conservação do patrimônio: limites conceituais e problemas concretos 3. A adoção de PPPs como alternativa para a ineficiência pública na gestão de bens e serviços: mútuo benefício ou prevalência de interesses privados? Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica se propõe a investigar o contexto fático-jurídico que conflui para a subutilização das Parcerias Público-Privadas na conservação do patrimônio público.

Partindo-se do caso paradigmático envolvendo o incêndio de grandes proporções que atingiu o Museu Nacional, em 2 de setembro 2018 – e que destruiu grande parte do seu acervo de 20 milhões de itens, dentre eles fósseis, múmias, peças indígenas e livros raros –, indaga-se se o Poder Público tem desempenhado seu papel na conservação do patrimônio público, e de que maneira agentes particulares podem auxiliar na construção de um modelo de gestão eficiente, capaz de evitar novas baixas no acervo cultural brasileiro e demais bens coletivos.

Implantado em 2004 com o objetivo de promover maior eficiência na prestação de serviços e obras públicas, através da cooperação de agentes privados com a Administração Pública,

o Programa de Parcerias Público-Privadas, inaugurado através da Lei nº 11.079/04, ainda se apresenta como uma novidade no Brasil, em vista o reduzido número de contratos em execução.

Verifica-se que, atualmente, existem 2.114 (dois mil, cento e quatorze) projetos voltados para esta essa modalidade de contratação pública, levando a crer que outros fatores cominam para seu baixo índice de implantação, sobretudo no âmbito da gestão do patrimônio público, onde as perspectivas de alto custo e baixo retorno contribuem para o desestímulo dos agentes privados.

Em vista do exponencial interesse particular na exploração de atividades afetas à prestação de serviços e obras de interesse público, discute-se o modelo de parcerias público-privadas instituído no Brasil e os impasses relativos à sua aplicação na gestão dos haveres culturais.

De tal sorte, no primeiro capítulo, analisa-se os contornos gerais do modelo brasileiro de Parcerias Público-Privadas face ao paradigma inglês, que lhe deu origem. Desse modo, objetiva-se averiguar de que modo as PPPs podem contribuir para a concretização dos objetivos postos constitucionalmente e, especificamente, por quais razões este modelo vem sendo subutilizado com foco na preservação dos haveres públicos.

Dando seguimento à incursão, no segundo capítulo serão levantadas prováveis razões para a existência de poucas contratações efetivadas nessa modalidade, a despeito do crescente interesse na exploração econômica de serviços e obras públicas. Para tanto, através de análise quantitativa de PPPs implantadas e projetos em discussão, busca-se averiguar se há um déficit de projetos voltados para a manutenção do legado popular.

Por fim, no terceiro capítulo, a vista do previamente discutido, questiona-se se há viabilidade na consecução de tais projetos, ou se há óbice pelo direcionamento dos interesses privados a áreas incompatíveis com os objetivos discutidos, a exemplo de obras de engenharia no setor de infraestrutura. De tal modo, busca-se sustentar a possibilidade jurídica de consecução de Parcerias Público-Privadas como meio eficiente e eficaz para a conservação do patrimônio público.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora partirá de premissas hipotéticas, que acredita viáveis e adequadas, para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será quantitativa e qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende analisar projetos e contratos de PPP para sustentar sua tese.

1. O MODELO BRASILEIRO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA CONFRONTADA COM O CENÁRIO INTERNACIONAL

A parceria público-privada constitui modalidade de contratação pública em que os entes públicos e as organizações particulares, mediante o compartilhamento de riscos e com financiamento obtido, no todo ou em parte, pelo setor privado, assumem a realização de serviços ou empreendimentos públicos.¹

Tal modelagem encontra previsão na Lei nº 11.079/04, através da qual foram inseridas no ordenamento jurídico pátrio as normas gerais para licitação e contratação de PPPs no âmbito da Administração Pública Federal.

Embora a referida normativa mire-se no exemplo europeu de parceria, porquanto intenta atrair investimentos empresariais para atividades tipicamente públicas “ante a falta de recursos financeiros e aproveitamento da eficiência de gestão do setor privado” – consoante se depreende da mensagem de encaminhamento do ora Projeto de Lei nº 2.546/03 à Câmara dos Deputados –, o legislador conferiu contornos estritos ao modelo tupiniquim que inexistem no velho continente.

Com efeito, embora existam outras modalidades de parceria entre agentes públicos e privados – i.e., concessão comum, concessão de direito real de uso, e concessão de uso –, a Lei nº 11.079/04 reservou a expressão parceria público privada para duas modalidades específicas, quais sejam, concessão patrocinada e concessão administrativa, conforme determina o Art. 2º, §§1º e 2º.

Assim, cabe destacar que as parcerias público-privadas, tais como compreendidas em sua acepção originária, mormente pela comunidade europeia, onde tal modalidade de contratação teve origem, pertence ao gênero das concessões, equiparável à combinação do disposto pela Lei nº 8.987/95² com a Lei nº 10.079/04.

Nesse sentido, a associação das modalidades patrocinada e administrativa ao gênero, pelo legislador ordinário, teria sido equivocada, tal como afirma Carlos Ari Sundfeld³, de modo a Lei das PPPs não deveria ser compreendida como uma lei geral de parcerias, mas sim como uma lei sobre duas de suas espécies típicas, ou seja, duas modalidades criadas pela Lei nº 10.079/04.

¹ BRASIL. *Projeto de Lei nº 2.546*, de 11 de novembro de 2003. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=144047>>. Acesso em: 5 out. 2019.

² Lei que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia jurídico das parcerias público-privadas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 24.

Isto, porque preceitua o Art. 2º, §1º da Lei nº 11.079/04, que a 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, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado⁴.

A seu turno, a concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, conforme Art. 2º, §2º da Lei nº 11.079/04. Neste caso, a fonte de remuneração será exclusivamente proveniente do ente público contratante.

Maria Silvia Zanella Di Pietro⁵ busca fornecer um conceito englobante de PPP, tal qual entabulado pela Lei nº 10.079/04, o descrevendo como o contrato de concessão que tem por objeto a execução de serviço público, precedido ou não de obra pública, em que há a remuneração do parceiro privado mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou prestação de serviço de serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

A primeira parceria público-privada firmada no Brasil, em consonância com a modelagem estabelecida à Lei nº 11.079/04, foi firmada para fins e construção da Linha 4 do Metrô de São Paulo, dentro da modalidade de concessão patrocinada. A primeira concessão administrativa foi celebrada apenas um mês depois, para consecução do Sistema de Disposição Oceânica do Rio Jaguaribe, pelo Governo do Estado da Bahia⁶.

Dentro desse cenário, e aproximando-se o marco de 15 (quinze) anos da promulgação da Lei das PPPs, a despeito do elevado quantitativo de propostas levadas ao poder público – mais de 1.400 (mil e quatrocentos) registros de manifestações de interesse foram realizados apenas em 2018 –, o efetivo número de contratações celebradas se resume a 106 (cento e seis) PPPs⁷.

Entusiastas de um maior engajamento de agentes privados em atividades tradicionalmente capitaneadas pela Administração Pública defendem que a adoção de parcerias importa no

⁴ BRASIL. *Lei nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 1 mai. 2019.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público privada e outras formas*, 9 ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 148.

⁶ COSCARELLI, Bruno Vidigal. *A primeira PPP no Brasil*. Disponível em: <<https://www.radarppp.com/blog/a-primeira-ppp-no-brasil/>>. Acesso em: 1 mai. 2019

⁷ RADAR PPP. Disponível em: <<https://www.radarppp.com/informacao/radar-de-projetos/>> Acesso em: 4 fev. 2019.

implemento de um modelo de eficiência, na medida em que possibilita a adoção de sistemas de metas e incentivos próprios da iniciativa privada, assim como efetivariam a transparência na prestação de serviços públicos, dinamizando o retorno de investimentos através de inovação tecnológica, além de alocação ótima de riscos entre parceiros público e privado⁸.

Nos mesmos lindes, Gesner de Oliveira⁹ aponta que, embora a nova legislação tenha demandado prolongado período de acomodação, concessões administrativas e patrocinadas devem prosperar na próxima década em sendo possível desfazer ditos “gargalos”, tais como reduzir os riscos político, fiscal e econômico, assim como o déficit regulatório setorial¹⁰.

Em contrapartida, o Reino Unido, reconhecido berço das parcerias público-privadas, conta com 730 (setecentos e trinta) projetos firmados nos últimos 20 (vinte) anos. Nascido da necessidade de manutenção de edifícios públicos históricos em um contexto de *déficit* orçamentário, o governo britânico originalmente criou uma unidade específica de PPPs fora do setor público, mas com sua participação, usando competências e habilidades comerciais para melhorar as escolhas de investimentos públicos.¹¹

Em constante evolução, em 2016 a estrutura administrativa e técnica destinada à consecução de tais parcerias, a *Infrastructure UK*¹² – assim chamada porque uma parcela significativa de seus investimentos se destina a projetos de infraestrutura –, foi fundida com a *Major Projects Authority*¹³, formando uma nova agência, a *Infrastructure and Projects Authority*¹⁴.

A iniciativa, atualmente, faz parte do Tesouro Britânico, reportando-se também ao Gabinete do Primeiro Ministro, em razão do relevante interesse social nas obras relacionadas à malha ferroviária nacional, educação, saúde e habitação, dentre outras, por ela capitaneadas, contando com corpo técnico habilitado para analisar e aprovar obras para todas as compras e licitações do Reino Unido.

⁸ OLIVEIRA, Gesner. DE OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo, *Parcerias Público-privadas: experiências, desafios e propostas*, 1 ed., Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 19

⁹ *Ibidem*, p. 23/24

¹⁰ *Infrastructure and Projects Authority, About us*. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/organisations/infrastructure-and-projects-authority/about>>, Acesso em 1 mai. 2019

¹¹ *Ibidem*

¹² Infraestrutura Reino Unido.

¹³ Autoridade em Grandes Projetos.

¹⁴ *Infrastructure and Projects Authority*, op cit., nota 10.

Em 2012, o governo do Reino Unido reformulou sua estratégia para o uso das parcerias público-privadas, apresentando *A new approach to public partnerships*¹⁵, cujas diretrizes envolvem a possibilidade de participação acionária minoritária do setor público em projetos selecionados, e prevendo a possibilidade de maior retenção de riscos por parte do setor público, além de sinalizar um modelo de eficiência atrelado a *value for money*¹⁶, conceito atrelado à gestão eficiente de despesas para fins de obtenção do melhor resultado com o menor custo possível¹⁷.

Pelo exposto, embora a análise comprada de tal instituto pareça indicar, se não uma vocação, relevante inclinação das PPPs para contratações orientadas a construção de grandes projetos e infraestrutura, veremos que não há óbice à consecução de outros objetivos.

2. DA POSSIBILIDADE FÁTICO-JURÍDICA DE IMPLANTAÇÃO DE PROJETOS PARA CONSERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO: LIMITES CONCEITUAIS E PROBLEMAS CONCRETOS

Como visto anteriormente, as PPPs tiveram origem na necessidade realização de grandes obras sem o repasse dos respectivos custos ao ente público responsável, com aproveitamento dos interesses privados, mediante firme e duradouro compromisso financeiro do contratante.

Com efeito, os conceitos teóricos e jurídicos concernentes a essa modalidade de contratação atrelam-se profundamente a empreendimentos de grande porte, mormente realização de obras de grande vulto e escala, a exemplo de como portos, aeroportos e rodovias.

Isto, porque uma PPP permite que o custo de capital de implantação de determinada infraestrutura seja diluído ao longo do ciclo de vida do empreendimento, em vez que exigir o imediato contingenciamento do orçamento público referente à integralidade do montante¹⁸.

Sem embargo, tais características reconduzem ao preponderante interesse da Administração na prospecção de projetos que permitam, por meio da desoneração de receitas,

¹⁵ Uma nova abordagem para parceria público-privadas. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/205112/pf2_infrastructure_new_approach_to_public_private_partnerships_051212.pdf> Acesso em: 1 mai. 2019.

¹⁶ Vantajosidade pública

¹⁷ *HM Treasury. A new approach to public partnerships.* op cit., nota 15.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*, 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 57

prestar serviços essenciais à população, concomitantemente, honrando com compromissos postos pela Constituição Cidadã.

Nesse diapasão, rememora-se que a Constituição Federal de 1988 elevou a conservação do patrimônio cultural brasileiro ao patamar de direito atinente aos cidadãos e obrigação imperativa ao Poder Público, ao prelecionar em seu Art. 216, § 1º, que “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.”

Assim, a referida norma constitucional albergou de forma inequívoca a proteção de criações científicas, artísticas e tecnológicas; obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; bem como os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Tal responsabilidade foi atribuída à Administração Pública em suas diversas esferas de poder, ao Art. 23, I da CRFB/88, estabelecendo ser “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público.”

Na mesma linha, a Lei Maior, em seus Arts. 24, VII, e 30, IX, disciplina competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, e aos Municípios promover tal proteção a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Embora o legislador originário tenha elencado alguns instrumentos para a promoção do “acautelamento e preservação” dos haveres públicos culturais, fato é que esses não encerram a totalidade das providências necessárias à cautela de tais bens, razão pela qual demais institutos foram delegados à legislação extravagante.

Reconduz-se, dessa forma, à Lei das PPPs e às modalidades contratuais nela contidas como alternativas à viabilização, por meio da intervenção de *players* privados, de vultosos investimentos na conservação de patrimônio histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, que de outro modo seriam relegados em razão da ausência de recursos do Erário, como ocorreu no caso do Museu Nacional¹⁹.

¹⁹ Administrado desde 1946 pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), o Museu Nacional foi acometido por um incêndio de grandes proporções em 2 de setembro 2018, que destruiu grande parte do acervo de 20 milhões de

Com efeito, o teor do Art. 2º, § 4º, incisos I, II e III da Lei Federal nº 11.079/04, permite apreender que o legislador não reservou as PPPs às grandes infraestruturas de forma intencional. Em verdade, o mencionado aresto expressamente assevera que não serão admitidas as parcerias celebradas com o objetivo único de fornecimento de mão-de-obra, e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

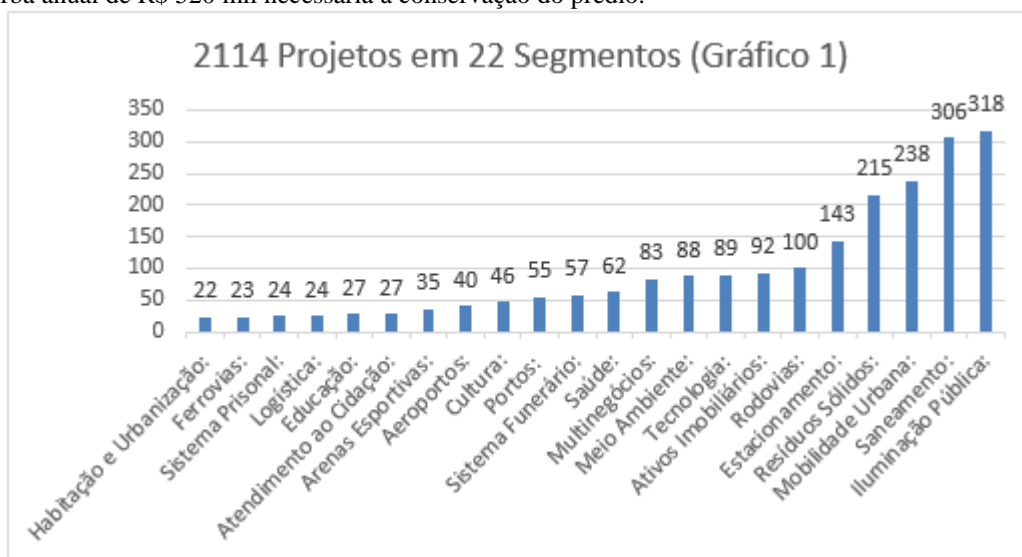
Ademias, encontra-se expressa vedação elencada pela Lei das PPPs a respeito da impossibilidade de contratação público-privada em valor inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) – valor global do empreendimento – estando esse pulverizado em, ao menos, 5 (cinco) anos de serviços prestados, conforme redação dada pela Lei Federal nº 13.529/17.

Nesse cenário, de plano já é possível concluir que Lei das PPP não privilegiou grandes projetos de infraestrutura em detrimento de outros objetivos, na medida em que compreende duas modelagens abrangentes, capazes de comportar tanto implemento de estruturas complexas, quanto o fornecimento de serviços ao Estado.

Não obstante, o cenário vigente parece deficitário em vista das obrigações impositivas entabuladas pelo Art. 216 da CRFB/88, uma vez que as parcerias firmadas para gestão e conservação de bens ecológicos, ambientais e arenas esportivas de relevante valor cultural, são diminutas face à universalidade de projetos prospectados junto ao Poder Público²⁰.

Em linhas gerais, atualmente existem 2114 (dois mil, cento e quatro) projetos, em discussão e desenvolvimento, distribuídos entre 22 (vinte e duas) áreas de expertise: Habitação e

itens, dentre eles fósseis, múmias, peças indígenas e livros raros. Desde 2014, a instituição não vinha recebendo a verba anual de R\$ 520 mil necessária à conservação do prédio.



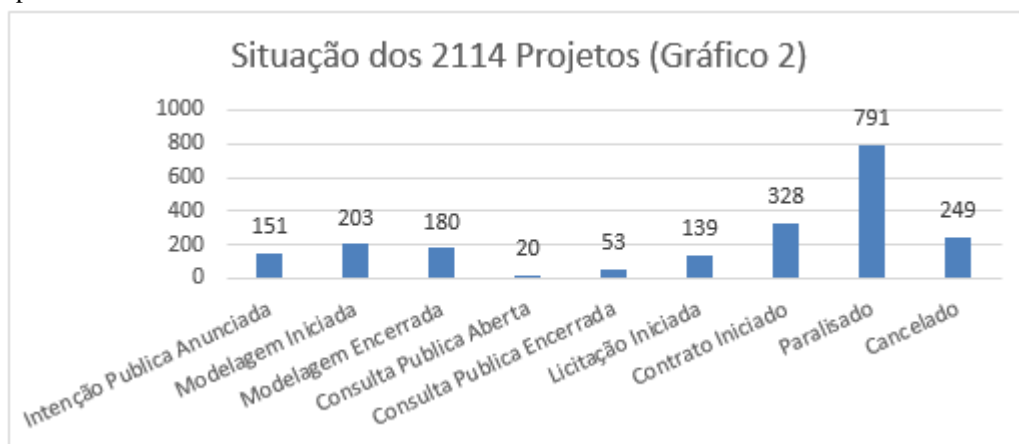
Urbanização (22), Ferrovias (23), Sistema Prisional (24), Logística (24), Educação (27), Atendimento ao Cidadão (27), Arenas Esportivas (35), Aeroportos (40), Cultura (46), Portos (55), Sistema Funerário (57), Saúde (62), Multinegócios (83), Meio Ambiente (88), Tecnologia (89), Ativos Imobiliários (92), Rodovias (100), Estacionamentos (143), Resíduos Sólidos (215), Mobilidade Urbana (238), Saneamento (306), Iluminação Pública (318)²¹.

Entretanto, o numerário supra abrange empreitadas em diferentes fases de concepção, compreendendo desde a anúncio da intenção pública até a efetiva assinatura do contrato, englobando, ainda, contratações paralisadas e eventualmente canceladas²².

Não se perde de vista, portanto, que o quantitativo de 328 (trezentos e vinte e oito) contratações de PPP ativas é consideravelmente inferior ao montante total de proposições levadas ao Poder Público, que é 2114 (dois mil, cento e quatorze), importando em 15,16% (quinze vírgula dezesseis por cento) do quantitativo final de projetos.

A seu turno, os 328 (trezentos e vinte e oito) contratos vigentes estão distribuídos, da seguinte forma, nos 22 (vinte e duas) segmentos: Habitação e Urbanização (4 – 1,21%), Ferrovias (1 – 0,30%), Sistema Prisional (3 – 0,91%), Logística (2 – 0,60%), Educação (1 – 0,30%), Atendimento ao Cidadão (7 – 2,13%), Arenas Esportivas (10 – 3,28%), Aeroportos (18 – 5,49%), Cultura (7 – 2,13%), Portos (7 – 2,13%), Sistema Funerário (9 – 2,74%), Saúde (11 – 3,35%), Multinegócios (10 – 3,28%), Meio Ambiente (11 – 3,35%), Tecnologia (3 – 0,91%), Ativos Imobiliários (6 – 1,83%), Rodovias (19 – 5,19%), Estacionamentos (43 – 13,11%), Resíduos Sólidos (36 – 10,97%), Mobilidade Urbana (26 – 7,92%), Saneamento (75 – 22,86%), Iluminação Pública (19 – 5,19%)²³.

²¹ Op. Cit nota 7.



²²

²³ Op. cit. nota 21.

Dessarte, verifica-se relevante afluência nos segmentos afeitos à infraestrutura e serviços básicos, sobremaneira na porção ascendente do Gráfico 3²⁴, onde concentram-se os ramos de Rodovias, Resíduos Sólidos, Mobilidade Urbana e Iluminação Pública, tradicionalmente agregadores de investimentos sociais, que juntos correspondem a 46,94% das contratações.

Parece significativo notar que, embora os gráficos guardem as devidas proporções entre os quantitativos de projetos e contratações efetivas por segmento, há manifesta proporção nos setores de Mobilidade Urbana e Iluminação Pública, o que parece sugerir que tais áreas despontam como tendências mercadológicas na contratação com o Poder Público.

De outra banda, as contratações circunscritas ao escopo do presente estudo - Arenas Esportivas (10 – 3,28%), Cultura (7 – 2,13%), e Meio Ambiente (11 – 3,35%) – perfaz montante equivalente a 8,76% (oito vírgula setenta e seis por cento) do Gráfico 3.

O mesmo se verifica quanto ao Gráfico 1, onde o numerário de projetos relativos a conservação do patrimônio cultural/ambiental – Arenas Esportivas (35 – 1,65%), Cultura (46 – 2,17%) e Meio Ambiente (88 – 4,16%) – equivale a 7,98% (sete vírgula noventa e oito por cento) do quantitativo de proposições

Relevante, ainda, a análise comparativa entre as modelagens empregadas nos segmentos objeto do presente estudo face aos demais, tendo em vista que essa revela um predomínio de Concessões Administrativas – Lei nº 11.079/04 –, Concessões Comuns – Lei nº 8.987/96 – e Concessões de Uso – que advém de construção doutrinária e jurisprudencial com base no Art. 22, XXVII da CRFB/88.

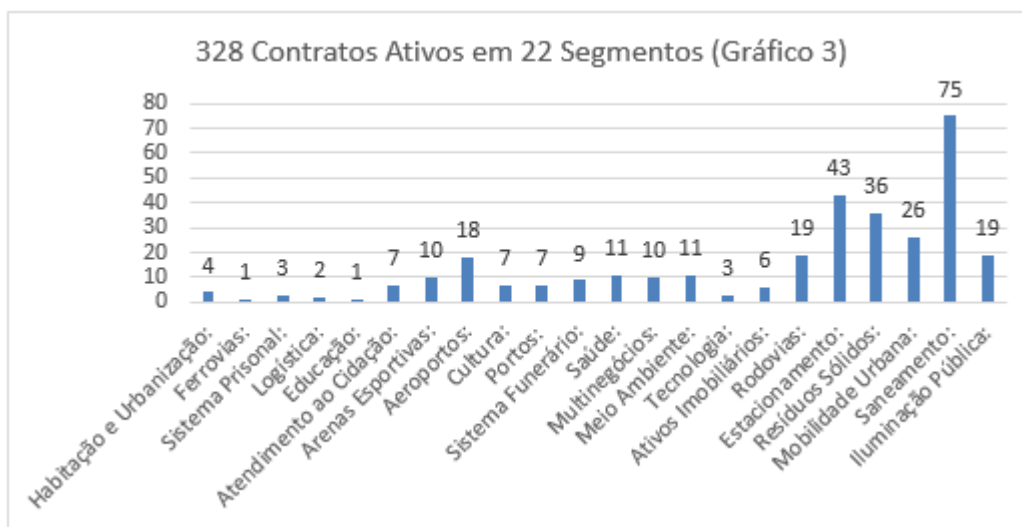


Tabela 1 - Modalidades Contratuais – Arenas Esportivas, Cultura e Meio Ambiente						
	C. Administrativa	C. Comum	Direito Real de Uso	C.de Uso	C. Patrocinada	Total
Em tratativas	2	10	2	5	0	60
Contrato assinado	8	6	2	12	0	10
Cancelado / Paralisado	5	13	0	5	2	25
Total	15	19	4	22	2	95

Tabela 2 - Modalidades Contratuais – Outros Segmentos						
	C. Administrativa	C. Comum	Direito Real de Uso	C. de Uso	C. Patrocinada	Total
Em tratativas	97	178	1	17	4	297
Contrato assinado	91	178	2	12	17	300
Cancelado / Paralisado	205	173	2	22	13	597
Total	393	529	5	51	34	1194

A vista dos dados coletados, parece possível afirmar a inadequação da modelagem de Concessão Patrocinada ao escopo do grupo Arenas Esportivas, Cultura e Meio Ambiente, haja vista a inexistência de proposições e contratações efetivas de tal espécie, conforme Tabela 2.

Tal fenômeno pode ser explicado como um reflexo das vedações dispostas pelo Art. 4, incisos I, II e III, vez que somente algumas das atividades permitirão a cobrança de tarifa – sendo objeto de Concessão Patrocinada –, proporcionando um predomínio de Concessões Administrativas e Comuns, tal como observado nas Tabelas 1 e 2.

Noutro ângulo, a concentração de Concessões Comuns pode ser atribuída à consolidação e difusão do instituto, que, conforme visto, foi inaugurado no Ordenamento Jurídico Brasileiro através de diploma legal que antecedeu a Lei das PPPs em 9 (nove) anos.

Por tais considerações, nos parece possível afirmar, com base em premissas legais e doutrinárias, não haver embargo à celebração de parcerias, mormente na modalidade de concessão administrativa – porquanto mais adequada em consonância com os moldes da Lei nº 11.079/04 –, visando a manutenção do acervo comum, e não o exclusivo interesse das partes contratantes.

3. A ADOÇÃO DE PPPS COMO ALTERNATIVA PARA A INEFICIÊNCIA PÚBLICA NA GESTÃO DE BENS E SERVIÇOS: MÚTUO BENEFÍCIO OU PREVALÊNCIA DE INTERESSES PRIVADOS?

Como visto, as Parcerias Público-Privadas têm como característica marcante a desoneração das receitas públicas em concomitância com a consecução de projetos orientado ao atendimento de interesses coletivos juridicamente tutelados.

Com efeito, uma infraestrutura adequada é determinante para desenvolvimento econômico e social do país, com o aumento da produtividade e da competitividade da economia e ampliação dos fluxos de comércio internacional, bem como para a prestação de serviços públicos eficientes e adequados, viabilizando o exercício de direitos fundamentais dos cidadãos e a redução das desigualdades regionais²⁵.

Por tal lógica, é indiscutível a relevância das PPPs para o fortalecimento do setor de infraestrutura no Brasil, onde a carência de estruturas e serviços ofertados à comunidade se beneficia grandemente do amplo espectro de empreendimentos viabilizados exclusiva ou majoritariamente através do aporte de recursos privados.

Tendo em vista que, quanto maior o empreendimento, maior a perspectiva de retorno financeiro, parece natural que quantidade relevante de parcerias visionadas estejam orientadas ao emprego de grandes obras e projetos para a ampliação ou reforma de grandes estruturas, tal qual observado à época de eventos tais como os Jogos Olímpicos de 2016 e a Copa do Mundo de 2018.

Sem embargo, verifica-se que as principais obras realizadas no bojo das preparações para o campeonato mundial de seleções foram contratadas na modalidade concessão administrativa, por envolverem a implementação, operação e manutenção de estádios desportivos, com a consequente realização de obras incidentais, a exemplo do ocorrido no Parque Olímpico do Rio de Janeiro²⁶ e no Estádio do Maracanã²⁷.

Não se perde de vista, contudo, a necessidade de adequação casuística ao formado de PPP, não exclusivamente pela aplicação da legislação de regência, mas pela harmonização do projeto à modelagem mais favorável à concretização dos objetivos propostos pelos entes contratantes.

Isso porque, conforme anteriormente delineado, em se tratando de concessão patrocinada, a rentabilização do empreendimento decorre do cômputo de receitas tarifárias, somadas à contraprestação do Estado. Além disso, em razão da equiparação desta modalidade com o contrato de concessão de serviços públicos e de obras públicas²⁸, na forma do Art. 11 da Lei nº 8.987/95, é

²⁵ AMARAL, Flávio. *Programa de Parcerias de Investimentos - PPI e o Direito da Infraestrutura*. Disponível em: <<http://www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br/doutrina/programa-de-parcerias-de-investimentos-ppi-e-o-direito-da-infraestrutura>>, Acesso em 10 jul. 2019

²⁶ “Parque Olímpico (Município do Rio de Janeiro)”. Disponível em: <<https://www.radarppp.com/resumo-de-contratos-de-ppps/parque-olimpico-municipio-do-rio-de-janeiro/>>. Acesso em: 29 set. 2019.

²⁷ “Estádio Maracanã (Estado do Rio de Janeiro)”. Disponível em: <<https://www.radarppp.com/resumo-de-contratos-de-ppps/estadio-maracana-estado-do-rio-de-janeiro/>>. Acesso em: 29 set. 2019.

²⁸ O Art. 3º, §1º da Lei nº 8.987/95 dispõe que a mesma, que versa sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, se aplica subsidiariamente às concessões patrocinadas, tal qual disciplinadas pela Lei nº 11.079/04.

facultado ao parceiro capitalista se remunerar também através de receitas alternativas, complementares, assessórias ou de projetos associados, no intuito de proporcionar a modicidade tarifária, tal como reduzir a parcela de investimento cabível à Administração.

No caso da concessão administrativa, essa possibilidade não existe, uma vez que a Administração Pública é a tomadora do serviço, sendo integralmente responsável pela remuneração do concessionário²⁹.

Por tais razões, a duração do contrato de PPP é elemento essencial à sua constituição, sendo atribuída duração mínima de 5 (cinco) anos, e máxima de 35 (trinta e cinco) anos, no intuito de permitir a amortização dos investimentos realizados pelas partes, na regra do Art. 5º da Lei 11.079/04. Dessa forma, será permitido ao poder público escalonar despesas referentes à consecução de serviços e eventuais obras ao longo da vigência contratual.

Noutro ângulo, não pode haver dúvida que há uma série de elementos comuns entre ambas modalidades de parceria que tornam a contratação atrativa e vantajosa para ambos parceiro capitalista e administrador: a) direito ao equilíbrio econômico financeiro do contrato pelo concessionário; b) repartição de riscos entre as partes contratantes (Art. 5, incisos III e IV); c) a prestação de garantias de execução do contrato pelo agente privado, de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo poder público, e contra garantia ao agente financiador do projeto (Art. 26).

Contudo, não se pode olvidar que a tipologia PPP extrapola a referida modalidade contratual, sendo certo que, partindo-se de premissas exclusivamente teóricas, seria possível inferir que essa não expressa plenamente a vantajosidade pública (*value for money*) – que, em linhas gerais, se refere aos ganhos de eficiência relativos à comparação de custos entre uma contratação tradicional e uma parceria público-privada³⁰ – atinente e essencial à concretização do instituto.

A esse respeito, Augusto Neves dal Pozzo e Pedro Jatene³¹ elucidam que, se por um lado as parcerias público-privadas comprazem com a conveniência estatal, permitindo-lhe aliviar seu orçamento, por outro mobilizam mais interesses privados, notadamente daqueles que endividarão a contratada – i.e. a Administração Pública – no financiamento do seu capital.

²⁹ Importante destacar, ainda, que, na concessão patrocinada, a execução do serviço público é delegada ao concessionário, que assume responsabilidades de gestão e execução material do projeto, ao passo em que, na concessão administrativa, o concessionário assume apenas a execução material do projeto, detendo a Administração a sua gestão, como leciona Di Pietro.

³⁰ JUSTEN FILHO, op cit., p. 59

³¹ Ibidem

Nesse sentido, PPPs – aqui compreendidas em maior espectro – que abrangem a realização de empreendimentos de grande vulto parecem dispor de maior prestígio no mercado financeiro, sendo, por conseguinte, privilegiados pela administração pública, em razão do seu potencial para movimentação da economia nacional.

Por essa ótica, ganha corpo o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI)³², criado pela Lei Federal nº 13.334 de 2016, com a finalidade de ampliar e fortalecer a interação entre o Estado e a iniciativa privada, por meio da celebração de contratos de parceria e de outras medidas de desestatização, contando com 53 (cinquenta e três) projetos em andamento nos setores hidroviário, termonuclear, ferroviário, aeroportuário, mobilidade urbana, infraestrutura hídrica, geração hidrelétrica, distribuição e transmissão de energia, mineração, óleo e gás.

Para exemplificar a atratividade de tais investimentos, cabe mencionar que, somente na 5ª Rodada de Concessões Aeroportuárias³³, atrelada ao Plano Nacional de Desestatização, houve a participação de 9 (nove) interessados na outorga onerosa de 12 (doze) aeroportos leiloados que, consoante Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental, realizados pelo Ministério da Infraestrutura, resultarão, nos primeiros 5 (cinco) anos da vigência das respectivas concessões, num investimento total de R\$ 1.47 bilhão nos 3 (três) blocos de aeroportos, sendo R\$ 788 milhões no Bloco Nordeste, R\$ 302 milhões no Sudeste, e R\$ 387,7 milhões no Centro-Oeste.

Não obstante, verifica-se a viabilidade econômica também na consecução de parcerias fora do escopo das grandes obras e infraestrutura, a exemplo da iniciativa do Governo do Estado de Minas Gerais, com a PPP Rota das Grutas Peter Lund, na modalidade concessão administrativa, voltada para a gestão das Unidades de Conservação do Parque Estadual do Sumidouro, Monumento Natural Estadual Gruta Rei do Mato e Monumento Natural Estadual Peter Lund.³⁴

Nos moldes do instrumento editalício divulgado no sítio próprio do Governo do Estado de Minas Gerais, pelo prazo de concessão de 25 (vinte e cinco) anos, o concessionário se responsabilizará pelas atividades atinentes à conservação da biodiversidade e do patrimônio histórico, espeleológico, arqueológico, paleontológico e natural das áreas sob concessão, tais como

³² ANAC. *Programa de Parcerias de Investimentos*. Disponível em: <<https://www.ppi.gov.br/sobre-o-programa>>. Acesso em: 10 jul. 2019

³³ ANAC. *Governo obtém R\$ 2,377 bilhões em concessão de aeroportos em blocos*. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/noticias/2019/governo-obtem-r-2-377-bilhoes-em-concessao-de-aeroportos-em-blocos>>. Acesso em: 10 jul. 2019

³⁴ PPP-MG. *Rota das Grutas Peter Lund*. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-em-elaboracao/rota-lund>> Acesso em: 10 jul. 2019

vigilância e monitoramento, apoio à prevenção de crimes ambientais, combate à incêndios e remediação de passivos ambientais, implantação, operação e manutenção de infraestrutura de acesso, comunicação e outras intervenções necessárias à promoção social e ambientalmente sustentável do potencial turístico das supramencionadas UCs.

A PPP das Rotas Lund se destaca dos outros em desenvolvimento e já concluídos no Estado de Minas Gerais por ser o único cujo objeto não está circunscrito à construção e implemento de infraestrutura e serviços, a exemplo da PPP Rodovia MG-050, PPP Mineirão e PPP Resíduos Sólidos, apenas para citar alguns dos contratos de concessão celebrados pela administração estadual desde 2014.³⁵

A exemplo do caso em testilha, a vantajosidade pública do empreendimento com escopo de gestão e conservação do patrimônio nacional – aqui abrangendo patrimônio histórico, cultural, artístico e natural – deve ser compreendida em parâmetros que extrapolam o cunho pecuniário do jargão cunhado na velha Inglaterra, posto que alberga, de forma inequívoca, o compromisso de “promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação” assumido na Art. 216, § 1º da Constituição Federal.

A chave, como visto acima, parece residir na correta projeção do empreendimento, e adequada modelagem jurídica e de perspectivas financeiras. Havendo a correta atribuição de riscos e o aporte necessário de garantias a viabilizar a empreitada a longo prazo, nada a obsta ao estudo e viabilização de parcerias que proporcionem, concomitantemente, a otimização de recursos públicos e a preservação do patrimônio universal.

CONCLUSÃO

Por meio do presente trabalho, buscou-se, inicialmente, oferecer um breve panorama da do modelo brasileiro de PPP, com breve incursão no paradigma inglês, modelo no qual nos espelhamos grandemente, apresentando principais características e objetivos pretendidos e alcançados com a Lei nº11.079 de /2004.

³⁵ PPP-MG. *Programa de Parceria Público-Privada do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br>> Acesso em: 10 jul. 2019

Foi visto que as parcerias público-privadas foram introduzidas lentamente no ordenamento jurídico brasileiro, seguindo o exemplo inglês de parceria como alternativa à privatização, primeiramente na forma de concessões, por meio da Lei nº 8.987/95, e finalmente, consolidando a modelagem existente na legislação estadual esparsa, pela edição da Lei das PPPs.

Em sequência, avaliamos as principais características desse instrumento, especialmente aquelas que denotam a atratividade de investimentos privados à atividades que remontam a relevante interesse público, notadamente, a correta atribuição de riscos e modelagem da parceria a se desenvolver, garantindo a adequada remuneração do parceiro empreendedor a longo prazo.

Com efeito, conceituamos que, na forma da Lei das PPPs, a concessão patrocinada envolve a execução de serviço público delegado ao concessionário, que vai assumir a sua gestão e a sua execução material, mediante cobrança de tarifa ao usuário, ao passo em que na concessão administrativa, a Administração Pública figura como tomadora direta ou indireta dos serviços contratados, sendo ela quem detém a gestão do serviço e a responsabilidade pela remuneração do parceiro privado.

Nesse sentido, foi possível concluir teleologicamente que o conceito de vantajosidade pública reconduz à atratividade mercadológica da parceria, tendo em vista que o aporte de recursos vultosos envolve a participação de outros atores, fato que movimenta a economia e é, por ora, incentivado pelo Estado.

Em contrapartida, foi possível verificar que não há óbice ao implemento de PPPs voltadas ao implemento de projetos de gestão e conservação do patrimônio histórico, cultural, artístico e natural, nos moldes estabelecidos pela legislação de vigência, e com base na análise comparada da experiência nacional e internacional de empreendimentos com escopo semelhante.

Por fim, identificamos que, a par da existência do direcionamento do interesse particular na gestão de grandes obras, onde os grandes riscos importam em garantia de retorno em grande vulto, não há óbice à modelagem de PPPs voltadas à conservação de patrimônio, mormente na modelagem concessão administrativa, tão somente à luz da Lei nº 11.079/04.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Flávio. *Programa de Parcerias de Investimentos - PPI e o Direito da Infraestrutura*. Disponível em: <<http://www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br/doutrina/programa-de-parcerias-de-investimentos-ppi-e-o-direito-da-infraestrutura>>, Acesso em 10 jul. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 4 fev. 2019.

_____. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 4 fev. 2019.

_____. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 4 fev. 2019.

_____. *Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13529.htm>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. *Projeto de Lei nº 2.546, de 11 de novembro de 2003*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=144047>>. Acesso em: 5 out. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 9 ed., São Paulo, Atlas, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*, 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FGV. *Parcerias Público-Privadas no Brasil*. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11647/PARCIAS%20PUBLICO%20PRIVADAS%20NO%20BRASIL.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2019.

OLIVEIRA, Gesner; De Oliveira Filho, Luiz Chrysostomo, *Parcerias Público-privadas: experiências, desafios e propostas*, 1ª Edição, Rio de Janeiro: LTC, 2013.

RADAR PPP. Disponível em: <<https://www.radarppp.com/>> Acesso em: 5 out. 2019.

RIBEIRO, Bruno Fialho. *Parcerias público-privadas no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40260/parcerias-publico-privadas-no-brasil>>. Acesso em: 4 fev. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia jurídico das parcerias público-privadas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.