

ORGANIZAÇÃO

Célio Marcos Lopes Machado
Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão
Vanessa Verdolim Hudson Andrade

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ATUALIDADE

APRESENTAÇÃO

João Marcelo de Lima Assafim

PREFÁCIO

Ministro Afrânio Vilela

Em um Estado no qual a administração pública é pautada pela eficiência, o uso de técnicas, práticas e processos típicos de setores privados revela-se como um instrumento apto a satisfazer adequadamente as necessidades coletivas. A convergência entre os setores público e privado contribui para o alcance do objetivo central do Estado: o atendimento das necessidades básicas da população, o oferecimento de serviço público de qualidade e o fomento da economia.

Esta obra apresenta concepções fundamentais sobre o instituto das parcerias público-privadas (PPPs) enquanto instrumento para viabilizar o atendimento de relevantes necessidades de interesse coletivo, insuscetíveis de satisfação mediante a atuação isolada do poder público, na linha da doutrina clássica. Também estabelece compreensões pormenorizadas sobre o instituto em relação a serviços públicos específicos, como na delegação do serviço de saúde e transporte.

As PPPs mostram-se atrativas ao poder público não apenas pela vantagem econômica, mas também pela possibilidade de implementação de tecnologias modernas e técnicas altamente competitivas, sem que isso resulte na transferência da titularidade do serviço, conforme amplamente demonstrado ao longo desta obra.

Estamos diante de uma obra essencial para os estudiosos do Direito Administrativo, em especial para aqueles que se dedicam ao estudo das concessões de serviços públicos, das licitações e dos contratos administrativos, porquanto oferece uma abordagem aprofundada e especializada sobre as parcerias público-privadas, apresentando a relevância desse instituto para a execução das políticas públicas na atualidade.

Dessa forma, a obra servirá de orientação jurídica para todos os que necessitarem operar a matéria e a lei, como os integrantes do Judiciário e do Ministério Público, para os administradores públicos e privados, e para os estudantes.

AFRÂNIO VILELA

Ministro do Superior Tribunal de Justiça



ISBN 978-65-6029-113-9



9 786560 291139



PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ATUALIDADE



ORGANIZAÇÃO

Célio Marcos Lopes Machado
Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão
Vanessa Verdolim Hudson Andrade

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ATUALIDADE

APRESENTAÇÃO

João Marcelo de Lima Assafim

PREFÁCIO

Ministro Afrânio Vilela

Coordenação Editorial
Pedro Camilo de Figueirêdo Neto

Conselho Editorial

DOUTORES:

Cristine Emily S. Nascimento
Fábio S. Santos
Ionã Carqueijo Scarante
João Evangelista do Nascimento Neto
José Gileá
Luciano Sérgio Ventim Bomfim
Magno Conceição das Mercês
Nadialice Francischini de Souza
Régia Mabel Freitas
Ricardo Maurício Freire Soares
Sheila Marta Carregosa Rocha
Urbano Félix Pugliese do Bomfim

MESTRES:

Angelo Boreggio
Bruno Barbosa Heim
Dandara Amazzi Lucas Pinho
Daniela Magalhães Costa de Jesus
Isan Almeida Lima
Jerusa de Arruda
Katia Maria Mendes da Silva
Marcelo Politano de Freitas
Matheus Martins de Oliveira
Pedro Camilo de Figueirêdo Neto
Raphael Lima R. Leal
Sandra Rosa Vespasiano Borges

Programação Visual de Capa
Fernando Campos

Diagramação
Alfredo Barreto

A revisão de linguagem e ABNT dos textos deste livro é de responsabilidade exclusiva de seus autores, não tendo sido feitas intervenções pela editora.

A reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer modo, somente será permitida com autorização da editora.
(Lei nº 9.610 de 19.02.1998)

CIP – Brasil. Catalogação na fonte

Parcerias Público-Privadas: desafios da administração pública na atualidade / Organizadores Célio Marcos Lopes Machado, Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão & Vanessa Verdolim Hudson Andrade. – Salvador: Mente Aberta, 2024.

460 p.; 15,5x23cm
ISBN: 978-65-6023-111-5

1. Direito. 2. Administração pública. 3. Parceria público-privada. I. Machado, Célio Marcos Lopes (organizadora). II. Leão, Simone Letícia Severo e Sousa Dabés (organizadora). III. Andrade, Vanessa Verdolim Hudson (organizadora). IV. Assafim, João Marcelo de Lima (apresentação). V. Vilela, Afrânio (prefácio). VI. Título.

Célio Marcos Lopes Machado

Advogado e economista. Mestre em Administração Pública com Gestão Econômica pela Fundação João Pinheiro. Professor associado à Fundação Dom Cabral (FDC). Doutor em Direito pela PUCMinas.

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão

Advogada. Pós-doutora em Direitos Humanos pela Universidad de Salamanca. Doutora em Direito Público (PUCMinas/Belo Horizonte). Mestre em Direito das Relações Econômico-Empresariais (Unifran/ São Paulo). Professora universitária. Membro da Diretoria do Colégio de Gestores em Saúde de Minas Gerais (Cogesmig).

Vanessa Verdolim Hudson Andrade

Desembargadora aposentada do TJMG. Professora universitária de Direito Econômico, Direito Comercial, Direito do Consumidor e Direito Processual Civil. Membro de Grupo Especializado em Parceria Público-Privada. Diretora do Colégio de Gestores em Saúde do Estado de Minas Gerais (Cogesmig). Membro e Diretora Científica da Academia de Ciências e Letras de Conselheiro Lafaiete (ACLCL).

AUTORAS/ES

Célio Marcos Lopes Machado
Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão
Vanessa Verdolim Hudson Andrade
Alex Dylan Freitas Silva
Alison Mendes Nogueira
Ana Clara da Cunha Peixoto Reis
Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci
André Moreira Storck Nunes
Antônio Augusto Silva Borges
Bárbara Sabina de Santana e Fonseca
Camila Nunes Coelho Lage
Carlos Eduardo Cancherini
Érika Vasconcelos Brandão
Estevão Grill Pontone
Frederico Santiago de Mendonça
Guilherme Rodriguez de Macedo
Heloísa Rodrigues da Rocha
Henrique Carivaldo de Miranda Neto
João Bosco Leopoldino da Fonseca
Júlia Tiburcio Miranda
Lais Locatelli
Leandro Martins Faria Sousa
Lilian Maciel Santos
Lucylea Gonçalves França
Luísa Maria Silva Reis
Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino
Michelle Asato Junqueira
Natália Cristine de Oliveira Lopes
Pablo Henrique de Oliveira
Patrícia Gorischi
Paula Carpes Victório
Paulo Márcio Reis Santos
Rafael Vinicius Normandia Cruz
Sabrina Nunes Borges
Teresa Cristina da Cunha Peixoto
Victor Fontão Rebelo



APRESENTAÇÃO

A tarefa de apresentar uma obra acadêmica é, mais que uma deferência, uma responsabilidade. Costumo afirmar para nossos alunos e colegas pesquisadores o fato de que a missão do investigador acadêmico é fazer o mundo melhor. E, com efeito, disso se trata.

Portanto, o labor de apresentar uma obra acadêmica significa ao mesmo tempo prover uma reflexão e divulgar o resultado da pesquisa aplicada em direito. Reitero neste momento o que já disse no passado, ao longo de quase três décadas, a função da pós-graduação em sentido estrito na área do direito é **responder a demanda social examinando os grandes problemas nacionais**.

Assim, a obra *Parcerias Público-Privadas: desafios da administração pública na atualidade*, sob a coordenação de Célio Marcos Lopes Machado, Simone Letícia S. e S. Dabés Leão e Vanessa Verdolim Hudson Andrade, representa a reunião de um catálogo de respostas a uma lista de problemas relevantes.

Pode parecer que se trata aqui tão somente de direito administrativo. Não, não é o caso. Vai-se além, muito além. Trata-se da disciplina de políticas públicas. Sem ela não há como se prover meios para tutelar o direito fundamental ao desenvolvimento (ao trabalho, à dignidade, à vida). Por isso, voltamos a disciplina da intervenção dos poderes públicos na economia. A pesquisa aplicada em direito e desenvolvimento, com pedra angular no direito econômico, tem foco na polêmica questão da distribuição da riqueza. Assim a cooperação entre a iniciativa privada e os poderes públicos pode gerar um grande avanço para a inovação, para o incremento da livre concorrência e para distribuição de renda e geração de empregos.

Nesse ponto, para efeitos de busca de soluções relevantes para problemas



relativos a emprego e renda, o estudo hermético unidisciplinar parece tornar-se imprestável. Por certo, assim é. Em uma abordagem interdisciplinar, tendo como premissa menor a análise dos fatos mediante a cooperação de outras disciplinas das ciências humanas aplicadas, a pesquisa sobre direito e desenvolvimento envolve vários ângulos da disciplina jurídica e respectiva cooperação com outras disciplinas, investigando-se como os dispositivos do direito positivo e das políticas públicas pertinentes podem ser empregados a bem deste fim. Nesse sentido, vale-nos testar o direito positivo a serviço das políticas públicas pensadas para conduzir ao desenvolvimento. Afinal, este é o meio de enfrentar e, quiçá, oxalá, vencer o problema do emprego e renda.

Assim, trata-se aqui não de outras coisas senão da defesa da dignidade da pessoa, do ser humano, pela tutela do direito ao desenvolvimento, e, mais uma vez, insisto: direito ao emprego e renda.

Pode-se indagar: como realizar um corte epistemológico que permita testar a solução do problema da renda mediante políticas públicas? O problema é trazido por Piketty: mesmo de pois de crises (seja a do *subprime* nos EEUU ou a da pandemia de COVID no mundo), o produto dos países tende voltar crescer, mas, no entanto, fato é que tende a concentrar mais rápido do que cresce, e, assim, a concentração torna sem efeito as políticas desenvolvimento e eventuais externalidades positivas decorrente da **liberdade de empreender**.

O epicentro do trabalho é a parceria público-privada como meio de fomento de áreas como saúde, infraestrutura, saneamento, inovação etc. Os trabalhos são abertos pela competente e respeitada Dra. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, que traça pertinentes comentários sobre a Lei de Parceria Público-Privada no âmbito da administração pública.

Em seguida, o extraordinário professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, nosso grande especialista em direito antitruste, indica que a ferramenta do PPP pode incentivar a inovação, o crescimento econômico, a distribuição equitativa de resultados e a livre concorrência a bem do consumidor.

Nesta obra coletiva há uma lista relevante de bons trabalhos. Assim, o capítulo “**A fiscalização de Parceria Público-Privada (PPPs) pelo Tribunal de Contas da União na perspectiva da Análise Econômica do Direito (AED)**” dos autores Heloísa Rodrigues da Rocha, Júlia Tiburcio Miranda e Paulo Márcio Reis Santos demonstra a importância da análise econômica da PPP. Na sequência, o título “**Perspectivas inovadoras dos contratos e dos custos de transação nas Parcerias Público-Privadas**” de Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino, Pablo Henrique de Oliveira e Victor Fontão Rebelo segue no mesmo sentido, usando a ferramenta da análise econômica em uma categoria de especial interesse para outros ramos, como por exemplo, a análise antitruste.

Diante dos desafios das políticas industriais e demanda por infraestrutura, o título **“A Parceria Público-Privada (PPP) como instrumento para o plano de ação das demandas estruturais”**, de André Moreira Storck Nunes e Lilian Maciel Santos traz ponto relevante para o desenvolvimento.

Com relação às políticas públicas de saúde, o capítulo **“Parceria Público-Privadas na área da saúde: em busca da melhoria de qualidade dos serviços de saúde no Brasil”**, de Carlos Eduardo Cancherini, Célio Marcos Lopes Machado, Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão, traz a importância do PPP para um setor que demanda políticas, como o Sistema Único de Saúde - SUS e, de outro lado, mercados concentrados. Nessa mesma linha, **“A utilização das Parcerias Público Privadas como instrumento complementar para a garantia do acesso à saúde”**, da autoria de Rafael Vinicius Normandia Cruz, Antônio Augusto Silva Borges e Sabrina Nunes Borges busca meios para ampliar o acesso.

No entanto, os desafios não poderiam ficar de fora e o capítulo **“Parceria Público-Privadas na saúde: benefícios e desafios”**, de Célio Marcos Lopes Machado, Leandro Martins Ferreira Sousa, Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão enfrenta com maestria este ângulo das questões.

Contudo, os riscos que advieram do assim denominado rol taxativo, da lista de enfermidades alcançadas pela saúde suplementar, são tratados no capítulo intitulado **“Os desafios da intenção integral à saúde mental no Brasil, políticas públicas e Parcerias Público-Privadas”**, da autora Lais Locatelli que enfrenta um problema pujante da demanda social. De igual forma, o título **“Programas de PPP para a saúde mental das crianças refugiadas”**, de Patrícia Gorischi e Paula Carpes Victório presta relevante reflexão sobre o problema das crianças refugiadas, em tempos de guerra.

A concorrência pública tem destaque nesta matéria, e, assim, o título **“Parcerias Público-Privadas à luz da Nova lei de Licitações”**, da autoria de Natália Cristine de Oliveira Lopes e Luísa Maria Silva Reis enfrenta um ponto sensível dos direitos administrativo e financeiro.

Por falar em emprego e renda, merece atenção a pesquisa intitulada **“Terceirização por meio de PPPs: fraude trabalhista e precarização do trabalho”**, de Alex Dylan Freitas Silva e Frederico Santiago de Mendonça.

A preocupação com o desenvolvimento sustentável não poderia ser desprezada, e, por isso, o capítulo **“PPPs e sustentabilidade: regulação das PPPs em matéria ambiental e as perspectivas para o futuro”**, de Lucylea Gonçalves França se ocupa de temas como governança, direitos humanos e meio ambiente (ESG). Nesse mesmo diapasão, surge o capítulo **“Parcerias Público-Privadas (PPPs) no setor minerário”**, dos autores Alison Mendes Nogueira e Guilherme Rodriguez de Macedo.

Outros ângulos da sustentabilidade surge com os capítulos **“As Parcerias Público-Privadas como instrumento para a universalização do**

acesso ao Saneamento Básico no Brasil: perspectivas e desafios”, de Bárbara Sabina de Santana e Fonseca, indicando a importância do saneamento para dignidade, para segurança alimentar e para políticas públicas de saúde, e, mencionando a segurança alimentar e, merece menção o capítulo **“Parcerias Público-Privadas: superação e desafios no Agronegócio Brasileiro”**, de Ana Clara da Cunha Peixoto Reis e Teresa Cristina da Cunha Peixoto, afinal, *“o agronegócio tem sido uma mola propulsora da economia brasileira. Evidentemente, as Parcerias Público-Privadas servirão para afirmar a liderança mundial de muitos produtos, em novos mercados”*.

Os formatos jurídicos das sociedades entram no debate pelo labor intitulado **“Reorganizações societárias: possibilidades, limites e desafios na Parceria Público Privada (PPP’S)”**, do autor Estevão Grill Pontone.

No que tange à educação – ponto central para o desenvolvimento – tem guarida nos capítulos **“Parceria Público-Privada na Educação Brasileira: reflexões sobre o atual e o porvir”**, de autoria das autoras Michelle Asato Junqueira e Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci, como, também, o capítulo intitulado **“Interseções e desafios: colaborações entre educação pública e privada no ensino superior brasileiro”**, de Henrique Carivaldo de Miranda Neto enfrenta um ponto relevante com percepções polêmicas.

A segurança pública não poderia restar esquecida e o título **“Parcerias Público-Privadas e o Sistema Carcerário Brasileiro”**, de Érika Vasconcelos Brandão enfrenta um problema de grande envergadura e testa uma relevante hipótese de resposta provisória. Por certo, o sistema carcerário deve estar disciplinado pelo Estado e a cooperação com a iniciativa privada pode prover recursos necessários para este ponto sensível.

Por fim, a inovação em um setor problemático nas grandes metrópoles e, quiçá, megalópolis do País no capítulo **“Parcerias Público-Privadas no setor de transporte brasileiro: desafios, inovação e mudanças no setor da mobilidade”**, da autora Camila Nunes Coelho Lage exhibe soluções interessantes para o transporte urbano.

A efeito do que nos interessa, ao fim e ao cabo, é o **impacto da PPP sobre o desenvolvimento, a inovação sobre a livre concorrência, consumo, emprego e renda**. Isso em setores específicos, tais como, por exemplo, a **saúde pública** e o **direito societário**, mas, principalmente, como meio de captação de recursos para investimentos e eficiência.

De todo modo, a situação problema não é tão simples. O mesmo processo, ao que parece, pode estar acontecendo em vários setores, ou mesmo, diversos dos mercados relevantes, como, por exemplo, varejo alimentar, bancário e saúde pública. No entanto, será que vetores ou remédios suscetíveis de forçar o equilíbrio do crescimento da concorrência e da evolução tecnológica podem gerar emprego e renda? Qual seria o papel do Estado nesse processo, caberia a ele conduzir estes vetores e dirigir as forças equilibradoras?

O bem-estar do consumidor, a interação entre fornecedores e adquirente, emprego e renda estão cumulativas ou isoladamente entre os objetivos da constituição da República?

Não é primeira vez que se indica que a pedra angular das políticas de desenvolvimento, com efeito, está no crédito, sim, mas, no entanto, não é só isso. E nessa linha de considerações, muito menos estaria tal política assentada no crédito a qualquer preço em quaisquer circunstâncias. As soluções para o dilema de Thomas Piketty, i.e., remédios para conter a alta velocidade da concentração estrutural da economia e, portanto, da renda (sendo que o produto cresce mais lentamente do que se concentra), está, fundamentalmente, na livre concorrência. Neste ponto, a inovação pode gerar a tão esperada concepção “*schumpeteriana*” da superação de monopólios pela concorrência dinâmica. As, assim denominadas, pelo festejado anglicanismo, *Fintechs* tendem a permitir, de alguma forma, que a esperança da concorrência por superação ocorra de várias formas, tais como, por exemplo, mediante a “inclusão” de um número importante de usuários “sem banco” e, possivelmente, acesso de novos empreendedores – no mercado digital destacadamente – aos novos e inovadores serviços financeiros, e, acredita-se, assim, que a nova fronteira seria o mercado de crédito e a, no limite, a captação de recursos da poupança popular pelas próprias *Fintechs*, *startups* ou não, através do mercado “bursátil” (de ações). Ainda que vez por outra surja algum “unicórnio” por aí (exibindo a extraordinária rentabilidade desse volátil coquetel entre capital de alto nível e tecnologia, como diz a revista “*The Economist*” em março de 2021), no mundo, sem ajuda de políticas públicas a ajustes jurídicos institucionais, dificilmente topar-se-á com um unicórnio brasileiro domiciliado no Brasil com alcance global. Por isso, importante ampliar as fontes de captação de recursos. A parceria público-privada pode ser um destes caminhos.

Entretanto, há elementos de políticas louváveis a bem do estímulo à competição por aperfeiçoamentos de *lege ferenda* por exceções de *lege lata*, como as “**caixas de areia**” (do injustificável anglicanismo *sandbox*) que permitem “encubar” sociedades jovens ou iniciantes (*startups*) do setor financeiro – as crianças podem brincar em segurança se observadas as “regras de distanciamento social” – com vistas não só a superar barreiras regulatórias dentro de um “cercadinho seguro” para **projetos inovadores** (os riscos a gerenciar – regulatórios, consumeristas, responsabilidade civil, etc. – são substancialmente elevados), mas também, captar – em breve, espera-se – **recursos da poupança popular no mercado de ações**, uma boa medida, ainda que, inicialmente, em um pacote de exceções temporalmente limitada a um ano (envolvendo o BACEN e a CVM).

Reitero o fato de que a Constituição da República Federativa do Brasil outorga aos brasileiros o direito ao desenvolvimento. Partindo-se da dignidade pelo acesso ao emprego e renda, os artigos 1º, 3º, 5º, 170 e 219 são

os alicerces do direito ao desenvolvimento no Brasil, também como direito fundamental. Um interesse individual homogêneo. Mas não só: interesse público. Indisponível. Inalienável.

Este direito – ao desenvolvimento – pertence ao povo brasileiro. O problema de Piketty é, ao fim, a grande trava das políticas de desenvolvimento: ainda que o produto cresça, ele concentra mais rápido do que cresce. Assim, não há “risco de êxito” de qualquer, ou de nenhuma, política de desenvolvimento se não houver mecanismos que garantam a distribuição equitativa de resultados. Quanto mais agentes atuando, melhor.

No centro dessas ações de “blindagem” das políticas de desenvolvimento estão, por certo, os mecanismos de crédito, recuperação judicial (e não execução concursal)¹, políticas de fomento das PME, políticas industriais (infraestrutura), políticas de inovação e, principalmente, de defesa da livre concorrência e da liberdade de empreender. Isso, sem consideramos o fato de que a autoridade antitruste é verdadeira guardiã da democracia (atuando na prevenção desde casos de monopolização como de carteis em concorrência pública em licitações), pois, sabidamente o monopólio, comumente seduzido pelo afã da continuidade, corrompe.

Por oportuno, em se tratando de políticas públicas de desenvolvimento, a pesquisa aplicada deve prosseguir nos vários ângulos da atividade empreendedora e nos vários setores da economia: **não basta inovar, deve-se inovar estrategicamente**. Deve-se inovar, proteger e vender bem. O estado merece ter sua função revista. A *tríplice hélice*, os “23 segredos” de Chang e o *stakeholder capitalism* de Mazzucato consagram o **investimento estatal em inovação** mediante cooperação entre **governo, universidade e indústria**. O tema é bem conhecido. Mais uma vez a parceria entre o público e o privado. O investimento em inovação deve ser incentivado não apenas em tecnologia da informação ou na Internet ou no setor financeiro, mas também, em setores estratégicos como o do agronegócio, telecomunicações, ensino, transporte, logística, saúde, defesa (tecnologias estratégicas e de aplicação “dual”) etc. e atingir a todos os setores estratégicos da economia brasileira. E, fundamentalmente, no ensino, na educação – desde a pré-escola, passando pela escola técnica, até a universidade como centro de produção de conhecimento. Necessária uma cultura empreendedora da inovação com base na propriedade intelectual de brasileiros para o mundo.

¹ Nesse sentido, uma política legislativa de recuperação judicial com vistas a manter a atividade econômica, não faz sentido que se exija, ainda que no texto da Lei de Recuperação Judicial, certidão negativa de débitos fiscais. Claro, quem precisa – comerciante ou empresário – do instituto da recuperação, o faz por quê tem débitos e está com problemas financeiros. Tal exigência – por violar o direito individual homogêneo ao desenvolvimento – é, na opinião do autor deste posfácio, inconsistente com o direito ao desenvolvimento, por conseguinte, com a Constituição da República.

Nesse sentido, a CAPES – ente regulador da pós-graduação no Brasil – deve fazer a sua parte ao fomentar a pesquisa aplicada, a cooperação com a indústria e criar uma **política de propriedade intelectual** no âmbito da ciência e tecnologia que resultem das pesquisas financiadas com dinheiro público. Mais que apoiar a pesquisa aplicada na universidade, o Estado Brasileiro deve criar as bases de uma política comercial estratégica da propriedade intelectual brasileira.

Reitero, mais uma vez o que consignei em outras oportunidades: liderar o ranking de publicações científicas sem patentes é um fazer de nossos leões inovadores, felinos desdentados no comércio global. **Sonhamos, claro, com brasileiros, domiciliados no Brasil, com patentes brasileiras de tecnologia nacional, competitivos, vencendo no mercado global. Como Ayrton Senna foi nas pistas, nós na vida.**

Para dar um fecho, ou caminhado nesse sentido, se é certo o fato de que as políticas de desenvolvimento não podem fechar os olhos para o crédito, também não podem, por certo, fechar os olhos para cooperação entre o público e o privado em parcerias legítimas e estratégicas, e, frise-se mais uma vez, não podem deixar de observar a inovação, a regulação, e, muito menos, a propriedade intelectual.

Não é só isso: tais políticas – pagas com dinheiro público – **podem ser anuladas** se desprezados os devidos e indispensáveis cuidados a **saúde dos mercados**, notadamente pela atenção à livre concorrência pelo Estado. O investimento estatal estratégico em inovação não se perde, mesmo para os despenseiros fiéis e prudentes do tesouro nacional e da regularidade fiscal ortodoxa. De outro lado, não adianta o BACEN **eleva juros** para conter inflação em mercado monopolizado, pois **não impedirá o incremento do preço de monopólio**. Em qualquer setor e cenário, medidas ortodoxas puras, isoladas e conduzidas sob pauta e batuta de grupos de interesse, a margem da ponderação lúcida das suas respectivas externalidades, geram mais dor e ranger dentes do que alívio.

Sem inovação, então, a tarefa é mais difícil, o pavimento deste caminho pelas parcerias é mais racional. A **inovação deve ser estrategicamente tutelada** tanto pela atribuição patrimonial adequada, de um lado, como, também, seu exercício, pela disciplina jurídica da livre concorrência. Nesse sentido, a análise dinâmica é indispensável. Não é necessário mudar o direito positivo². Entretanto, ainda que se prolatem diretrizes para uma política de parcerias público-privadas com fundamento na defesa da concorrência e provendo-se adequada à economia da inovação (o que faz falta) e, assim designada, nova economia, subsistirá, ainda, uma fragilidade de difícil solução,

² ASSAFIM, J.M.L., *International Report* in: KILPATRICK, KOBEL, KËLLEZI, *Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions*, LIDC, Springer, Geneva and London, 2018, pp. 3-44.

qual seja: a pujança do **poder conglomeral**. A hipótese de aquisição de todos os centros de PDI de um determinado setor, por exemplo, por único conglomerado extermina, de *per se*, a possibilidade da inovação gerar concorrência dinâmica (como em um pool de patentes substitutas, por exemplo), pois ao fim da linha virá um *cluster*, um amontoado de patentes para uma tecnologia, provavelmente, padrão. Esse tipo de distorção gera concentração de riqueza e pobreza. Isso inviabilizaria qualquer política pública de parceria para tais fins, por inócua. O problema iria além da cooperação, e tocaria nos riscos relativamente a soberania nacional.

Pode-se concluir, portanto, que **todas as vantagens procompetitivas da inovação**, a bem do desenvolvimento, tendem a ser **anuladas pelo avanço do poder conglomeral**.

A política da concorrência é um elemento da política econômica de um país. Assim sendo, claro que a política econômica deve pugnar pela razoabilidade no ajuste fiscal das contas públicas e dominar a inflação (sim, a dor dos mais velhos, aqui, que sofreram a dor do nefasto imposto hediondo que sangra trabalhadores e cidadãos em geral e corrói a qualidade de vida). O **monopólio consome tempo de vida do consumidor** na medida em que mais horas de trabalho serão necessárias para se adquirir o mesmo bem gravado pela carestia ou, então, sujeitar-se a escassez.

No entanto, o Estado deve ir além.

Por fim, necessário garantir o direito ao desenvolvimento a cada cidadão brasileiro, gerar oportunidades, postos de trabalho, pugnar pela dignidade e, pelo exemplo, comprometer a população e os órgãos de governo em um projeto de país para o século XXI. Os recursos são escassos, mas a retomada do crescimento econômico – além da vacina – depende do investimento em recursos do orçamento em políticas comprometidas com o desenvolvimento de verdade, gerando **emprego e renda**. Mas, para isso é necessário **restabelecer a confiança, combatendo veementemente a corrupção e fortalecendo as instituições**. Deve-se seguir rumo a um sentimento nacional de comprometimento com o desenvolvimento, com a livre concorrência, com a liberdade de empreender, com a dignidade do cidadão e com o Estado Democrático de Direito e, assim, retomar um lúdimo projeto de país.

João Marcelo de Lima Assafim

Professor Associado II da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ.

Doctor en Derecho Mercantil – Universidad de Santiago de Compostela – USC.

Doutor em Direito Comercial na Universidade de São Paulo – USP.

Discípulo do Catedrático Prof. Dr. Manuel Botana Agra – Instituto de *Derecho Industrial (IDIUS) – Facultad de Derecho – Universidad de Santiago de Compostela (USC).*

PREFÁCIO

Em um Estado no qual a Administração Pública é pautada pela eficiência, o uso de técnicas, práticas e processos típicos de setores privados se revela como um instrumento apto a satisfazer adequadamente as necessidades coletivas. A convergência entre os setores público e privado contribui para o alcance do objetivo central do Estado: o atendimento das necessidades básicas da população, o oferecimento de serviço público de qualidade e o fomento da economia.

Esta obra apresenta concepções fundamentais sobre o instituto das Parcerias Público-Privadas (PPPs) enquanto instrumento para viabilizar o atendimento a relevantes necessidades de interesse coletivo, insuscetíveis de satisfação mediante a atuação isolada do Poder Público, na linha da doutrina clássica. Também estabelece compreensões pormenorizadas sobre o instituto em relação a serviços públicos específicos, como na delegação do serviço de saúde e transporte.

As PPPs se mostram atrativas ao Poder Público não apenas pela vantagem econômica, mas pela possibilidade de implementação de tecnologias modernas e técnicas altamente competitivas, sem que isso resulte na transferência da titularidade do serviço, conforme amplamente demonstrado ao longo desta obra.

Os autores abordam o instituto em sua origem, revelando a perspectiva sobre as PPPs no modelo de gestão pública gerencial, comentam as implicações práticas dos contratos celebra-



dos nesse modelo de concessão, o tratamento dos custos de transação e a alocação dos riscos e elucidam a forma pela qual se dá o controle externo dos contratos de parcerias público-privadas, à luz da legislação de regência. A obra também apresenta a expectativa sobre a atuação conjunta dos setores público e privado para o desenvolvimento de políticas estratégicas e efetivas em matéria ambiental, abordando pontos sensíveis ao tema, com proposta de execução de políticas ambientais.

Estamos diante de uma obra essencial para os estudiosos do Direito Administrativo, em especial para aqueles que se dedicam ao estudo das concessões de serviços públicos, das licitações e dos contratos administrativos, porquanto oferece uma abordagem aprofundada e especializada sobre as parcerias público-privadas, apresentando a relevância desse instituto para a execução das políticas públicas na atualidade.

A coletânea está sedimentada sob os olhares do Dr. Célio Marcos Lopes Machado, da Dra. Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão e da Desembargadora aposentada Vanessa Verdolim Hudson de Andrade, uma das mais qualificadas juízas com quem tive a honra de servir no Judiciário mineiro. O tecnicismo sobre o qual este livro foi assentado revela a aptidão dos seus organizadores para a estruturação de um trabalho sólido e especializado em uma sistemática didática, clara e precisa. Essas características certamente serão percebidas pelos leitores.

Os autores da coletânea são advogados com prática na área em comento, professores renomados e membros do Poder Judiciário com perspectivas variadas e especializadas sobre as modalidades de concessão de serviços públicos. A interação entre essas diversas visões cumpre com o sentido social da evolução do Direito, pois permite a compreensão do instituto sobre os mais amplos enfoques.

Advogados e magistrados, como a Desembargadora Lilian Maciel Santos e Teresa Cristina da Cunha Peixoto, cujas atuações perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais são marcantes, e professores, dos quais cito o Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, ofertam conhecimento atualizado e congruente sobre o assunto, com técnica e profundidade, conforme a temática exige.

Dessa forma, a obra servirá de orientação jurídica para todos os que necessitarem operar a matéria e a lei, como os integrantes do Judiciário e do Ministério Público, para os administradores públicos e privados, e para os estudantes.

Sinto-me prestigiado por prefaciá-la esta obra, de cujo conteúdo se extrai importante material de referência e de estudo.

Ao leitor, uma excelente leitura.

Afrânio Vilela

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

- 1 Comentários à Lei de Parceria Público-Privada (PPP) no âmbito da administração pública 23
Vanessa Verdolim Hudson Andrade
- 2 Parcerias público-privadas 62
João Bosco Leopoldino da Fonseca
- 3 A fiscalização de parceria público-privada (PPP) pelo Tribunal de Contas da União na perspectiva da análise econômica do direito (AED) 97
Heloísa Rodrigues da Rocha
Júlia Tiburcio Miranda
Paulo Márcio Reis Santos
- 4 Perspectivas inovadoras dos contratos e dos custos de transação nas parcerias público-privadas 120
Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino
Pablo Henrique de Oliveira
Victor Fontão Rebelo
- 5 A parceria público-privada (PPP) como instrumento para o plano de ação das demandas estruturais 137
André Moreira Storck Nunes
Lilian Maciel Santos
- 6 Parcerias público-privadas na área da saúde: em busca da melhoria de qualidade dos serviços de saúde no Brasil 153
Carlos Eduardo Cancherini
Célio Marcos Lopes Machado
Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão
- 7 A utilização das parcerias público-privadas como instrumento complementar para a garantia do acesso à saúde 171
Rafael Vinicius Normandia Cruz
Antônio Augusto Silva Borges
Sabrina Nunes Borges
- 8 Parcerias público-privadas na saúde: benefícios e desafios 191
Célio Marcos Lopes Machado
Leandro Martins Faria Sousa
Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão

- 9 Os desafios da intenção integral à saúde mental no Brasil, políticas públicas e parcerias público-privadas 219
Lais Locatelli
- 10 Programas de PPP para a saúde mental das crianças refugiadas 232
Patrícia Gorischi
Paula Carpes Victório
- 11 Parcerias público-privadas à luz da Nova Lei de Licitações 260
Natália Cristine de Oliveira Lopes
Luísa Maria Silva Reis
- 12 Terceirização por meio de PPPs: fraude trabalhista e precarização do trabalho 276
Alex Dylan Freitas Silva
Frederico Santiago de Mendonça
- 13 Políticas públicas e sustentabilidade: marcos para o desenvolvimento das parcerias público-privadas no Brasil 291
Lucyléa Gonçalves França
- 14 Parcerias público-privadas (PPPs) no setor minerário 307
Alison Mendes Nogueira
Guilherme Rodriguez de Macedo
- 15 Reorganizações societárias: possibilidades, limites e desafios na parceria público privada (PPP) 328
Estevão Grill Pontone
- 16 Parceria público-privada na educação brasileira: reflexões sobre o atual e o porvir 345
Michelle Asato Junqueira
Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci
- 17 Interseções e desafios: colaborações entre educação pública e privada no ensino superior brasileiro 355
Henrique Carivaldo de Miranda Neto
- 18 Parcerias público-privadas e o sistema carcerário brasileiro 373
Érika Vasconcelos Brandão

- 19 Parcerias público-privadas no setor de transporte brasileiro: desafios, inovação e mudanças no setor da mobilidade 392
Camila Nunes Coelho Lage
- 20 As parcerias público-privadas como instrumento para a universalização do acesso ao saneamento básico no Brasil: perspectivas e desafios 417
Bárbara Sabina de Santana e Fonseca
- 21 Parcerias público-privadas: superação e desafios no agronegócio brasileiro 441
Ana Clara da Cunha Peixoto Reis
Teresa Cristina da Cunha Peixoto

1 COMENTÁRIOS À LEI DA PARCERIA PÚBLICO- PRIVADA (PPP) NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Vanessa Verdolim Hudson Andrade¹

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este capítulo tem o intuito de trazer informações relevantes sobre o tema proposto, de Parceria Público-Privada no âmbito da Administração Pública, com destaque para a sua normatização e os aspectos que explicam o seu sucesso na gestão pública de obras e serviços.

Antes do advento da Lei nº 11.079, de 30 de Dezembro de 2004, que instituiu normas para licitação e contratação de parceria público-privada, só tínhamos em nosso ordenamento jurídico a concessão comum, espécie de contrato em que a Administração Pública (direta e indireta de qualquer dos Poderes da União,

¹ Desembargadora aposentada do TJMG. Professora Universitária de Direito Econômico, Direito Comercial, Direito do Consumidor e Direito Processual Civil. Membro de Grupo Especializado em PPP- Parceria Público-Privada. Diretora do COGESMIG – Colégio de Gestores em Saúde do Estado de Minas Gerais. Membro e Diretora Científica da ACLCL – Academia de Ciências e Letras de Conselheiro Lafaiete. E-Mail: vverdolima@gmail.com.



dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios) transfere à pessoa jurídica de Direito Privado, mediante processo de licitação pública, a realização de obras, serviços, compras e alienações, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição da República. Nesse modelo, o edital, as exigências técnicas e demais regras, devem ser elaborados pelo Poder Público concedente, segundo a Lei nº 14.133, de 1º de Abril de 2021, que revogou a anterior Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993, que, até a vigência da nova lei, regulamentava o referido art. 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa e instituiu as normas para a Licitação e Contratos da Administração Pública.

Este capítulo, portanto, fará uma abordagem da regulamentação trazida pela Lei nº 11.079/2004, que veio instituir normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil e da Lei nº 14.133, de 2021, a chamada Lei de Licitações e Contratos Administrativos, com o uso do método de interpretação sistemática, buscando uma integração e harmonia entre os textos legais.

O Brasil necessita investir prioritariamente em atividades e obras relevantes ao desenvolvimento econômico e social, como em rodovias e ferrovias (estas tão importantes e infelizmente relegadas a segundo plano), saneamento básico, energia elétrica, mobilidade urbana, telecomunicações, aeroportos e portos, tratando-se a PPP de importante instrumento para alcançar essa meta.

1.2 NORMATIZAÇÃO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

1.2.1 HISTÓRICO - MOTIVAÇÃO JURÍDICA

A Parceria Público-Privada no Âmbito da Administração Pública obteve no Brasil previsão legal com o advento da Lei nº 11.079, de 30 de Dezembro de 2004, que veio instituir normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

A Lei dispõe que podem firmar contratos de Parceria Público-Privada os Órgãos da Administração Pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo (posteriormente admitido), as Autarquias e Fundações, bem como seus fundos especiais e, ainda, as autarquias, fundações públicas, as empresas públicas, sociedades de economia mista e sociedades controladas dos entes da federação. A Lei não incluiu o Poder Judiciário, talvez até por entender que, nesse âmbito, a iniciativa seria exclusiva a esse Poder, sobretudo por demandar serviços públicos de natureza indelegável.

As parceiras público-privadas se justificam, principalmente, para que o parceiro privado possa prestar os serviços contratados de forma mais eficiente que a administração pública contratante, já que deve deter, em tese, a especialidade e os conhecimentos específicos necessários ao êxito do empre-

endimento. O texto original previa que o parceiro privado apenas poderia realizar o projeto executivo da obra, ficando o projeto básico por conta do Poder Público, o que, porém, foi vetado. Na exposição das razões do veto, constou que para o ganho de eficiência da parceria público-privada merece especial destaque a constatação decorrente da experiência internacional, de que uma das principais fontes dessa eficiência fica exatamente na elaboração dos projetos básico e executivo da obra pelo parceiro privado, o que diminui o custo dos serviços contratados. Não há, realmente, dúvida de que o projeto básico é que vai constituir um guia à eficácia da execução, constando, na Lei de Licitações, que deve ele conter o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras e de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os elementos ali elencados, somente possíveis de serem elaborados com a maior eficiência por profissionais ou empresas reconhecidamente qualificados. Eventuais falhas na elaboração do projeto básico podem dificultar ou impossibilitar a obtenção do resultado buscado, o que recomenda a sua elaboração por órgão altamente qualificado, com especialidades raramente encontráveis na Administração Pública, já que demanda a coordenação entre conhecimentos especiais múltiplos.

A própria Lei de Licitações define a notória especialização como a qualidade de profissional ou de empresa cujo conceito, no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permite perquirir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Concluiu-se, para o veto retro citado, de que ficasse o projeto básico exclusivamente por conta do Poder Público, que *o parceiro privado, na maioria dos casos, dispõe da técnica necessária e da capacidade de inovar na definição de soluções eficientes em relação ao custo do investimento, sem perda de qualidade, refletindo no menor custo do serviço a ser remunerado pela Administração ou pelo usuário.*

Efetivamente, a parceria público-privada acredita, com ênfase, não só no aporte técnico do parceiro privado, mas, principalmente, na sua eficiência, como incentivo à adoção desta espécie de concessão, realidade que a legislação reconheceu no âmbito da Administração Pública após exaustivas experiências em outros países, tendo em vista que a especialidade constitui um campo do conhecimento que leva a um resultado de sucesso, que a Administração Pública não conseguiria alcançar com a mesma presteza, via de regra, ou que, para isso, tivesse que investir em seus quadros próprios para

conseguir essa tecnologia avançada, desvirtuando-se de suas finalidades precípuas na gestão pública. E junto à eficiência privada, vem, inevitavelmente, a melhor técnica, o menor custo e a melhor qualidade. Seria utópico pensar que a Administração Pública conseguiria, com o seu corpo próprio, essa eficiência qualificada, apta a alavancar a economia e o desenvolvimento.

A Lei nº 11.079/2004 permite que o Contrato de Concessão Comum de Serviços Públicos através de PPP seja firmado por consórcio público, para a realização de objetivos de interesse comum, o que na Lei não é proibido, da mesma forma que não proíbe a constituição de consórcio de empresas privadas para a parceria, aplicando, assim, as leis subsidiárias. A Lei veio dispor sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, permitindo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum, o qual constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado e os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais. A utilização de consórcio é instrumento que visa viabilizar técnica ou economicamente o projeto e é muito comum em projetos que envolvam a prestação de serviços e obras em mais de um município com a mesma necessidade. Constitui, também, um grande instrumento de realização de obras e serviços a pequenos municípios, que não teriam condições de realizar, com sua própria economia e meios próprios, obras de vulto que elevem as suas capacidades de desenvolvimento. O Consórcio Público, portanto, constitui um relevante mecanismo de crescimento e progresso aos pequenos municípios que têm um potencial a ser explorado.

Embora seja nova no Brasil, a Parceria Público-Privada foi amplamente praticada nos Estados Unidos da América, destacando-se o seu uso principalmente na saúde pública, a partir da década de 1970. A PPP no Brasil, porém, buscou o seu modelo no projeto inglês da década de 1990, no que foi feliz, pois a regulamentação propicia uma parceria saudável entre o ente público e o da área privada, sem descuidar da possibilidade de uma ampla fiscalização em todos os trâmites da PPP, que transfere ao setor privado não só a responsabilidade pela sua execução, como também, na maioria das vezes, também pelo projeto, financiamento e não raro pela assistência operacional do empreendimento público, com contrapartida como as de taxas ou tarifas. Na Concessão Patrocinada, a remuneração do empreendedor particular advém das receitas provindas da utilização do serviço por seus usuários, seja através de pagamento de pedágio, como na Concessão de rodovias, seja mediante o pagamento de tarifas, como no saneamento básico e na iluminação pública.

O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos

dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, prevendo a lei incentivos fiscais para esse aporte de recursos, o que, mais uma vez, vem recomendar a utilização das parcerias público-privadas, pelos benefícios existentes não só ao público e ao parceiro privado, como ao Poder concedente.

A disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada será obrigatoriamente precedente à contraprestação da Administração Pública, sendo-lhe facultado, se previsto contratualmente, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível do serviço objeto do contrato de parceria público-privada, ou seja, à parcela divisível do serviço, que permita a sua fruição em separado. Na entrega parcelada de serviços de concessão de rodovias, por exemplo, pela natureza do serviço, esse pagamento pode ser adiantado através de cobrança de pedágios, a cargo do usuário, nos lotes liberados. Em outros casos, pela prestação a cargo da própria administração, mediante parcelas entregues, na forma acima.

O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação. Entende-se como bens reversíveis aqueles bens e direitos indispensáveis à continuidade dos serviços contratados ou ao objeto da concessão, como itens que devam ser instalados na rede de iluminação pública para execução dos serviços de iluminação pública, como postes, transformadores, caixas de passagem subterrâneas e outros equipamentos a serem utilizados com exclusividade no objeto do empreendimento.

Esse aporte, porém, quando realizado durante a fase dos investimentos a cargo do parceiro privado, deverá guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas. Essa exigência assegura a efetividade na execução do contrato e evita a descapitalização do executor.

A modalidade de concessão patrocinada visa propiciar o serviço mais eficaz e o maior acesso ao usuário, com o menor preço, o que ocorre em benefício do usuário, de modo que, em geral, as tarifas cobradas não são, comumente, suficientes para pagar os investimentos feitos pelo parceiro privado, o que o oneraria em demasia, pelo que o poder público concedente pode assumir a complementação da remuneração da empresa privada parceria através de contribuições regulares contratadas, com o pagamento do valor complementar, impostos e encargos incidentes, ressalvados os subsídios previstos em lei.

A contraprestação da Administração Pública, nesses casos, pode ser feita através de ordem bancária, por cessão de créditos não tributários, pela outorga de direitos em face da Administração Pública, pela outorga de direitos sobre bens públicos dominicais ou através de outros meios admitidos em lei.

1.2.2 RELEVÂNCIA DAS PPPs NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Municípios de pequeno porte, com pouca estrutura urbana, sempre se submeteram a uma triste realidade: a de que não tinham condições de realizar obras de importância para melhorar a urbanização e, em decorrência, não eram atrativos para o investidor, o que era causa de uma estagnação econômica e social, que impedia o seu progresso, em uma roda viva: com a falta de estrutura o comércio se ressentia, o progresso era obstado pela falta de oportunidades e de criação de empregos, a indústria não tinha ali a normal atração existente nos grandes polos e o pequeno município era fadado à ausência total de possibilidades, com a paralisação da economia e das demais esferas de produção de bens e serviços. E sem atrair pessoas, serviços e indústrias, enterravam-se, a maioria, em sua mesmice, a não ser que fatos extraordinários modificassem o seu destino. A Parceria Público Privada, mormente com a possibilidade de união dos interesses em consórcios de municípios, veio mudar esse triste quadro, abrindo oportunidades e novas perspectivas.

Não só os Municípios, mas também os Estados têm reconhecida dificuldade em resolver seus problemas básicos de estrutura, com visível déficit nos recursos disponíveis para as necessárias obras e serviços de infraestrutura, que não conseguem atender à demanda, salvo evidentes exceções. Nos municípios, o reconhecido déficit dos recursos financeiros prejudica a realização até de obras essenciais, como de rede de esgotos, coleta de resíduos sólidos, abastecimento de água e iluminação pública, e mesmo serviços urbanos mais específicos ao bem-estar social, como os de coleta de águas pluviais e de gás canalizado, de transporte público municipal, construção e reforma de calçadas não imputadas ao proprietário privado, de canalização de córregos, construção de vias e elevados e outras obras importantes à urbanização.

Nos Estados, os empreendimentos se agigantam, por atingir obras e serviços de grande porte, como Hospitais, Estádios, Presídios e pavimentação de grandes vias, recapeamento, manutenção e melhoramento de estradas estaduais, dentro do Sistema Rodoviário *Estadual, que é constituído pelo conjunto das rodovias sob jurisdição do Governo Estadual*, e constituem a maior parte da rede rodoviária.

Estados que têm potenciais e buscam o maior desenvolvimento, por outro lado, investem em áreas diversas que exigem grandes obras, como o complexo viário, portos, aeroportos, metrô e obras que garantam uma infraestrutura logística de atividades de apoio eficiente, visando o melhor trânsito aos produtos e serviços, de modo a propiciar a maior rapidez na produtividade, rotatividade e competitividade na indústria e Comércio, o que acarreta o melhor custo/proveito, atraindo investidores.

A parceria público-privada (PPP) nasceu da necessidade de criação e expansão de oportunidades em razão das possibilidades públicas potenciais,

físicas, políticas, sociais e geográficas, criando um mecanismo que possibilita o aporte de investimentos privados, com alocação de risco imposto à entidade pública, que é minimizado em face de estudos prévios e durante a execução do contrato, que demonstrem a viabilidade do projeto e exigências editalícias que permitam aferir o potencial de cumprimento contratual por parte do ente privado. Tudo isso é colocado ao foco do investidor/prestador privado, que certamente tem maior capacidade de distinguir o empreendimento passível de maior sucesso.

Constitui a PPP, portanto, relevante instrumento de utilidade pública, que delega à iniciativa privada atividades para o desenvolvimento de projetos que provavelmente não poderiam ser realizadas sem esse modelo, com vistas à prestação de serviços públicos, com os serviços assistenciais ou de apoio, ou mesmo visando a disponibilização de infraestrutura adequada e necessária aos usuários do empreendimento. É a utilização da estrutura e técnica do setor privado, para suprir as deficiências do Poder Público ou, mesmo, aprimorar a alocação de melhores procedimentos e equipamentos e criar oportunidades ao desenvolvimento.

A PPP tem sido considerada atrativa ao setor privado, pelas suas características, pois a harmonia com a lei de licitações lhe dá a mais ampla transparência, acessibilidade aos interessados em igualdade de condições e maior segurança jurídica, em face das regras rígidas, mas razoáveis, com estabelecimento de prazos e regras na sua consecução, tornando tudo plausível e previsível ao investidor privado, ao mesmo tempo que confere ao Administrador Público maiores possibilidade de uma administração mais célere, eficaz e abrangente. Obras ou serviços que muitas vezes seriam impossíveis ou difíceis de serem realizadas, em face da realidade econômica e financeira de um determinado ente público, tornam-se viáveis e recomendáveis através da utilização dos recursos e serviços privados, ou de recursos financeiros a serem disponibilizados pelos usuários. A gestão do empreendimento constitui outro fator que pode ser agregado à parceria e que tem obtido reconhecido sucesso. E essa atividade privada em benefício de obras e serviços públicos confere concretude e estimula o crescimento não só econômico/financeiro e mercadológico, como social, e amplia as oportunidades em todos os setores envolvidos, tornando-se instrumento de progresso e modernidade. A omissão que, contudo, se verifica em seu maior aproveitamento, decorre da falta de informações sobre a sua regulamentação e benefícios ou falta de credibilidade em decorrência de outros modelos não tão exitosos. Um dos temores que afastava o interesse privado em relação à participação em concorrência licitatória foi afastado nessa modalidade, em face da certeza da efetivação dos pagamentos de forma garantida e nas épocas previstas, em razão dos instrumentos de garantia previstos na lei.

Não é por menos que tem sido a PPP muito aplicada na atualidade em áreas de maior demanda, cada vez mais, como na área de saúde e de tecno-

logia avançada, além de nas de serviços públicos essenciais, como no âmbito rodoviário, iluminação, telefonia e limpeza pública.

1.3 ASPECTOS RELEVANTES DO PROCEDIMENTO DA PPP

1.3.1 O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE – PMI E A MIP – MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO

O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), é de iniciativa do Poder Público, como instrumento destinado a divulgar o interesse da Administração Pública em obter subsídios junto à iniciativa privada para a consolidação de uma parceria público-privada. A concepção parte do Poder Público, que realiza um chamado ao público para habilitação de interessados em elaborar propostas e estudos relacionado a determinado empreendimento ou projeto por ele indicado.

Já a Manifestação de Interesse Privado (MIP) na PPP, a apresentação de propostas, estudos de viabilidade, levantamentos, investigações e projetos é formulada por pessoa jurídica de direito privado de forma espontânea, com a finalidade de apresentar ideias para subsidiar a administração pública na estruturação de contratos de parceria.

Uma das características da PMI, assim como na MIP, é que a responsabilidade pelo pagamento dos serviços de modulação nela contidos fica a cargo do futuro vencedor da licitação, pois se os estudos apresentados forem aprovados e utilizados na modelagem do Poder Público para a concretização de uma futura concorrência pública, o autor responsável pela proposta poderá ser ressarcido financeiramente pelos serviços apresentados. Pode até ser que não seja incluída em uma PMI a remuneração pela formulação da proposta, mas o normal é que seja ela arcada pelo licitante vencedor do pleito, até para atrair interessados.

O chamamento público para a manifestação dos interessados configura a abertura do procedimento, através de uma publicação clara do objeto do procedimento, com uma dimensão exata da política pública a ser implementada, contendo o termo de referência para o projeto básico, o teto e o modo da remuneração ou ressarcimento, entre outros requisitos. Quanto mais aprofundada a indicação do chamamento público, mais condições estará o concedente criando para propiciar uma manifestação mais completa e com mais elementos que levem ao convencimento de uma parceria viável, que atenda ao Interesse Público e também ao privado.

Terminado o prazo do chamamento, as manifestações de interesse que estejam de acordo com as exigências do edital são autorizadas a efetuar os estudos e apresentar a modulação, com o prazo para a entrega. Os estudos apresentados a tempo e modo são avaliados e, se aprovados, poderão ser utilizados para a consecução, estruturação e execução do projeto objeto da PPP.

Não é por menos que a parceria público-privada é considerada um instrumento consideravelmente moderno e atrativo, que leva o sucesso dos empreendimentos privados para a administração pública, criando oportunidades à iniciativa privada e gerando empregos, enquanto leva a evolução das técnicas e as descobertas tecnológicas e instrumentais às obras e serviços governamentais.

Note-se que se trata de hipótese diversa do Termo de Parceria previsto na Lei nº 9.790, de 23 de Março de 1999, que se trata de instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º da Lei.

São qualidades fundamentais das PPPs o maior rigor nas análises das finalidades e necessidades das obras e projetos objetos da parceria, que são feitas não só pela compatibilização ao empreendimento desejado, como em termos comparativos a projetos semelhantes que obtiveram sucesso, devendo haver nas propostas justificativas que demonstrem a possibilidade efetiva de êxito e adequabilidade à necessidade, em termos prospectivos, de longo prazo, tudo demonstrado nos projetos, com os respectivos indicadores. O Estudo de Viabilidade Econômica deve conter um programa de investimento claro e real, acompanhado da necessária modelagem econômico-financeira, negocial, inclusive do ponto de vista jurídico e de risco.

A Parceria Público Privada prevê meios de garantia de sucesso do empreendimento e evita riscos tanto ao parceiro público como ao parceiro privado, citando-se, entre outros: a criação de uma sociedade de propósito específico criando um consórcio no setor privado para a consecução e Administração da PPP, o que vem a aperfeiçoar e amenizar a distribuição de riscos, tendo em vista que reúne empresas diversas, de diferentes especialidades, facilitando e desmistificando a exclusividade de fiscalização pelo setor público; a Previsão legal do Fundo Garantidor (FGP) vem garantir ao parceiro privado as obrigações assumidas pelo setor público na parceria, tratando-se de Fundo de natureza jurídica privada, constituído por valores, bens e direitos integralizados pelos cotistas, sendo que, em caso de execução judicial de débitos, em razão de sua natureza, o Fundo não se sujeita às mesmas limitações que são impostas à Administração Pública; o procedimento de uma PPP se submete a um processo concorrencial, que deve estar de acordo com a Lei n. 8.666/93 ou à Lei n. 10.520/2002 (pregão), conforme o caso; há previsão de se realizar uma consulta pública pelo prazo de 30 dias, sobre o edital para a licitação, que é submetido à apreciação popular, em que qualquer cidadão poderá apresentar sugestões com seus fundamentos; outra exigência legal é que o julgamento de propostas se baseie em critérios técnicos e econômicos objetivos; o equilíbrio econômico-financeiro é uma das principais metas, sendo que o valor máximo da proposta econômica não pode ser superior à média

de custo apurada na pesquisa realizada em relação a serviços prestados diretamente pela Administração e aos do setor privado, compatibilizados com o custo da gestão. Estes e outros mecanismos previstos aos procedimentos de realização de PPPs asseguram a sua seriedade e sucesso, trazendo segurança e tranquilidade nessa parceria.

1.3.2 ALOCAÇÃO DE RISCOS – ART 4º, IV, DA LEI Nº 11.079, DE 30/12/2004

A assunção de riscos nos empreendimentos públicos é regra de moralidade administrativa, a qual foi positivada com maior rigor pela **Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992**, que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal.

A assunção de riscos demonstra que existe a credibilidade no investimento público e no seu resultado positivo e se torna um importante incentivador à adesão e à inovação.

Nas parcerias público-privadas, a alocação de riscos ao ente público é destacada no art. 4º, IV, da Lei nº 11.079 de 30/12/2004, que prevê a sua responsabilidade fiscal administrativa na celebração e execução das parcerias. Trata-se de cláusula pétrea, não podendo essa responsabilidade inerente ao ente público ser transferida ao ente privado contratado, permitindo-se a repartição dos riscos apenas quando não excluir o que for inerente ao poder/dever estatal e, ainda assim, quando não comprometer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Mesmo sendo o Fundo de Parcerias Público-Privadas garantidor do contrato, não opera ele como garantidor de todos os riscos, mormente se o risco concretizado advém não das previsões contratuais, mas de evento externo que acarrete ônus à sua execução, como não raro acontece em virtude de queda de arrecadação decorrente de baixa de preço de relevante produto local, fato sempre previsível em nossa economia, que não mais fica à mercê de eventos que podem ser esperados. É bom destacar a diferença, que se enquadra na época atual, de fatos que antes eram considerados imprevisíveis e que, com sua ocorrência repetidas vezes, hoje são considerados corriqueiros, como o alagamento de determinadas áreas urbanas em virtude de fortes chuvas e a queda de produção em determinada época, quanto aos produtos em geral nela atingidos. Em casos tais, não se permite ao contratante a isenção ou mesmo a redução de sua responsabilidade, de modo a permitir que reduza a sua contraprestação ao serviço prestado, a não ser que, em prol do princípio da transparência, esteja o risco concretamente previsto no contrato, sem o vício da dúvida existente na odiosa generalidade. Trata-se da aplicação da teoria do risco da atividade em relação ao prestador de serviço privado e da teoria do princípio da autonomia da vontade, que impõe ao subscritor a obri-

gação de cumprir os riscos que voluntariamente assumiu, tendo em vista que tem ele a liberdade de aceitar ou não as cláusulas que vão reger o contrato assinado ou o edital ao qual aderiu.

Na Concessão Comum de Serviços Públicos, a lei traz previsão expressa e restritiva de quais riscos podem ser compartilhados. Já a lei de PPP prevê expressamente a possibilidade de repartição dos riscos. O art. 4º, VI, prevê a possibilidade de compartilhamento de riscos e o inciso III do Art. 5º dispõe a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. O referido art. 5º estabelece quais são as cláusulas obrigatórias dos contratos de parceria público-privada, que atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever as cláusulas ali expressamente citadas.

As leis de PPP autorizam expressamente o compartilhamento dos seguintes riscos: no caso fortuito ou na força maior, como nos desastres naturais, desmoronamentos, condições climáticas desfavoráveis e outros; nos riscos inerentes à álea ou indústria, com a possibilidade de prejuízo simultâneo da receita ou do lucro, ou que torne o contrato excessivamente oneroso, ou que prejudique ou impossibilite substancialmente a sua execução. O fato da administração não entra nessa álea. Outros riscos que podem ser compartilhados, para proteção do equilíbrio financeiro econômico do contrato, encontram-se: Caso Fortuito e Força Maior que impossibilitem a prestação dos serviços públicos objetos do contrato; Flutuações do mercado, previstos ou não, que coloquem em perigo a consecução das metas previstas; Atos empresariais ou da Administração Pública que influam negativamente na PPP, como alterações unilaterais do contrato, atos do poder público não obrigatoriamente relacionados ao contrato, mas que o afetam negativamente, como a edição de leis novas, proibições legais posteriores; omissões de agir por parte do Poder Público, como na realização de desapropriações, retardamento de atos a seu cargo, como na expedição de ordens de serviços. Outros riscos que podem ocorrer são aqueles decorrentes de eventos imprevisíveis e estranhos à vontade das partes contratantes, que sejam capazes de alterar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como a superveniência de uma desvalorização cambial, uma crise econômica causada por eventos externos ou internos, além de riscos extraordinários, de acordo com o caso concreto, identificados pelas partes envolvidas durante os estudos de modelagem.

Alguns consideram o princípio da autonomia da vontade como de ordem absoluta, mas mesmo em se tratando de aplicação em prol da pessoa física ou jurídica de direito privado, submete-se ele ao disposto nas regras de Direito Público que sejam impostergáveis, como a da moralidade administrativa e as que prescrevem formalidades essenciais ao contrato de Direito Público, bem como ao artigo 421 do Código Civil, que estabelece que a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Ademais, o princípio da autonomia da vontade é limitado em razão do princípio da supremacia da ordem pública.

A grande diferença nesse compartilhamento entre a parceria público-privada e a concessão comum é que, nesta, ocorre a total transferência dos riscos ao Parceiro Privado, enquanto que na PPP há o compartilhamento de riscos entre a Administração Pública e o parceiro privado.

Note-se que a cláusula de repartição de risco só produz efeitos entre as próprias partes contratantes, quando atinge obrigação fiscal ou outra inerente ao poder público, de forma que não pode ele se exonerar da obrigação, que deve cumprir, ficando apenas com o direito de regresso ou de compensação contra o contratado, quando for o caso. Em relação a obrigações perante terceiros, ocorre a mesma conclusão, ou seja, não reduz nem exclui a obrigação do ente público, salvo se a repartição de risco constar do edital ou do contrato, que é público, ou se a ele anuir o terceiro interessado. Isso decorre do princípio da transparência e da responsabilidade pela aparência. Não por menos é importante o estudo prévio sobre os impactos de eventuais reduções nas arrecadações do contratante, com extração de nota técnica, para maior previsibilidade contratual de eventuais riscos financeiros. Para atenuar as consequências de evento que possa influir no cumprimento da obrigação, recomenda-se que o contrato preveja a redução possível e proporcional dos serviços da prestadora, com sua indicação objetiva e precisa, para que a repartição de riscos não atinja a execução do contrato, de interesse público, observado, sempre, o equilíbrio contratual. A respeito, conforme decidido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça², a revisão contratual do contrato de concessão não se sustenta, a não ser que esteja comprovado, de forma indubitável, que houve uma imprevisível quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou o comprometimento da ordem, saúde, segurança ou economia públicas. Essa jurisprudência põe coro ao entendimento firmado no STJ, de refutar, normalmente, a possibilidade de não continuidade da prestação do serviço público, tanto em favor da ordem pública, para preservação da sustentabilidade econômico-financeira do contrato de concessão, quanto em razão da presunção de legitimidade do ato administrativo e em favor da credibilidade do poder público.

É bom ressaltar, ainda, que a suspensão da execução de eventual liminar, judicialmente concedida nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, exige a presença de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e ainda assim para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, conforme expressamente prevê o art. 4º da Lei nº 8.437, de 30 de Junho de 1992, que dispõe sobre a conces-

² AgInt na SLS 2779 / RJ, Relator para Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, CE - Corte Especial, Data do Julgamento 01/06/2022, Data da Publicação/Fonte DJe 16/08/2022.

são de medidas cautelares contra atos do Poder Público. Como se vê, a lei vige não à favor do Poder Público como tal, mas da legitimidade e utilidade pública de seus atos. A contrário senso, o deferimento de liminar em tais ações deve sopesar a possibilidade de provável ocorrência dessas lesões em detrimento dos serviços públicos apontados, caso em que a liminar deve ser indeferida, já que o deferimento estaria sujeito à suspensão.

O certo é que o art. 4º, IV, da Lei Nº 11.079 de 30/12/2004, ao prever a responsabilidade fiscal do órgão estatal na celebração e execução das parcerias, não exclui a sua responsabilidade administrativa e perante terceiros, mesmo em caso de cláusula que a transfira ao contratado, como sobressai dos demais itens do referido art. 4º, sendo que a repartição de riscos entre as partes, como já visto, deve ser objetiva e quando válida apenas faz força entre as próprias partes, que são solidárias perante terceiros. O Estado, de forma objetiva e o prestador privado, na força de sua responsabilidade quanto ao fato, observado o art. 37, § 6º, da CR/88.

1.3.3 MODALIDADE DAS PPPS PATROCINADAS OU ADMINISTRATIVAS

As parcerias público-privadas podem ocorrer na modalidade patrocinadas ou administrativas. A Lei n.º 11.079/94 traz a definição de ambas. Distinguem-se elas, na lei, pelo investimento financeiro a ser aplicado no empreendimento, pois na administrativa o custeio é do poder público, para a prestação de serviços pela concessionária, enquanto que na patrocinada se dá uma parceria entre o Poder Público e o ente privado em que, via de regra, além de receber valores provenientes de dotações orçamentárias do Poder Público, recebe a pessoa jurídica contratada, também, tarifas do usuário dos serviços.

1.3.3.1 Parceria público-privada administrativa

O Decreto nº 8.428, de 2 de abril de 2015, **que dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública, se refere, a princípio, à Parceria Público-Privada Administrativa, dispondo no Art. 1º que estabelece o Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a administração pública na estruturação de desestatização de empresa e de contratos de parcerias, nos termos do disposto no § 2º, do art. 1º, da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, com previsão de ser facultativa a abertura do procedimento, o qual terá as seguintes fases: abertura,**

por meio de publicação de edital de chamamento público; autorização para a apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos; e avaliação, seleção e aprovação.

Nesse modelo, o processo de seleção da pessoa física ou jurídica poderá ser anterior à fase de autorização e a autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações e estudos poderá ser conferida com exclusividade ou a número limitado de interessados.

Como se vê, nas PPPs a Administração Pública detém maior liberdade em algumas fases do procedimento que na contratação através da licitação comum, liberdade que não se converte em liberalidade, que acaba se transformando em indesejável generosidade ou prodigalidade, que não se coaduna com a moralidade pública. As liberdades, assim, estão expressamente previstas em lei, a não ser algumas que ficam ao critério da Administração Pública, como a maioria dos prazos no procedimento, que guardam correlação com a complexidade do projeto. Isto porque, na licitação comum, quando os projetos são autorrentáveis, não há necessidade de o Poder Público complementar a remuneração das atividades constantes do projeto. Quando a viabilidade do projeto na contratação comum depende de vantagens ou subsídios por parte do Poder Público, deve haver autorização por lei anterior. Isso não ocorre na Concessão Patrocinada das PPPs, que se aplica a projetos não autorrentáveis, com necessidade de complementação do Poder Público, nem na Concessão Administrativa das PPPs, que se aplica a projetos em que a própria Administração Pública é a usuária direta ou indireta dos serviços.

1.3.3.2 Procedimento das Parcerias Público-Privadas patrocinadas

O § 2º, do art. 2º, da Lei nº 11.079/ 2004 dispõe que 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, enquanto que o § 1º dispõe que concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Assim, as Parcerias Público-Privadas Patrocinadas envolvem a tarifa do usuário e uma contraprestação do poder público, que é denominada de patrocínio, que não pode ser superior a 70%.

As concessões patrocinadas regem-se pela Lei nº 11.079, de 30 de Dezembro de 2004, e, subsidiariamente, na ausência de prescrição a respeito, o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e nas leis que lhe são correlatas.

Na modalidade patrocinada, a concessão de serviços públicos ou de obras públicas através de parcerias público-privadas, contempladas pela Lei

nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, é aquela que envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, também a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Ou seja, na PPP Patrocinada, a concessionária pode receber parte das receitas diretamente do setor público, consoante dotação orçamentária e via de regra recebe, ainda, receita proveniente das tarifas cobradas aos usuários. É muito utilizada na área de mobilidade urbana, como no transporte, mormente na área de metrô, Exploração de Rodovias, como serviços de construção e/ou manutenção com cobrança de pedágios, complexos rodoviários e outros, em que é normal a cobrança de tarifa para uso público. Tem também sido utilizada na gestão da coleta de lixo e resíduos sólidos e na sua destinação. Temos visto ainda a utilização dessa modalidade na iluminação pública, com a utilização da COSIP ou CIP para custeio da pessoa jurídica privada, a qual é prevista pela Emenda Constitucional n. 39/2002, que outorgou competência aos Municípios para instituírem essa contribuição para custeio do serviço de iluminação pública, facultando a sua cobrança na fatura de consumo de energia elétrica.

A modalidade de parceria público-privada patrocinada pode ter início não só pela PMI, como através de manifestação de interesse pela pessoa jurídica interessada, com a utilização da MIP – Manifestação de Interesse Público, enquanto que as parcerias público-privadas administrativas, tem o início sempre pela iniciativa pública.

Através da Manifestação de Interesse Privado (MIP), a pessoa jurídica de direito privado interessada pode apresentar, perante a Secretaria competente do órgão público, de forma espontânea, a sua manifestação com a proposta de apresentar estudos para a realização de um determinado empreendimento de obras e serviços públicos, o que deve conter indicações que a tornem atrativa para recebimento do órgão público.

O ente público fará a avaliação dos vários aspectos relevantes ao recebimento da MIP, como a utilidade pública do projeto, sua viabilidade fática e jurídica (técnica e econômica) e sua conveniência e oportunidade, entre outros elementos que o caso concreto possa recomendar, bem como a estimativa de aporte do ente público e da contraprestação pecuniária da entidade privada para concluir pela aceitação da manifestação de interesse, caso já não tenha esses estudos sobre o objeto da manifestação.

Os prazos para a manifestação, estudos e resultado não estão previstos em lei, pelo que, nos estudos sobre a modalidade, os prazos indicados são de mera sugestão, devendo ser observada a complexidade do projeto, recomendando-se que não sejam longos, pois a PPP se destina a dar o mais rápido andamento aos projetos de utilidade pública, mas não podem ser tão curtos, que traduzam prejuízo à melhor especificação técnica. Adota-se, em geral, o prazo médio necessário observado em casos análogos.

Assim, recebida a MIP pelo ente público (o recebimento não é obrigatório) e reconhecida a sua probabilidade e utilidade pública, é expedido pelo

órgão público o Termo de Autorização, para que possam ser realizados os estudos propostos, contendo, ainda, o chamamento de terceiros interessados, com prazo de 10 (dez) dias úteis (os prazos aqui referidos são meramente recomendados) para que possam manifestar interesse em estudar o projeto, a critério do ente público. A ausência de manifestação de terceiros interessados não obsta a continuidade do procedimento. Em geral a MIP é apresentada através de consórcio, que agregue pessoas jurídicas privadas de diversos setores, necessárias à consecução do seu objeto. Autorizados o proponente e/ou os consórcios que manifestaram interesse, a proceder aos estudos, através de publicação oficial, em 10(dez) dias após o prazo de apresentação, deve passar a correr um prazo de 120 (cento e vinte) dias, para a apresentação dos estudos pelos autorizados. A partir do término desse prazo, deve ter o órgão público igual prazo para a análise dos estudos e seleção da melhor modulação, com divulgação do resultado na Imprensa Oficial do Estado da proposta selecionada, sendo que a modulação será paga pela empresa que lograr êxito na licitação. Essa análise requer pessoal qualificado, devendo ser nomeada a devida Comissão Técnica (alguns Estados e Municípios têm, hoje, assim como a União, o Conselho Gestor das PPPs, com atribuições consultivas e deliberativas), que deverá estar, também, capacitada a elaborar as minutas preliminares do contrato e os termos do edital, que deve ser precedido de audiência e consulta pública. Municípios de maior potencial econômico têm submetido as modulações a uma Agência de Classificação de Risco de Crédito, com o fim de avaliar o grau de risco de não pagamento no prazo fixado em face da manifestante e a probabilidade de sustentabilidade conforme esse grau.

A proposta com o projeto do empreendimento concebido deve conter os estudos de viabilidade, os levantamentos necessários à realização segura do projeto, com descrição escrita e detalhada do empreendimento a ser realizado, o plano, delineamento e investigações prévias e projetos principal e afins, com a finalidade de subsidiar a administração pública no seu estudo sobre a viabilidade econômica e sustentabilidade financeira da proposta e a utilidade para o bem público, bem como suas vantagens socioeconômicas, propiciando dados que levem à seleção mais apta ao empreendimento.

Os entes públicos devem primar pela guarda eficaz da Manifestação de Interesse Público (MIP) apresentada, mormente a que dá o impulso inicial ao procedimento, tendo em vista que a sua divulgação indevida pode dar lugar a apresentação de meras reproduções, duplicatas ou cópias disfarçadas daquela já existente, que deu início ao procedimento, sem que contudo detenha o manifestante conhecimentos necessários à sua elaboração, podendo por isso cometer erros na elaboração da reprodução, o que tornaria a seleção injusta e amoral, além de perigosa aos fins destinados. Trata-se, ademais, de interesse da própria Administração, o de estabelecer regras que garantam a fidelidade e certeza da modulação, além do que se trata de norma de mora-

lidade pública, que não pode dar ensejo a atitudes que frustrem as regras de administração pública e mesmo da licitação, que dará concretude ao procedimento.

Além disso, o idealizador do projeto inicial, que lhe deu impulso, através da apresentação da MIP, pode exigir, na hipótese de plágio, indenização daquele responsável ou pelos responsáveis pelo plágio, ou impugnar a proposta apresentada, ou mesmo buscar a anulação dessa etapa do procedimento, com as provas devidas, pois se trata de violação dos direitos autorais, que constitui crime previsto no artigo 184 do Código Penal.

Afinal, deve ser prestigiada a MIP, Manifestação de Interesse Privado, que é um valioso instrumento em que a iniciativa privada demonstra ao Poder Público o interesse em desenvolver projetos com a Administração Pública. A MIP dá início a um procedimento de parceria público-privada, tendo em vista que suscita ou atende o interesse por uma obra ou serviço público necessário à comunidade, que vem viabilizar o diálogo da administração pública com a sociedade, de forma transparente e útil. O apresentador da MIP muitas vezes é um idealista, que vê não só o lucro a ser obtido com a parceria, mas, principalmente, a finalidade pública a ser alcançada. Afinal, a contraprestação pelo seus serviços será recebida apenas depois de disponibilizado o serviço, além de se saber que, no encerramento do contrato, com a sua completa execução ou não, os bens dele oriundos serão revertidos ao Poder Público.

1.3.3.3 Procedimento de manifestação de interesse

O Decreto nº 8.428, de 2 de Abril de 2015, dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública em projetos de PPPs.

O Decreto prevê o Procedimento de Manifestação de interesse - PMI - como facultativa para a Administração Pública, sendo composto das seguintes fases: abertura, por meio de publicação de edital de chamamento público; autorização para a apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos; e avaliação, seleção e aprovação.

O PMI será aberto mediante chamamento público, a ser promovido pelo órgão ou pela entidade que detenha a competência prevista no art. 2º, de ofício ou por provocação de pessoa física ou jurídica interessada. Quando o PMI for provocado por pessoa física ou jurídica de direito privado, deverá constar do edital de chamamento público o nome da pessoa física ou jurídica que motivou a abertura do processo.

A proposta de abertura de PMI apresentada por pessoa física ou jurídica interessada deverá conter a descrição do projeto, com o detalhamento das

necessidades públicas a serem atendidas e do escopo dos projetos, levantamentos, investigações e estudos necessários. O requerimento de autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado deve preceder, por óbvio, à proposta de PMI.

O edital de chamamento público deverá, no mínimo, delimitar o escopo mediante termo de referência, dos projetos, levantamentos, investigações ou estudos e indicar as diretrizes e premissas do projeto que orientem sua elaboração com vistas ao atendimento do interesse público, além dos prazo, eventual valor de ressarcimento, critérios para qualificação, análise e aprovação de requerimento de autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, entre outros requisitos. Deverá conter, ainda, a contraprestação pública admitida, sempre que possível estimar, ainda que sob a forma de percentual. O edital deverá prestar todas as informações públicas disponíveis para a formulação da PMI, com a maior amplitude de publicidade, na forma prevista no Decreto. É permitida a reunião de parcelas fracionáveis em um mesmo PMI, visando assegurar aspectos referentes à economia de escala, coerência de estudos relacionados a determinado setor, padronização ou celeridade do processo, entre outros, ao critério da entidade solicitante, para definição do objeto e do escopo do projeto.

Um requisito importante a ser apresentado pelo pretendente é a demonstração de experiência na realização de projetos, levantamentos, investigações e estudos similares aos solicitados, da empresa ou dos profissionais vinculados ao interessado, pois a escolha deverá ser baseada preponderantemente nesse aspecto, o que irá demonstrar o maior índice de probabilidade de sucesso, com maior economia. O apresentante do PMI prestará declaração de transferência à administração pública dos direitos associados aos projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados.

A autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações e estudos, não gerará direito de preferência no processo licitatório do empreendimento e não obrigará o Poder Público a realizar licitação, nem implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração e será pessoal e intransferível e ainda não induz qualquer responsabilidade da administração pública perante terceiros por atos praticados pela pessoa autorizada. A lei prevê, ainda, para não propiciar abusos nos preços, que no termo de autorização poderá constar o limite nominal para eventual ressarcimento ao autorizado e aos prazos intermediários para apresentação de informações e relatórios de andamento no desenvolvimento de projetos e levantamentos. Tudo isso deverá estar claro na autorização, embora esteja previsto na lei, em face da maior transparência que se exige nesse tipo de procedimento de contratação.

A autorização poderá ser cassada, se a isso der causa o autorizado, como nos de descumprimento de seus termos, ou na hipótese de descumprimento

do prazo para reapresentação determinado pelo órgão ou pela entidade solicitante, e no caso de não observação da legislação aplicável. A infração pode resultar ainda em penalidades, como advertência ou multa. O concedente pode, ainda, revogar a autorização por mera perda de interesse do Poder Público no empreendimento, sem que tenha a autorizada direito a qualquer indenização, e ainda no caso de desistência por parte da pessoa física ou jurídica de direito privado autorizada, desde que comunicada, a qualquer tempo, ao órgão ou à entidade solicitante por escrito. Pode ainda a autorização ser anulada, em caso de vício no procedimento regulado pelo referido Decreto ou por outros motivos previstos na legislação esparsa, como vícios de consentimento ou outro vício do ato administrativo. Por fim, a autorização será tornada sem efeito, em caso de superveniência de dispositivo legal que, por qualquer motivo, impeça o recebimento dos projetos, levantamentos, investigações ou estudos. Ou seja, a superveniência de impedimento legal terá efeito retroativo, de modo a tornar sem efeito as autorizações já concedidas e que não tenham ultrapassado essa fase de procedimento. Entende-se, portanto, que as modulações apresentadas e que já tenham sido selecionadas e aprovadas, não perdem o efeito em virtude de lei nova que crie o impedimento ao seu recebimento.

Note-se que o Poder Público poderá, ao seu critério, realizar reuniões com a pessoa autorizada e com quaisquer interessados na realização de chamamento público, sempre que entender necessário, que surja fato novo, dúvidas ou se entender a necessidade de reuniões que possam contribuir para a melhor compreensão do objeto e para a obtenção de projetos, levantamentos, investigações e estudos mais adequados aos empreendimentos.

1.4 NECESSIDADE OU NÃO DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA ESPECÍFICA PARA UM CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Dispõe o art. 17 da Constituição da República que incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Já vimos que a autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações e estudos será pessoal e intransferível e deverá ser concedida sem exclusividade ou não, ou a número limitado de interessados. De qualquer jeito, não gerará direito de preferência no processo licitatório do empreendimento, nem obrigará o Poder Público a realizar licitação ou mesmo implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração, nem implica responsabilidade da administração pública perante terceiros por atos praticados pela pessoa autorizada.

De acordo com a Constituição da República e Leis Orgânicas, a delegação de serviços públicos deve ser feita na forma da lei. O artigo 2º, da

Lei Federal n. 9.074/94, determina que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e naqueles já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei n. 8.987, de 1995. Sendo assim, há necessidade, em certos casos, da Concessão ou permissão de serviços públicos ser precedida de lei autorizativa. Em consequência, via de regra, será necessária autorização legislativa para as contratações de Concessão Comum de Serviços Públicos e Concessão Patrocinada referidas nesse artigo, em vista do determinado no artigo 175, da Constituição da República de 1988, das Leis Orgânicas Municipais e Lei Federal 9.074/95; e não será necessária lei autorizativa para a contratação de Concessão Administrativa e para as patrocinadas de valor inferior ao previsto no § 3º do Artigo 10, da Lei nº 11.079, de 30 de Dezembro de 2004, a chamada Lei de Parceria Público-Privada, que exige autorização legislativa específica apenas para aquelas concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública. Em suma, é necessária a autorização legislativa, em regra, para a realização de licitação pública, para a concessão de serviço público, apenas nos expressos casos em que a lei o exija.

Como a característica econômica principal da concessão comum é a suficiência econômica do ente público, sem a utilização da economia privada, a desnecessidade de lei autorizativa aí se explica, até porque o art. 175 da CR/88 não estabelece essa obrigatoriedade. Quando a Constituição da República assim o quis, o fez de modo expresso. Tanto assim que a Constituição da República Federativa discriminou expressamente os serviços públicos a cargo de cada ente federativo, que tem autonomia para a sua organização, dentro de sua competência.

|O Princípio da Separação de Poderes propugnada por Montesquieu impede que se exija essa autorização legislativa sem lei especial que o determine, decorrência de outro princípio, o da legalidade. Conforme dispõe a CR/88, em seu artigo 5º, inciso II, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Assim, como não há na Constituição essa exigência, de autorização legislativa para todas e quaisquer licitações, fica reservada essa exigência para os casos específicos previstos na Constituição ou na Lei.

O Supremo Tribunal Federal, no Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.624 do Distrito Federal, na interpretação Conforme à Constituição ao Art. 29, caput, da Lei 13.303/2016, que se propõe a regulamentar o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, com

a alteração dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, decidiu em referendar a concessão parcial da medida cautelar pleiteada para conferir ao art. 29, caput, inc. XVIII, daquela Lei, interpretação conforme à Constituição Federal, nos seguintes termos: i) a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; e ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas. Nesse caso, a operação pode ser realizada sem a necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da Constituição, respeitada, sempre, a exigência de necessária competitividade.

Já a alienação de bens imóveis pela Administração Direta depende da presença do interesse público, de lei autorizadora, de avaliação prévia e licitação na modalidade concorrência, na forma prevista na Lei nº 14.133, de 1º de Abril de 2021, dispensada apenas nas hipóteses listadas na mesma Lei. Note-se que a lei autorizativa de cessão de bem imóvel não substitui a necessária licitação. A Lei nº 14.133, de 1º de Abril de 2021, hoje, é que regulamenta os arts. 22, XXVII e 37, XXI, da CR/88, instituindo normas gerais sobre licitações e contratos da Administração Pública, as quais são aplicáveis não somente à União, mas também aos Estados e Municípios.

Enfim, nos casos em que essas discussões se fazem no âmbito de PPPs - Parcerias Público-Privadas, a autorização legislativa é, em regra, dispensada, a não ser nos casos em que a Constituição da República o exija de forma específica para a hipótese, já que o § 3º do Artigo 10, da Lei nº 11.079, de 30 de Dezembro de 2004, a chamada Lei de Parceria Público-Privada, apenas o exige para as concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública.

Como se vê, a Lei de Parceria Público-Privada trouxe uma normatividade própria para envolver a iniciativa privada nos empreendimentos públicos, que superam os termos da Lei de Licitações, no que nela for estabelecido de forma clara, sendo esta de cunho subsidiário àquela.

De qualquer forma, não haverá necessidade de lei autorizativa para a contratação de Concessão Administrativa através de PPP, a não ser na hipótese de valor acima do referido. A exigência de autorização legislativa para mera outorga de concessão fere o princípio da separação de poderes, pois se trata de controle prévio de um poder sobre o outro. O princípio da legalidade não é desrespeitado, se são observadas as leis que disciplinam a matéria.

Em determinadas hipóteses, caso a modelagem preveja o pagamento de subsídios pelo Poder Público, pode ser necessária a edição de lei específica, como no caso de a modelagem prever isenções tributárias, já que ocorre, aí, a renúncia de crédito público em favor do contribuinte.

1.5 EXIGÊNCIAS, CARACTERÍSTICAS E LIMITES AOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADAS

A Lei impede a adoção de PPP pelo menos em três hipóteses: quando tratar-se de único objeto, como de apenas a execução de obra pública, ou apenas a prestação de serviços ou apenas a instalação de equipamentos. Outro óbice legal é o de que o valor de cada PPP não pode ser inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), valor fixado pela Lei nº 13.529, de 2017, que reduziu o valor de R\$20 milhões de reais antes previsto. Além disso, prevê a Lei que o prazo do contrato não pode ser menor que cinco anos nem maior que trinta e cinco anos, incluindo-se aí eventual prorrogação, o que deverá ser estipulado de modo a ser compatibilizado com a amortização dos investimentos.

Consoante ainda o art. 5º, as cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever, além da previsão do prazo já citado, as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas. O contrato que contiver cláusulas penais exclusivamente contra o parceiro privado será considerado leonino e essa cláusula será nula, ou aplicada, no que couber, também ao órgão público, segundo as características do caso concreto, observada a razoabilidade e o bom senso, que recomendam evitar a maior onerosidade ao Poder Público e aos usuários.

O preço, formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais devem ser claros e consoante as regras fixadas na lei. O cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos devem constar de forma clara. O contrato deve fixar também as regras que estipulem os mecanismos para a preservação da concretude da prestação dos serviços, os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, as garantias e a forma de acionamento da garantia. Os critérios de avaliação do desempenho do parceiro privado devem ser também expressos e objetivos, evitando-se futuras demandas por dúvida ou falta de previsão. Essas medidas visam resguardar a viabilidade do empreendimento e evitar as sempre indesejáveis interpelações em face de falta de clareza ou de superveniência de fatos oponíveis.

O edital, que deve seguir as regras gerais dos editais de licitação pública, deve ainda conter, nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra. Esse cuidado por parte do Poder

Concedente é que irá propiciar a maior avaliação e fiscalização durante a execução do Contrato, além de propiciar aos interessados a melhor análise ao seu interesse.

Outra regra rigorosa é que o total das despesas das parcerias contratadas não poderá exceder a 5% da receita corrente líquida do exercício do ano anterior dos Estados e Municípios e 1% em relação à União, impondo-se a mesma regra aos contratos vigentes nos 10 anos subsequentes, que não poderão exceder, igualmente, a 5% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios, para os Estados e Municípios e 1% para a União.

Os contratos devem ter a previsão expressa de um período superior a 5 anos e inferior a 35 anos de duração, não podendo malferir esses limites. O prazo máximo deve se mostrar compatível com a amortização dos investimentos realizados, através de estudos objetivos, incluindo eventual prorrogação. A prorrogação muitas vezes é necessária, em razão de supervenientes circunstâncias, como ocorre em geral nas hipóteses admitidas no Direito Administrativo, o que deve estar atrelado ao interesse público. Sabe-se que o caso fortuito, a força maior, o fato do príncipe e a álea econômica extraordinária permite, muitas vezes, não só a repartição de riscos como, também, a prorrogação do contrato, para possibilitar a sua execução completa. Algumas vezes, porém, essa prorrogação não se mostra recomendável, como nos casos em que possa onerar por demais a sua execução ou em que não se demonstre razoável a sua prorrogação, como ocorre, por exemplo, quando em razão de acontecimento imprevisível fique demonstrado que o projeto exequendo não é mais adequado, sendo mais útil à administração pública o seu encerramento do que a sua continuidade. As inconveniências materiais ou financeiras podem obstar a prorrogação, mesmo que dentro do prazo legal. Assim, a contratação pública deve ter, sempre, em vista, a possibilidade de sua completa execução, encontrando, porém, exceção nos casos em que o interesse público demonstre o contrário. A prorrogação, portanto, deve atender aos critérios de eficácia em relação à sua finalidade perante os limites financeiros existentes e a utilidade pública, esta sempre prioritária.

Note-se que o interesse público se confunde com o social, devendo haver entre eles um equilíbrio, que seja dinâmico e mutável em razão das modificações econômicas, culturais e políticas, o que deve ser analisado em face de um critério intertemporal e histórico, para possibilitar uma continuidade da atividade pública dentro de uma lógica jurídica que atenda aos anseios do Poder Público em face da satisfação dos interesses coletivos.

1.6 ALGUNS ENTENDIMENTOS JUDICIAIS A RESPEITO DA PPP

A parceria público-privada na modalidade de concessão administrativa de serviços de limpeza urbana não se confunde com terceirização de serviços, por isso não se aplica a responsabilização subsidiária da concedente.

No entanto, sobre o tema, a jurisprudência já firmou a responsabilidade do Poder Concedente ser subsidiária, sempre que a concessionária ou permissionária não detiver meios de arcar com a indenizações pelos prejuízos a que deu causa. Assim constou no AgInt no AgInt no AREsp n. 1.881.960/RJ, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/2/2022, DJe de 17/2/2022, do Superior Tribunal de Justiça, que, “constatado o exaurimento dos meios possíveis para responsabilização da concessionária de serviço público, deve ser redirecionada a execução para o poder concedente ante sua responsabilidade subsidiária, ainda que este não tenha figurado no polo passivo da ação de conhecimento, conquanto dentro do prazo prescricional para tanto”. Argumentou-se que *não se mostra razoável exigir que o poder concedente, no caso, o Município do Rio de Janeiro, apenas possa ser responsabilizado se tiver constado no polo passivo da lide do processo de conhecimento, pois ao tempo deste não havia se concretizado o fato gerador de sua responsabilidade subsidiária, qual seja, o exaurimento dos meios possíveis para responsabilização da concessionária de serviço público. Se fosse exigido que o poder concedente estivesse no polo passivo do processo de conhecimento, estaria havendo um esvaziamento da garantia de responsabilidade civil do Estado nos casos de incapacidade econômica das empresas concessionárias e delegatárias de serviços públicos.*

Por outro lado, sabe-se que não é possível transferir ao particular as atribuições indelegáveis do Poder Público. Daí decorre que muitas obras delegadas ou concedidas à iniciativa privada não podem ser acompanhadas da delegação de serviços públicos indelegáveis, como ocorre no sistema prisional e nos serviços próprios ao Poder Judiciário.

Temos que é lícita a intermediação de mão de obra do sistema prisional, por meio de Parceria Público-Privada, apenas quando não há a transferência ao particular de atribuição indelegável do Poder Público, consoante prevê os artigos 83-A e 83-B Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984, a chamada Lei de Execuções Penais, que prevê expressamente quais são as atividades que podem ser terceirizadas para fins de execução indireta nos estabelecimentos penais, tratando-se das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares desenvolvidas em estabelecimentos penais, e notadamente: I - serviços de conservação, limpeza, informática, copeiragem, portaria, recepção, reprografia, telecomunicações, lavanderia e manutenção de prédios, instalações e equipamentos internos e externos; II - serviços relacionados à execução de trabalho pelo preso. Pode ainda ser terceirizado o fornecimento de materiais, equipamentos, máquinas e profissionais. Note-se que a execução indireta deverá ser realizada sempre sob supervisão e fiscalização direta do poder público. Nesse ponto, são indelegáveis as funções de direção, chefia e coordenação no âmbito do sistema penal, bem como todas as atividades que exijam o exercício do poder de polícia. Não podem ainda ser delegadas as atribuições de classificação de condenados, a aplicação de sanções disciplinares, o controle de rebeliões e o transporte de presos para órgãos

do Poder Judiciário, hospitais e outros locais externos aos estabelecimentos penais.

Quanto a esse ponto, a jurisprudência firmou que “*não há óbices legais à adoção do sistema de Parcerias Público Privadas em presídios, conquanto vedado expressamente a delegação ao particular, do exercício do poder de polícia*”³, decidindo que é possível a suspensão da terceirização e licitação para gestão do sistema prisional, se o quadro for suficiente a caracterizar o periculum in mora consistente no comprometimento das atividades carcerárias no estado. Por outro lado, “*é lícita a intermediação de mão de obra do sistema prisional, por meio de Parceria Público-Privada, quando não há a transferência ao particular de atribuição indelegável do Poder Público, na esteira da Lei 11.079/04 e artigos 83-A e 83-B da Lei de Execuções Penais*”⁴.

Não há óbices legais, portanto, à adoção do sistema de Parcerias Público Privadas em presídios, embora vedada expressamente a delegação ao particular, do exercício do poder de polícia.

Quanto a créditos trabalhistas pelos quais a Administração Pública venha eventualmente a responder em virtude de responsabilidade subsidiária, não se submetem a decisões judiciais que determinem o bloqueio, penhora ou liberação de receitas públicas, pois o art. 100 da CR/88 submete a satisfação de seus débitos ao regime de precatórios. Nesse ponto, o STF já firmou que a disponibilidade financeira de entes da Administração Pública, para satisfação de créditos trabalhistas, viola o princípio da legalidade orçamentária previsto no art. 167, VI, da CR, o preceito da separação funcional de poderes inserto no art. 2º c/c art. 60, § 4º, III, da CR, o princípio da eficiência da Administração Pública contido no art. 37, caput, da CR e o princípio da continuidade dos serviços públicos previsto no art. 175, da CF⁵.

Além da indelegabilidade das funções de regulação, da função jurisdicional e do exercício do Poder de Polícia e demais atividades exclusivas do Poder Público, os contratos de parceria público-privadas devem observar outras diretrizes que atendem aos princípios de ordem pública, como o respeito aos interessados e direitos dos usuários e dos entes privados concessionários ou permissionários, a responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias, a transparência dos procedimentos e regramento legal e a repartição objetiva e clara de riscos entre as partes. Além disso, devem assegurar a eficiência no cumprimento dos interesses de Estado e no emprego dos recursos e a sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

3 TJ-BA - AI: 00106899820178050000, Relator: Cassinelza Da Costa Santos Lopes, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 19/10/2017.

4 TRT-3 - RO: 00750201111003001 MG 0000750-71.2011.5.03.0110, Relator: Lucas Vanucci Lins, Segunda Turma, Data de Publicação: 17/11/2017.

5 STF - ADPF: 524 DF, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 13/10/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 23/11/2020.

O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato, conforme art. 6º da Lei de PPPs, inclusive com o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis ali especificados, sendo que, quantos a estes últimos, seu valor poderá ser excluído da determinação do lucro líquido para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, além da base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB devida pelas empresas ali referidas, o que constitui um importante incentivo fiscal.

1.7 VEDAÇÃO DE CONTRATO COM OBJETO ÚNICO DE EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA

O § 4º, III, do Art. 2º da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, veda a celebração de contrato de parceria público-privada, que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública. Essa proibição visa precisamente conferir efetividade a essa lei, que tem o intuito de promover o desenvolvimento econômico e social do país, para isso fornecendo meios para ampliar e melhorar a infraestrutura e os serviços públicos, com a participação do setor privado. Assim, uma PPP pode ter, como objeto, a execução de obra pública, desde que contemple, também, a prestação de serviços como complementação e não seja a execução da obra pública o único objeto. Do mesmo modo, é vedada a PPP que tenha como objeto apenas o fornecimento de mão de obra, ou o fornecimento de equipamentos. A parceria público-privada que vise a execução de obra pública, portanto, deve estar vinculada à prestação de serviço público.

Ao estabelecer essa restrição, a Lei Federal obriga a todos os entes federativos, sem que configure invasão de competência. Essa foi a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 282 / RO⁶, citando MEDAUAR, que leciona: *se a Constituição Federal atribui competência à União para editar normas gerais sobre certa matéria, determina, em decorrência, que tais disposições fixadas em lei federal não de ser observadas pelos Estados e Municípios, sem que se cogite, no caso, de qualquer interferência ou desrespeito à autonomia dos Estados-membros ou Municípios.* No julgamento dessa Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental o STF julgou inconstitucional parte de Lei Municipal do Município de Ariquemes/RO, por violação ao art. 22, XXVII, da

6 ADPF 282, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15-05-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 30-05-2023 PUBLIC 31-05-2023.

CF/88, que estabelece a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, já que dispunha de forma contrária à Lei Federal nº 11.079/2004, ao possibilitar a PPP com objeto único nela proibida, com a possibilidade de realização de Parceria público-privada para a execução de obras públicas desvinculadas de serviço público ou social. (MEDAUAR, 2007, p. 129)

A competência privativa da União se dirige a estabelecer sobre normas gerais, tendo os Estados a competência suplementar. Na ausência de lei federal, a competência do Estado é plena. Assim, a competência privativa prevista no artigo 22 da Constituição Federal, é designada especificamente para a União, que tem, portanto, a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Município, que apenas podem legislar nos assuntos locais nas partes em que forem omissas a Lei federal.

1.8 COMPETÊNCIA NORMATIVA DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS NAS PPPs

Considerando o que foi dito no item anterior, cumpre determinar o que constitui “normas gerais” na Parceria Público-privada, a cargo da legislação federal, e o que é possível aos Estados, Distrito Federal e Municípios legislar ou estabelecer via administrativa sobre as PPPs.

As “normas gerais” estão previstas na Lei Federal já citada, que prevê, consoante art. 22, XXVII, da CR/88, que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. O Poder Constituinte apenas se refere a normas gerais em itens específicos do referido art. 22, mormente no que se refere a licitações públicas. Mas o que são “normas gerais” na licitação pública? Trata-se de conceito complexo, o que o simplifica quando se define que se trata de diretriz ou princípio geral definidor da espécie de que se trata, estabelecendo parâmetros. Sendo gerais, não podem esgotar o tema, deixando uma margem de liberdade para se estabelecerem regras dentro de suas diretrizes, que são restritivas ou limitadoras. E se as normas expedidas pela União são gerais, são obrigatoriamente genéricas e abstratas, possibilitando aos demais entes federativos dispor sobre os casos concretos, desde que obedecidas as regras por ela estabelecidas. Normas gerais não descem, pois, a minúcias, nem estabelecem sobre casos concretos, deixando aos demais entes federativos uma margem de discricionariedade para estabelecer detalhes, pormenores e particularidades necessários às minúcias de cada projeto que envolva o interesse público. É, até propícia, a melhor performance do administrador e do parceiro público, essa possibilidade de exercer uma criatividade construtiva dentro dos parâmetros dispostos. BORGES define as normas gerais, com proficiência, como aquelas

“que se contenham no mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeito a seus comandos genéricos, básicos”. (BORGES, 1994, s/p)

Bandeira de Mello assim define: em síntese: a expressão ‘norma geral’ tem um significado qualificador de uma determinada compostura tipológica de lei. Nesta, em princípio, o nível de abstração é maior, a disciplina estabelecida é menos pormenorizada, prevalecendo a estatuição de coordenadas, de rumos reguladores básicos e sem fechar espaço para ulteriores especificações, detalhamentos e acréscimos a serem feitos por leis que se revestem da ‘generalidade comum’ ou quando menos nelas é reconhecível uma peculiaridade singularizadora em contraste com as demais. (MELLO, 2011, s/p)

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, citado por Bandeira de Melo, formulou o seguinte conceito de normas gerais: *chegamos, assim, em síntese, a que normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados membros na feitura das suas respectivas legislações através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos.* (MELLO, 2011, s/p)

No âmbito de Direito Tributário, Bandeira de Mello⁷ explicitou que não configuram normas gerais aquelas que disponham sobre particularizadas definições, que minudenciam condições específicas para licitar ou para contratar, que definem valores, prazos e requisitos de publicidade, que arrolam exaustivamente modalidades licitatórias e casos de dispensa, que regulam registros cadastrais, que assinalam com minúcia o iter e o regime procedimental, os recursos cabíveis, os prazos de interposição, que arrolam documentos exigíveis de licitantes, que preestabelecem cláusulas obrigatórias de contratos, que dispõem até sobre encargos administrativos da administração contratante no acompanhamento da execução da avenca, que regulam penalidades administrativas, inclusive quanto aos tipos e casos em que cabem, evidentíssimamente sobre não serem de Direito Financeiro, menos ainda serão normas gerais, salvo no sentido de que toda norma, por sê-lo, é geral”. E acrescenta o ilustre administrativista: “Se isto fosse norma geral, estaria apagada a distinção constitucional entre norma, simplesmente, e norma geral.” E já que toda lei, no sentido material, é de cunho geral, para que se possa dizer em norma geral no sentido abordado no art. 22, há que se tê-la no sentido mais amplo e genérico, que aborem princípios inafastáveis de Direito Fundamental, ficando, a cargo das diretrizes estaduais, do Distrito Federal e municipais, as regras minudentes citadas por Bandeira de Mello,

7 Licitações, RDP 83/16.

adaptáveis às licitações públicas consoante as necessidades locais. (MELLO, 2011, s/p)

Estariam, portanto, dentro da competência do órgão concedente o estabelecimento de regras sobre definições particulares do projeto, condições específicas para licitar ou para contratar que extrapolem obrigatoriamente as regras fixadas na lei federal, como as que definem os valores do projeto específico a ser licitado, os prazos e condições de execução, os regulamentos dos registros cadastrais e respectivo regime procedimental, particularidades e casos dos recursos cabíveis com respectivos os prazos de interposição, rol de documentos exigíveis dos licitantes, cláusulas dos contratos, além das obrigatórias, riscos assumidos, encargos administrativos e financeiros da administração contratante, penalidades administrativas cabíveis e condições particulares devidas nos casos concretos, obedecido, obviamente, o balizamento federal geral.

1.9 DA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

A Lei nº 11.079, que rege os contratos de parceria público-privada, em seu Art. 9º estabeleceu a obrigatoriedade de, antes da celebração do contrato, ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. A expressão “deverá” indica que a constituição da referida SPE se trata de um pré-requisito para celebração do contrato de parceria público-privada. Entende-se que, na lei, a expressão “deve” indica um requisito obrigatório; a expressão “convém” indica uma recomendação e “Pode” indica uma permissão, possibilidade ou capacidade.

A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, observados os termos do edital e do contrato e, ainda, o previsto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição da República. Esse Art. 27 estabelece que a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão e seu parágrafo 1º, renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.196, de 2005, dispõe que, para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço e comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

O propósito da constituição de uma Sociedade de Propósito Específico na PPP é, principalmente, criar um mecanismo que permita a assunção da concessão objeto do contrato pelos seus próprios financiadores em caso de inadimplemento, o que é previsto no art. 5.º, §2º, I, da Lei 11.079/2004, que

permite que possa o contrato prever adicionalmente, os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle ou a administração temporária da sociedade de propósito específico até aos seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. É bom lembrar que a assunção eventual do objeto não inclui a transferência das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado, ou do Poder Concedente, que sejam indelegáveis, como prevê o Art. 4º, III, da mesma Lei.

A SPE é definida como a sociedade empresária incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria público-privada, podendo ser na forma de sociedade limitada ou qualquer outra forma, podendo até assumir, se for de interesse de seus instituidores, a forma de companhia aberta, o que possibilitará que seus valores mobiliários possam ser admitidos à negociação no mercado mobiliário. Para atender aos objetivos da Lei das PPPs, a sociedade deverá obedecer aos padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas. O seu objeto social deve ser limitado a implantar e gerir o objeto da parceria a ser contratada, não podendo prever objetivos externos. Visando proteger a moralidade pública nesse tipo de contrato, o que demonstra, mais uma vez, a preocupação do legislador com a sua legalidade e em assegurar a obtenção de sua finalidade, é vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante da SPE, no que, porém, não se inclui a eventual aquisição da maioria do capital votante por instituição financeira controlada pelo Poder Público no caso estrito de inadimplemento de contratos de financiamento.

Essa proibição visa evitar a confusão patrimonial entre o patrimônio da SPE constituída para um determinado empreendimento e o das empresas que integram o seu quadro societário, maneira de impedir, assim, que os ativos e as receitas destinados aos serviços e obras objetos do contrato de PPP sejam desviados para outros negócios das respectivas empresas-sócias constituintes da SPE. O impedimento constitui um sistema de autopreservação da PPP.

A constituição de uma sociedade específica para a implantação e gestão dessa parceria público-privada objeto do contrato a ser firmado, além de separar o patrimônio destinado à execução do contrato, inclusive com contabilidade própria, permite a maior visibilidade da real evolução contábil do empreendimento, bem como contribui para garantir maior eficácia e distinção na rentabilidade do projeto, apta a apurar a sua solidez financeira, o que contribui para sistematizá-la operacionalmente, oportunizando a evidenciar todas as informações que possam ser úteis ao sucesso do empreendimento, o que se insere na gestão do contrato.

Como se vê, a Lei que criou e dispõe sobre a licitação e a contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública estabelece instrumentos objetivos e de evidente utilidade para lhe dar a maior segurança, eficácia e condições de maior e pleno sucesso, tratando-se de uma moderna e eficiente ferramenta para a consecução dos serviços públicos, sendo uma das razões de estar sendo cada vez mais adotada essa parceria no sistema público.

1.10 COMITÊ GESTOR DA PARCERIA PÚBLICO PRIVADA (CGP)

Para a execução mais eficiente e prática das Parcerias Público-Privadas, a normatividade legal exige a participação de órgão que lhe confira a efetividade: o Comitê Gestor da Parceria Público Privada - CGP, cujas atribuições é promover integração e coordenação das demandas dos projetos de concessões e Parcerias Público-Privadas (PPPs) no âmbito federativo respectivo. Antes o Comitê era regulamentado pelo Decreto n. 5.385/2005, que foi revogado pelo Decreto n° 9.784, de 7 de Maio de 2019, o qual estabeleceu que as atribuições desse e de outros órgãos colegiados ficam transferidas aos órgãos responsáveis, definindo que se considera órgão responsável aquele que exerce a função de presidente ou coordenador do órgão colegiado, para as atribuições previstas no Art. 14 da **Lei nº 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**, a chamada Lei das PPPs. Consoante o referido Art. 14, o órgão gestor de parcerias público-privadas federais tem competência para: I – definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada; II – disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos; III – autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital; IV – apreciar os relatórios de execução dos contratos.

A criação do Comitê Gestor da Parceria Público-Privada vem fortalecer o instituto da PPP, aperfeiçoando a sua estruturação, propiciando maior integração entre o setor público e o privado e, forçosamente, contribui para a maior atração de investidores ao empreendimento, pela garantia de maior sucesso.

Conforme Art. 14 da Lei nº 11.079/ 2004, deverá ser instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, o que recomenda que ocorra também nos demais entes federativos. A expressão “Será instituído” demonstra que não se trata de opção, mas de dever do órgão estatal a criação do CGP, que terá a representação multidisciplinar ali prevista.

O Decreto que o instituir deverá definir a sua competência, que é prevista no mesmo artigo, qual seja, a de definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada; disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos; autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital e apreciar os relatórios de execução dos contratos. Como se vê, o

CGP tem importância capital para a PPP, pois dele depende a definição e estabelecimento de regras, aprovação prévia à licitação e durante a execução dos contratos. Sem essa definição e aprovação do CGP não pode ser aberta a licitação, muito menos pode ser aprovado o edital, com toda a normatização sobre as partes, objeto, preço, responsabilidades e demais regras atinentes à PPP.

Nas deliberações e aprovações sobre o procedimento da PPP, o CGP deverá averiguar a existência de documentos e cumprimento das exigências legais, o que envolve uma manifestação prévia e devidamente fundamentada oriundo dos órgãos que o integram, cada um dentro de sua especialidade.

Embora o art. 14 da Lei de PPP esteja no Capítulo das Disposições aplicáveis à União, aplica-se aos demais entes federativos na implantação de uma PPP. O seu § 1º dispõe que o CGP será composto por indicação nominal de um representante titular e respectivo suplente de cada um dos seguintes órgãos: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que deverá ser o coordenador das atividades e deverá opinar sobre o seu mérito; Ministério da Fazenda, que deverá fazer a análise e elaborar parecer sobre a viabilidade da concessão da garantia e à sua forma, relativamente aos riscos para o erário público e ao cumprimento do limite quanto à receita líquida utilizável de que trata o art. 22 da Lei e, por fim, a Casa Civil da Presidência da República, além do representante do órgão da Administração Pública direta que tenha a competência pertinente ao objeto do contrato. Por exemplo, se a PPP se referir a obra e serviços hospitalares, o Ministério ou a Secretaria de Saúde deverá indicar também um representante à CGP. Se a obra e serviços se referir ao sistema prisional, o Ministério da Justiça e Segurança Pública deverá indicar um representante e assim por diante. Nos Estados e Municípios o CGP deverá seguir esse modelo, com a indicação dos órgãos com competência similar, nada impedindo a indicação também de representantes de outros órgãos, se forem considerados aptos à concretude da parceria.

Como exemplo de pronunciamento de mérito, a cargo do Ministério da Fazenda, citem-se a conclusão da viabilidade da PPP, com estudos técnicos atualizados que demonstrem ser justificável a sua adoção no caso concreto, os estudos sobre a compatibilidade das despesas em face das metas de resultados fiscais, estudos sobre a apresentação de estimativa do impacto orçamentário-financeiro durante todo o contrato, de acordo com as leis orçamentárias, a necessidade de licenciamento ambiental, dentre outros, observados nos âmbitos Estadual e municipal os respectivos órgãos com tais atribuições para os pronunciamentos prévios.

O melhor desempenho do Comitê será garantido pela criação da melhor estrutura de apoio técnico, com a presença dos representantes de instituições públicas, o que é recomendável, porque suas atribuições superam a mera governabilidade para uma gestão mais apurada, o que exige conhecimentos técnicos de maior abrangência sobre o projeto a ser analisado, in-

clusivo porque se submete aos limites ditados pela Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme LC 101/00, bem como pelo regramento especial referente às finanças públicas, como a disponibilidade orçamentária e limites legais para endividamento e despesas, tudo isso tendo em vista a contraprestação de recursos públicos pelo Poder concedente.

A representação multissetorial no CGP e o assessoramento técnico propiciarão meios de analisar adequadamente todas as fases, anterior, durante a elaboração do projeto e na sua execução, como nos casos de previsão ou necessidade de revisões tarifárias, forma da garantia a ser concedida ao empreendedor privado e, sobretudo, a viabilidade econômica da concessão, que é o que pode justificar a sua implementação, com apuração dos prováveis riscos para o Poder concedente. Sabe-se que empreendimentos públicos, principalmente os grandes, sofrem pressões de setores interessados, influências de fatores externos que podem influir nas decisões a serem tomadas, não raro sendo submetidos a pressão de lobistas, sendo que a existência desse órgão vai amenizar os riscos de ingerências indevidas nas tomadas de decisões, o que é bom para o Administrador submetido constantemente à sensação estressante de incorrer em excesso de responsabilidade.

Compete aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, submeter o edital de licitação aprovado ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada, enviando-lhe, semestralmente, relatórios circunstanciados acerca da execução dos contratos de parceria público-privada, na forma definida em regulamento, para que proceda à sua função consultiva e fiscalizatória. Por sua vez, o CGP remeterá ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, com periodicidade anual, relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada, para cumprimento integral de sua função fiscalizatória. De tudo haverá publicidade ao público, em geral através de órgão público, ressalvadas as informações classificadas como sigilosas.

1.11 FUNDO GARANTIDOR DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – FGP

No Capítulo das Garantias, a Lei nº 11.079/2004 prevê, no Art. 8º, V, que as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas, entre outros modos, mediante garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade. Como a Lei regulamenta a utilização da PPP perante a União e seus órgãos ali referidos, há quem defenda que existe previsão do Fundo Garantidor apenas no âmbito federal. Porém, não é bem assim. Muitos Institutos de Direito criados para a União são aplicados aos demais entes da Federação, de modo que esse entendimento restritivo não se mostra conforme a nossa Constituição, até porque a Lei que rege a espécie

prevê em seu Art. 1º que “Esta Lei institui 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 Art. 16 estabelece que “Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei”. Embora o FGP criado no âmbito federal destine fundos aos parceiros de todos os entes federativos, cada Estado ou Município, pode, em seu âmbito, criar também o Fundo Garantidor, da mesma forma, sem prejuízo da utilização daquele.

De qualquer forma, para suprir essa omissão legislativa, há projeto de Lei em trâmite, Projeto de Lei 2892/11⁸, que estende às parcerias público-privadas (PPPs) estaduais e municipais as garantias previstas em lei para as parcerias no âmbito federal. O projeto permite que o Poder Público passe parcelas de pagamentos ao parceiro privado antes mesmo da conclusão do serviço, diferente da normatização atual, que apenas permite que os pagamentos sejam feitos depois da disponibilização do serviço. Se de um lado a lei atual constitui uma garantia ao Poder Público de efetivação dos serviços, de outro, o pagamento antecipado atrairá investidores e facilitará a sua atividade.

Segundo consta da Agência de Notícias da Câmara de Deputados, o Fundo, que tem um limite global de R\$6 bilhões, é formado hoje por recursos da União e das empresas participantes. Pelo projeto, o fundo passaria a ser alimentado também por aportes de estados, municípios e empresas participantes de PPP nessas esferas administrativas, reduzindo os riscos ao investidor privado. Como a falta de garantias constitui um dos maiores obstáculos ao interesse privado nas PPPs, acredita-se que a aprovação do projeto acarretará a maior atratividade em relação ao investidor, aumentando a possibilidade de maior interesse e êxito nesse tipo de contrato público com a parceria privada.

O fundo garantidor, portanto, se trata de um mecanismo de cunho financeiro que visa garantir as obrigações pecuniárias contraídas pela administração pública em contratos de parceria público-privada, contribuindo para o seu melhor desenvolvimento e propiciando o maior interesse ao empreendimento.

A sua finalidade é com toda evidência a de assegurar a execução das PPPs, tornando certa a sua concretização aos olhos do parceiro privado, assumindo o Fundo a responsabilidade pelo pagamento das prestações pe-

8 Fonte: Agência Câmara de Notícias.

cuniárias assumidas com predominância à responsabilidade do ente público concedente, o que afasta entraves ao cumprimento das obrigações, em geral existente na Administração Pública, em face de restrições orçamentárias e fiscais, além das limitações legais à sua liberdade operacional,

O Fundo Garantidor tem se apresentado como ente de natureza privada e patrimônio próprio, completamente independente do patrimônio dos seus cotistas, com direitos e obrigações, os quais também não se estendem aos quotistas, o que constitui um importante atrativo aos investidores para o Fundo, que o integram com o aporte em espécie, ou de bens e/ou direitos, com integralização das cotas, somando-se ao patrimônio os rendimentos obtidos com a sua administração. Sua maior segurança se encontra na vedação de prestar garantias a outras obrigações diferentes do objeto da parceria. O próprio Poder concedente pode ser cotista do FGP, bem como suas autarquias e Fundações, dentro do limite fixado em lei.

O FGP, ao viabilizar a execução das PPPs, assumindo a responsabilidade pelo pagamento das prestações pecuniárias ínsitas ao contrato, confere maior credibilidade e eficácia à parceria público-privada.

1.12 EXCLUSÃO DO PODER JUDICIÁRIO DAS PPPS - PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Importante é o tema referente ao uso das parcerias público-privadas pelo Poder Judiciário, já que é reconhecido que se trata de Poder com precário orçamento para aplicação na área de obras e serviços, o que torna essa parceria altamente atrativa e recomendada.

As Parcerias Público-Privadas se aplicam à administração pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, mas não tem sido aplicada ao Poder Judiciário, segundo entendimento adotado sobre a lei, que apenas se refere aos dois primeiros poderes.

O Conselho Nacional de Justiça, após mais de três anos discutindo essa questão, provocado por uma consulta feita pela Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Maranhão, decidiu que o Poder Judiciário não pode utilizar o instrumento das Parcerias Público-Privadas (PPPs). A decisão levou em conta não só o fato de a Lei que estabelece sobre as PPPs se referir apenas à Administração Pública dos Poderes Legislativo e Executivo, como por considerar que o desempenho das atividades-meio (de natureza administrativa) do Poder Judiciário não se compatibiliza com qualquer das modalidades de PPPs descritas nos parágrafos 1^a e 2^a do artigo 2^a da Lei 11.079/2004, que instituiu as PPPs.

O tema foi julgado pelo CNJ em resposta a uma consulta advinda da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Maranhão, no ano de 2011, pois aquele Estado pretendia a utilização de PPP para a construção e aparelhamento de dez novos fóruns, além da reforma do prédio do TJ/MA, uma

sede para os juizados especiais daquele Estado e de um prédio para atendimento pelas Varas da Infância e Juventude.

O então presidente do CNJ afirmou que, devido ao princípio da separação dos poderes, o Poder Judiciário não poderia se submeter a um órgão gestor do Poder Executivo, como prevê a lei. Houve, inclusive, voto no sentido de que esse seria um passo largo rumo à terceirização da Justiça. Reconheceu-se, também, as vantagens que o regime das parcerias público-privadas poderia trazer ao Poder Judiciário. Enfim, após extenso debate e muitas reuniões de trabalho realizadas pela Comissão constituída no CNJ, houve a conclusão de que há uma série de questões que ainda merecem maior cuidado e atenção, sob pena de provocação de consequências piores do que aquelas que atualmente são vivenciadas pelo Judiciário no setor de obras e serviços.

O Relator original da matéria era então o juiz de Direito em Minas Gerais e Conselheiro do CNJ, Paulo de Tarso Tamburini Souza, que votou favorável à consulta, desde que o CNJ regulamentasse a questão no âmbito do Judiciário. Parece-me que essa seria uma boa solução para possibilitar ao Judiciário se utilizar de um instrumento tão útil e eficaz e de reconhecido sucesso no âmbito financeiro e administrativo para a Administração Pública.

É claro que a PPP não poderia ser utilizada pelo Judiciário no que se refere à atividade-fim, ou seja, jurisdicional, tendo em vista o que dispôs o art. 4º, III, da Lei nº 11.079, no sentido de que, na contratação de parceria público-privada serão observadas, dentre as diretrizes ali traçadas, a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

Vale a pena consignar, ainda, que o Tribunal de Contas da União, no Acórdão n. 1301/2013/TCU, proferido nos autos do processo n. TC 046.489/2012-6, antevedo que seria possível a realização de Parcerias Público-Privadas pelo Poder Judiciário, após profundas análises e discussões, recomendou ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho, em resposta à sua consulta, e ao Conselho Nacional de Justiça, que avaliem a conveniência e a oportunidade de celebrar parcerias público-privadas, na modalidade tão apenas da concessão administrativa, visando dotar os Tribunais Regionais do Trabalho de imóveis adequados com serviços públicos adicionados para o bom funcionamento institucional.

Parece-me que esta seria uma boa hora para se voltar a discutir a possibilidade, viabilidade, utilidade e juridicidade de adoção das Parcerias Público-Privadas no âmbito do Poder Judiciário, mormente em face da situação econômica atualmente vivenciada pelos Estados. A ausência de previsão legal seria ultrapassada pela emissão de projeto de lei de iniciativa do Judiciário. Talvez seja essa, inclusive, a omissão do Judiciário na lei que rege a espécie, em respeito à autonomia que lhe é devida, como Poder da República. Tratando-se de Lei meramente autorizativa, porém, não haveria esse empecilho. Esse óbice estaria vencido. Quanto à hipótese de que estaria se criando um

instrumento que configuraria um passo largo rumo à terceirização da Justiça, a lei de iniciativa do Judiciário poderia criar um órgão gestor e fiscalizador do próprio Poder Judiciário, pelo que não se submeteria a outro órgão, assegurando a sua autonomia constitucional. Ainda em relação à alegada terceirização, em relação ao desempenho das atividades-meio (de natureza administrativa), que não se compatibilizaria com qualquer das modalidades de PPPs descritas nos parágrafos 1^a e 2^a do artigo 2^a da Lei 11.079/2004, bastar-se-ia que por lei, após os necessários estudos, fossem estabelecidas quais atividades poderiam ser delegadas ao parceiro privado, como se fez em relação aos presídios, onde se tem concedido ao parceiro privado a responsabilidade pelas atividades gerais de construção, manutenção, aquisição de equipamentos e mobiliários, o qual, em contrapartida, iria gerir tipos de serviços no estabelecimento, compatíveis com a terceirização.

Há, porém, quem defenda que o Poder Judiciário possa utilizar apenas da modalidade de PPP de Concessão Administrativa, tendo em vista que se aplica à prestação de serviços ao próprio Estado, diferente da Concessão patrocinada, utilizada para a prestação de serviços públicos mediante utilização de recursos ou tarifas advindos dos usuários. Não vejo razões para esse entendimento, já que basta escolher, na concessão patrocinada, quais se amoldam a esse modelo no Poder Judiciário, como ocorre com a colocação de estacionamento disponibilizado ao público mediante pagamento de taxa ou tarifa, ou mesmo de lanchonete e restaurante, ou outros similares, como aqui já abordado.

Sabe-se que o Poder Judiciário sofre grandes restrições em face de seu orçamento, sabidamente precário em comparação às grandes responsabilidades colocadas sob a sua gestão e em virtude da maior amplitude do âmbito de sua abrangência, o que leva muitos a se opor à utilização das PPPs pelo Poder Judiciário. No entanto, a utilização das garantias colocadas à disposição das PPPs, como do FGP, Fundo Garantidor, afasta esse risco, tendo em vista que as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada, além de poderem ser garantidas pelo Fundo Garantidor, podem gozar da cobertura de outros fundos, além do que, esse modelo permite a repartição de riscos entre as partes, sendo que o parceiro privado assume a prestação de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos. Tendo o Fundo Garantidor a responsabilidade pelo pagamento das prestações pecuniárias assumidas, com predominância à responsabilidade do ente público concedente, restam afastados entraves ao cumprimento das obrigações, em geral existentes na Administração Pública, em face de restrições orçamentárias e fiscais, além das limitações legais à sua liberdade operacional. Nesse sistema, as limitações legais são bem minimizadas, pelas garantias adicionais acrescidas.

Na Parceria Administrativa, os serviços incluiriam as obras e manutenção dos prédios, gestão do sistema sanitário, a infraestrutura de tecnologia

de informação, conectividade e comunicação, a gestão do sistema de videomonitoramento que não exige o sigilo, podendo ser útil ao controle e fiscalização do acesso às respectivas unidades, e, principalmente, a manutenção predial, a higienização e limpeza de áreas internas e externas, podendo atingir, até, serviços básicos de assistência médica, odontológicos e psicológicos, recomendáveis à estrutura em razão do grande número de servidores que atuam nas atividades fim, que são, essas sim, indelegáveis.

Na Parceria Patrocinada, os serviços poderiam abranger o fornecimento de Restaurante e Lanchonetes e de estacionamento, por exemplo. Poderiam ser, ainda, incluídos, com grande aproveitamento ao Judiciário, outros serviços adequados com participação do usuário na sua manutenção.

Essa concretização de adoção de instrumento tão útil à Administração necessita de amplos estudos, não só jurídicos e técnicos, mas também estratégicos e sistemáticos, de modo a otimizar os custos e conferir maior qualidade e sustentação àqueles que prestam os serviços judiciais indelegáveis diretos à população, que seria a maior beneficiada. O Poder Judiciário muito ganharia, pois poderia investir mais nos seus serviços próprios, para seu aperfeiçoamento instrumental.

1.13 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, pelo que aqui foi apresentado, que a legislação vigente sobre as PPPs cumpriu e cumpre o seu papel, servindo como instrumento de incentivo às obras e serviços públicos e à sua sustentabilidade. Através de investimentos, financiamento e gestão e assunção dos serviços, a iniciativa privada colabora com o Poder Público para gerir obras e serviços de interesse público. Há, porém, aspectos que devem ser revistos e um deles é em relação ao Poder Judiciário, que muito ganharia com a utilização desse modelo, para ampliação e melhoramentos das obras e aprimoramento na estrutura de apoio às suas atividades, bastando uma regulamentação especial para adaptação às suas características, limitações e necessidades.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 66, mar./abr. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72616> Acesso em 31/07/2024.
- BORGES, Alice Gonzales, **Normas Gerais nas Licitações e Contratos Administrativos**, RDP, 96/81, 1994.
- BRASIL, ADPF 282, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgado em 15-05-2023, Processo Eletrônico Dje-S/N Divulga 30-05-2023 Public 31-05-2023

- BRASIL, AgInt na SLS 2779 / RJ, Relator para Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, CE - Corte Especial, Data do Julgamento 01/06/2022, Data da Publicação/Fonte DJe 16/08/2022.
- BRASIL, STF - ADPF: 524 DF, Relator: Edson Fachin, Data de Julgamento: 13/10/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 23/11/2020.
- BRASIL, TJ-BA - AI: 00106899820178050000, Relator: Cassinelza da Costa Santos Lopes, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 19/10/2017.
- BRASIL, TRT-3 - RO: 00750201111003001 MG 0000750-71.2011.5.03.0110, Relator: Lucas Vanucci Lins, Segunda Turma, Data de Publicação: 17/11/2017.
- BRASIL. **Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 27 ago. 2024.
- BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 08 ago. 2024.
- BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 11 ago. 2024.
- BRASIL. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm. Acesso em: 27 ago. 2024.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda. **Manual de Parcerias Público-Privadas e Congressos.** Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 28. Ed., São Paulo: Atlas, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: Concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas.** 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Manual de Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael. **Parcerias Público-Privadas.** São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2023.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PASSIN, Jorge Antônio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de Parceria Público-Privada e sua aplicabilidade na gestão de infraestrutura pública. **Revista do BNDS**, v. 10, n. 20, Rio de Janeiro: 2003, p. 173-196.



2

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

João Bosco Leopoldino da Fonseca⁹

2.1 INTRODUÇÃO

O tema das parcerias público-privadas tem provocado pesquisas e publicações em âmbito internacional. São exemplos desse interesse a realização de dois colóquios específicos sobre parcerias público-privadas. O primeiro foi realizado em Rabat (Marrocos), nos dias 3 e 4 de março de 2005, por iniciativa do “Groupement de Recherches sur Espace et Territoires -GRET” -, com o apoio da Fundação Hans Seidel e da Universidade de Paris⁽¹⁰⁾. O segundo foi realizado em Toulouse (França), nos dias 2 e 3 de junho de 2005⁽¹¹⁾.

Na sessão de abertura do Colloque de Toulouse, a Professora FRANÇOISE

9 Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da UFMG. Licenciado em Letras Neolatinas e Filosofia pela Faculdade Dom Bosco de Filosofia Ciências e Letras de São João Del Rei. Professor Titular de Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFMG (aposentado). Juiz Federal aposentado. Ex-Juiz do Trabalho. Ex-Conselheiro do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Professor Honoris Causa da Faculdade de Direito da Universidade de Uberaba – UNIUBE.

10 As apresentações deste Colóquio de RABAT foram publicadas em livro: *Partenariat public-privé et gouvernance future*. Sous la direction de Ali Sedjari. Paris, Edition l’Harmattan – GRET. 2005.

11 COLLOQUE – *Le Contrat de Partenariat Public-Privé*. Toulouse: 2 et 3 juin 2005. *Droit et Ville*, tome 60, 2005. www.persee.fr/issue/drevi_0396-4841_2005_num_60_1.

FRAYSSE ⁽¹²⁾ salienta a novidade e a importância do questionamento do contrato de parceria: seria difícil encontrar um tema que tenha suscitado mais entusiasmo do que o manifestado nestes últimos anos pelo contrato de parceria. As reuniões de círculos diferentes, comentários, dossiês, colóquios, conferências, obras, seminários têm focalizado o interesse sem eliminar todas as ambiguidades. A literatura sobre este tema invadiu nossas revistas e acumulou os sítios informáticos de ministérios. Mas a excelência e a variedade dos relatórios, comentários e artigos não trouxeram todas as respostas às questões postas em razão da institucionalização e da generalização desta técnica contratual ⁽¹³⁾.

Convidado a manifestar-me sobre o presente tema, não posso deixar de suscitar o questionamento sobre as inovações no campo jurídico e econômico, levando em conta a metamorfose pela qual passa a sociedade, como nos lembra Marc van der WOUDE ⁽¹⁴⁾:

Quando comecei minha carreira profissional no princípio dos anos 1980, o direito da concorrência era visto como uma disciplina pouco conhecida, até mesmo obscura, cujo estudo e exercício eram reservados a um círculo relativamente restrito de juristas. Excetuados os funcionários europeus e nacionais diretamente encarregados da aplicação deste direito, o círculo se limitava, na maioria dos estados membros, aos universitários e praticantes especialistas no direito europeu ou no direito administrativo econômico..." ⁽¹⁵⁾.

Esta evolução do Direito é também enfatizada por RICARDO CAMPOS em sua tese **Metamorfoses do Direito global: sobre a interação entre Direito, Tempo e Tecnologia** ⁽¹⁶⁾:

Justamente neste aspecto reside o caráter moderno do Direito: lidar com uma complexidade indeterminada e também ser, ao mesmo tempo, um motor para a construção de novas complexidades e relações... A transna-

12 Françoise Llorens Fraysse est Professeur à l'Université Toulouse I.

13 *Il serait difficile de trouver un thème qui ait suscité plus d'engouement que celui manifesté ces dernières années pour le contrat de partenariat. Les réunions de cénacles divers, commentaires 1, dossiers 2, colloques 3, conférences 4, ouvrages 5, séminaires 6 ont focalisé l'intérêt sans évacuer toutes les ambiguïtés. La littérature sur ce thème a envahi nos revues et encombré les sites informatiques de ministères. Mais l'excellence et la variété des rapports, commentaires et articles n'ont pas apporté toutes les réponses aux questions posées en raison de l'institutionnalisation et de la généralisation de cette technique contractuelle.* (Françoise Llorens-Fraysse, Propos Introductifs. In **Droit et Ville**. Tome 60. 2005).

14 WOUDE, Marc van der. Presidente do Tribunal da União Europeia, Luxemburgo.

15 WOUDE, Marc van der. La Métamorphose d'un Droit. **CONCURRENCES – Revue des Droits de la Concurrency**. n.º 2-2022.

16 O livro é fruto do trabalho de doutoramento na Goethe Universität Frankfurt am Main, Alemanha, em 2021. Ricardo Campos se formou na UFJF e, atualmente, é professor assistente na Faculdade de Direito da Goethe Universität Frankfurt am Main,

cionalidade do Direito é uma consequência deste desenvolvimento, pois ela emerge do emaranhado entre Direito, sociedade, novas tecnologias e novos modelos econômicos, em vez de manifestar-se simplesmente como um Direito que emerge de ou a partir de Estados nacionais ⁽¹⁷⁾.

Devo salientar que o termo “complexidade” está sendo utilizado em sua significação etimológica de “abraçar”, “compreender”, “abarcara”, “abranger” ⁽¹⁸⁾. Especificamente, no caso que nos ocupa, a parceria público-privada tem uma abrangência de vários campos do Direito. **Ali Sedjari**, para chamar a atenção para essa complexidade de contratos, enfatiza que “*as PPP acompanham hoje as lógicas de globalização. São instrumentos modernos para **federar** as energias e os potenciais de todos os investidores do mundo com vista a contribuir para uma governança internacional fundada sobre a partilha das riquezas e o co-desenvolvimento*” ⁽¹⁹⁾. Essa globalização está expressamente prevista na Ordonnance n° 2004-559, de 17 de junho de 2004, que define o contrato de parceria como aquele contrato em que o Estado confia a um terceiro “uma **missão global**, tendo por objeto a construção ou a transformação, a conservação, a manutenção, a exploração ou a gestão de obras, de equipamentos, ou de bens imateriais...”.

É nesse sentido também que a OCDE utiliza o termo, ao assinalar que os investimentos em infraestruturas supõem contratos que são mais **complexos** e de mais longa duração do que na maior parte dos outros setores da economia e que obedecem a um duplo imperativo: assegurar sua viabilidade financeira e dar resposta às necessidades dos utilizadores e aos objetivos sociais. Os problemas são ainda mais agudos quando as autoridades públicas fazem participar investidores internacionais, como é frequentemente o caso quando o projeto de infraestruturas alcança uma certa dimensão”⁽²⁰⁾.

Esta ideia é reafirmada por WALID CHAIELOUJ ⁽²¹⁾ ao constatar a eclosão de empresas de tamanhos fenomenais e hegemônicas, para dizer que

17 CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global**: sobre a interação entre Direito, Tempo e Tecnologia. Pp. 40. ISBN DIGITAL 978-65-5396-059-6. São Paulo, Editora Contracorrente, 2022.... p. 40.

18 O radical “plecto” compõe o verbo “amplector” (particípio *amplexus*), que significa “abraçar, enlaçar, abarcar”.

19 Les PPP accompagnent aujourd’hui les logiques de globalisation. Ce sont des instruments modernes pour **féderer** les énergies et les potentiels de tous les investisseurs du monde en vue de contribuer à une gouvernance internationale fondée sur le partage des richesses et le co-développement. (SEDJARI, Ali. Partenariat public-privé et gouvernance future: les enjeux socio-politiques d’une mutation annoncée. p. 22. in **Partenariat public-privé et Gouvernance Future**. Paris, Edition l’Harmattan-GRET, 2005). Etimologicamente, “federar” provém e foedus, foederis: Tratado, pacto, aliança.

20 OCDE. (2007). Principes de l’OCDE pour la participation du secteur privé aux infrastructures. p.9-10.

21 Walid Chaieloudj é “Maître de Conférences à l’Université Grenoble Alpes.

assim como há leis europeias, francesas, americanas, chinesas, há igualmente hoje leis “Google”, leis “Amazon”, leis “Facebook” adotadas unilateralmente por estes poderes privados econômicos e que se impõem a todos os seus utilizadores⁽²²⁾.

Alerta-nos VITO TANZI a respeito da enorme mudança do papel do Estado na evolução econômica desde o princípio até o final do século XX, entendendo ser razoável esperar que as mudanças no século XXI serão ainda maiores⁽²³⁾. E nos deixa a pergunta: *“Qual será, ou provavelmente será, o papel econômico do Estado no século XXI?”*⁽²⁴⁾.

No “Rapport de Synthèse”, encerrando o “Colloque International sur ‘le partenariat public-privé’, realizado nos dias 3 e 4 de março de 2005, na cidade de Rabat (Marrocos), o Professor MOHAMED SALAH BEN-AÏSSA⁽²⁵⁾, enfatizando o regime jurídico único e **“federador”** da parceria público-privada, salienta que, mesmo aceitando que a opção dos poderes públicos pela parceria público-privada decorra de uma escolha deliberada de um Estado soberano, *“as decisões tomadas, neste domínio, foram, em larga medida, impostas por fatores endógenos, por um lado, e por um contexto econômico internacional globalizado, por outro lado”*⁽²⁶⁾. Como fatores **endógenos**, cita a deficiência de recursos financeiros do Estado, a ineficácia da gestão pública e a inadaptação do quadro jurídico. Como fatores **exógenos**, refere *“o impacto do fenômeno*

22 Ainsi, de même qu’il y a des lois européennes, françaises, américaines, chinoises, il y a également aujourd’hui des lois “Google”, des lois “Amazon”, des lois “Facebook” adoptées unilatéralement par ces pouvoirs privés économiques et qui s’imposent à tous leurs utilisateurs. (Walid Chaiehloudj, L’Ordre Public Économique, in **Le Droit Économique au XXIe. Siècle – Notions et Enjeux**, p.527-562. Direction de Jean-Baptiste Racine, Paris, L.G.D.J. 2020)

23 The role of the state in the economy changed enormously from the beginning to the end of the 20th century. It is reasonable to expect that it will continue to change significantly over the course of the 21st century. The key question is how it will change.” (TANZI, Vito. **Government versus Markets – The Changing Economic Role of the State**. p. 7.).

24 What should be, or is likely to be, the economic role of the state in the 21st century? Various factors and different forces are likely to influence that role in the years to come. In the previous chapters that describe historical developments from the 19th century on, we reported how countries had managed, some not too badly, with widely different economic roles and different levels of public spending and taxes (TANZI, Vito. **Government versus Market – The Changing Economic Role of the State**. p. 305).

25 Professeur de Droit Public, Doyen de la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de TÚNIS (Tunisia)..

26 Même si l’on s’accorde à dire que l’option des pouvoirs publics pour le partenariat public-privé reste, incontestablement un choix délibéré d’un état souverain, dans chaque cas, il n’empêche qu’en réalité les décisions prises, en ce domaine, ont été, dans une large mesure, imposées par des facteurs endogènes, d’une part, et par un contexte économique international globalisé, d’autre par. (**Partenariat public-privé et gouvernance future**. Direction de Ali SEDJARI. P. 514. Rabat, El Maarif Al Jadida, 2005.

da globalização que é o traço marcante das relações econômicas internacionais, em nossos dias”⁽²⁷⁾.

Tendo em mente estas provocações introdutórias, proponho-me a abordar a questão a partir dos seguintes tópicos. Em **primeiro lugar**, mostrar, sob o ponto de vista da história, que parceria público privada já era posta em prática desde muitos anos. Em **segundo lugar**, devo salientar o surgimento de manifestações em alguns países, dentre eles o Reino Unido, a Austrália, a União Europeia, a França. Em **terceiro lugar**, procurarei salientar aspectos conceituais, como a questão da tipologia do contrato de parceria público-privada. Em **quarto lugar**, devo salientar a enorme contribuição da OCDE, sob vários aspectos da conceituação das parcerias público-privadas, enfatizando os princípios. Em **quinto lugar**, pretendo tecer considerações sobre um aspecto, o das Unidades de PPP. Em **sexto lugar**, devo salientar o tratamento que está sendo dado a esta questão no Brasil, através de legislação já adotada, de trabalhos científicos e de desenvolvimento da Unidade PPP. Como **conclusão**, quero observar que o trabalho que agora apresento tem por finalidade provocar os estudos dessa perspectiva inovadora do Direito Econômico no século XXI.

2.2 A HISTÓRIA

A discussão que hoje se instalou em torno das parcerias público-privadas, em que pese sua inegável atualidade não pode desconhecer o passado. A história, que, na lição de Cícero, é a Mestra da Vida, vem nos mostrar que a parceria público-privada já vem sendo utilizada há uns **2000 anos**.

É o que nos revela o substancioso estudo de **XAVIER BEZANÇON**, publicado em 2004⁽²⁸⁾. O autor nos leva a uma viagem encantadora pelo passado romano-gaulês, mencionando o trabalho de recuperação da Via Apia por Júlio César, por sua conta, antes de ser imperador.

O autor percorre o período da Idade Média, do Renascimento, do Século das Luzes, do Século Liberal, para chegar ao Século XX trazendo o exemplo da construção do túnel sob o Canal da Mancha. Afirma Bezançon que “o túnel sob o canal da Mancha é a maior realização do século XX em matéria de parceria”.⁽²⁹⁾ Observam Hervé DUMEZ e Alain JEUNEMAÎTRE que “a ideia

27 Ob. Cit. p. 518.

28 BEZANÇON, Xavier. **2000 ans d'histoire du partenariat public-privé** – pour la réalisation des équipements et services collectifs. Paris, Presses de l'école nationale des Ponts et chaussées, 2004. p. 284.

29 Le tunnel sous la Manche est la plus grande réalisation du XXe. Siècle en matière de partenariat. Op. Cit. p. 254.

é antiga”, tendo sido utilizada na França durante o período do *Ancien Régime*, ou seja, de 1589 até a Revolução Francesa em 1789 ⁽³⁰⁾.

2.3 MANIFESTAÇÕES EM ALGUNS PAÍSES

2.3.1 O REINO UNIDO E A PRIVATE FINANCE INITIATIVE – PFI

Em artigo publicado em 18 de dezembro de 2001, GRAHAME ALLEN já assinalava que em 1992 o então Chanceler Norman Lamont anunciava a instituição do **Private Finance Initiative (PFI)** com a “finalidade de aumentar o envolvimento do setor privado no fornecimento de serviços públicos”.

Em sua exposição, procura diferenciar os conceitos: ... o PFI é uma forma de parceria público privada (PPP). O PFI se diferencia da privatização em que o setor público retém um papel substancial nos projetos. Diferencia-se de outras PPPs enquanto o setor privado também proporciona financiamento para o projeto ⁽³¹⁾.

30 Il n'est pas inutile d'ailleurs de rappeler que l'idée est ancienne et qu'elle a notamment déjà été utilisée sous l'Ancien Régime, dans une période de pénurie de capitaux publics... (DUMEZ, Hervé et JEUNEMAÎTRE, Alain. *Combinaison Harmonieuse des Vertus du Public et du Privé, ou Mélange des Genres? Les Partenariats Public/Privé Nouveaux Venus du Management Public*, *Revue Politiques et Management Public*, Vol. 21, n° 4. décembre 2003).

31 The Private Finance Initiative (PFI) was announced by the then Chancellor, Norman Lamont, in the 1992 Autumn Statement with the aim of increasing the involvement of the private sector in the provision of public services. The PFI is a form of public private partnership (PPP) that marries a public procurement programme, where the public sector purchases capital items from the private sector, to an extension of contracting-out, Where public services are contracted from the private sector. PFI differs from privatisation in that the public sector retains a substantial role in PFI projects, either as the main purchaser of services or as an essential enabler of the project. It differs from contracting out in that the private sector provides the capital asset as well as the services. The PFI differs from other PPPs in that the private sector contractor also arranges finance for the project. Under the most common form of PFI, the private sector designs, builds, finances and operates (DBFO) facilities based on 'output' specifications decided by public sector managers and their departments.1 Such projects need to achieve a genuine transfer of risk to the private sector contractor to secure value for money in the use of public resources before they will be agreed. The private sector already builds most public facilities but the PFI also enables the design, financing and operation of public services to be carried out by the private sector. Under the PFI, the public sector does not own an asset, such as a hospital or school but pays the PFI contractor a stream of committed revenue payments for the use of the facilities over the contract period. Once the contract has expired, ownership of the asset either remains with the private sector contractor, or is returned to the public sector, depending on the terms of the original contract. (ALLEN, Grahame. **The Private Finance Initiative (PFI)** - Economic Policy and Statistics Section. House of Commons Library. 2001, p. 10).

2.3.2 AUSTRÁLIA – PARTNERSHIPS VICTORIA GUIDANCE

Em março de 2001, o Governo da Austrália publica o “*Partnerships Victoria Guidance*” que une os setores público e privado para entregar melhores serviços para a comunidade. Ele é um modelo para trabalhar em parceria para entregar soluções inovadoras, mais lucrativas e melhores serviços para a comunidade. Ele é um modelo para o trabalho em parceria para proporcionar soluções inovadoras, economicamente mais vantajosas e melhores serviços.

Na Introdução se expõem os argumentos justificativos da adoção da nova política. ⁽³²⁾.

2.3.3 COMISSÃO EUROPEIA – *GUIDELINES FOR SUCCESSFUL PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS*.

Em 2003, a Comissão Europeia edita os “*Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*”. No Prefácio, MICHEL BARNIER enfatiza a necessidade de adoção do novo enquadramento jurídico:

Prefácio:

O setor privado, por sua experiência e seus meios financeiros, é um parceiro a privilegiar tanto pelo financiamento quanto pela realização e a gestão direta e delegada de missões de serviços públicos.

³² Value for money through. Partnerships Victoria. The public and private sectors have roles to play in building world-class infrastructure for Victoria. Partnerships Victoria unites the public and private sectors to deliver improved services to the community. It is a blueprint for working in partnership to deliver innovative solutions, value for money and better services. The provision of efficient and effective public infrastructure and related ancillary services through Partnerships Victoria will deliver benefits to all Victorians. (...) Partnerships Victoria is a government policy, launched in June 2000, providing a framework for integrating private sector investment in public infrastructure. The policy focuses on whole-of-life costing of infrastructure and related ancillary services and a full consideration of the benefits of risk transfer to private parties. When considered from this perspective, it is apparent that the private sector can often deliver public infrastructure services more cost-effectively than government can. Once government has determined that new public infrastructure and related ancillary services are required, departments and agencies need to consider carefully how they can best be delivered. The method of delivery may be by government alone, by government in combination with the private sector, or by the private sector entirely. There is no presumption that the private sector is invariably more efficient in building and operating public assets. Equally, there may be no obvious benefit in holding or keeping assets in public ownership if the private sector is better placed to build or update them, and services to the community are improved or delivered at lower cost. The key issue is which form of project delivery provides the best value for money in meeting government service objectives. (**Partnerships Victoria. Treasurer’s Foreword** – Value for Money through Partnerships Victoria. 1. Introduction. 1.1 The policy. March 2001, p. 3).

No contexto atual de rigor orçamentário, o interesse do recurso à parceria público-privada (PPP) parece primordial.

Neste quadro, as intervenções dos Fundos comunitários devem, na medida do possível, desempenhar um papel de alavanca atraindo os investimentos e o saber-fazer do setor privado.

A integração territorial dos países candidatos à União Europeia é marcada por necessidades aumentadas em equipamentos públicos, notadamente de infraestruturas nos domínios dos transportes e do meio-ambiente (água e rejeitos sólidos). A realização destas infraestruturas é indispensável a fim de assegurar um desenvolvimento econômico durável dos países candidatos à adesão. Seu financiamento é, e permanecerá uma das prioridades da política regional da União Europeia.

Já utilizada no contexto atual de ISPA, a PPP é chamada a desempenhar um papel importante nos novos Estados membros... ⁽³³⁾.

2.3.3.1 O Livro Verde

Em 30 de abril de 2004, a Comissão das Comunidades Europeias lança o “*Livre Vert sur les Partenariats Public-Privé et le Droit Communautaire des Marchés Publics et des Concessions*”:

O LIVRO VERDE:

1.1. O fenômeno da “parceria público-privada”

1. As parcerias público-privadas (a seguir designadas pela sigla PPP) não se encontram definidas a nível comunitário. É uma expressão que se refere, em geral, a formas de cooperação entre as autoridades públicas e as empresas, tendo por objetivo assegurar o financiamento, a construção, a

³³ Le secteur privé, de par son expérience et ses moyens financiers, est un partenaire à privilégier tant pour le financement que pour la réalisation et la gestion directe et déléguée de missions de services publics. Dans le contexte actuel de rigueur budgétaire, l'intérêt du recours au partenariat public-privé (PPP) paraît primordial. Dans ce cadre, les interventions des Fonds communautaires doivent, dans la mesure du possible, jouer un rôle de levier en attirant les investissements et le savoir-faire du secteur privé. L'intégration territoriale des pays candidats à l'Union européenne est marquée par des besoins accrus en équipements publics, notamment d'infrastructures dans les domaines des transports et de l'environnement (eau et déchets solides). La réalisation de ces infrastructures est indispensable afin d'assurer un développement économique durable des pays candidats à l'adhésion. Leur financement est, et restera l'une des priorités de la politique régionale de l'Union européenne. (EUROPEAN COMMISSION. Guidelines for Successful Public-Private Partnerships. Bruxelles, March, 2003). Déjà utilisé dans le contexte actuel d'ISPA, le PPP est appelé à jouer un rôle important dans les nouveaux Etats membres”. (BARNIER, Michel. **Commissaire européen responsable de la politique régionale et de la réforme des institutions**. Guidelines for Successful Public-Private Partnerships. Bruxelles, février, 2003).

renovação, a gestão ou a manutenção de uma infra-estrutura ou a prestação de um serviço.

2. De um modo geral, as PPP caracterizam-se pelos seguintes elementos:

* A duração relativamente longa da relação, que implica a cooperação entre o parceiro do setor público e o parceiro do setor privado sobre diferentes aspectos de um projeto a realizar.

* O modo de financiamento do projeto, assegurado em parte pelo setor privado, por vezes através de complexas montagens jurídico-financeiras envolvendo os diversos intervenientes. Aos financiamentos privados podem, todavia, acrescentar-se financiamentos públicos, por vezes de montantes assaz significativos.

* O papel importante do agente econômico, que participa em diferentes fases do projeto (concepção, realização, aplicação, financiamento). O parceiro do setor público concentra-se essencialmente na definição dos objetivos a atingir em termos de interesse público, de qualidade dos serviços propostos, de política dos preços, e assegura o controlo do cumprimento destes objetivos.

* A distribuição dos riscos entre o parceiro do setor público e o parceiro do setor privado, para o qual são transferidos os riscos habitualmente suportados pelo setor público. Contudo, as PPP não implicam necessariamente que o parceiro do setor privado assuma todos os riscos, ou a parte mais importante dos riscos decorrentes da operação. A distribuição precisa dos riscos efetuar-se-á caso a caso, em função das capacidades respectivas das partes em causa para os avaliar, controlar e gerir.

2.3.4 FRANÇA

Yves Gaudemet⁽³⁴⁾ sinaliza que a legislação francesa de 2003⁽³⁵⁾ já previa a necessidade de ser editada uma nova “*ordonnance*”, como consta do **artigo 6º** da Lei nº 2003-591, de 2 de julho de 2003:

Artigo 6.

Nas condições previstas pelo **artigo 38 da Constituição**, o Governo é autorizado a instituir por uma lei (**ordonnance**) as disposições necessárias para modificar a lei nº 85-704 de 12 de julho de 1985 relativa ao controle de obra pública e a suas relações com o controle de obra privada e **criar novas formas de contratos** concluídos por pessoas públicas ou pessoas privadas encarregadas de uma missão de serviço público **para a**

34 GAUDEMET, Yves. **Les contrats de partenariat public-privé**: étude historique et critique. In *Partenariat public-privé et gouvernance future*. Direction de Ali Sedjari. Édition l'Harmattan – GRET, 2005. p. 189.

35 Loi nº 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit – art. 6.

concepção, para a realização, para a transformação, para a exploração e para o financiamento de obras públicas, ou para a gestão e o financiamento de serviços, ou uma combinação destas diferentes missões. Estas disposições determinam as regras de publicidade e de colocação em concorrência, relativas à escolha do ou dos cocontratantes, à qualidade das prestações e ao respeito das exigências do serviço público. Elas podem ampliar e adaptar as disposições previstas no item I do artigo 3 da lei n° 2002-1094 de 29 de agosto de 2002 de orientação e de programação para a segurança interior, aos artigos L. 34-3-1 e L. 34-7-1 do código do domínio do Estado e aos artigos L. 1311-2 e L. 1311-4-1 do código geral das coletividades territoriais a outras necessidades assim com a outras pessoas públicas. Elas preveem as condições de um acesso equitativo dos arquitetos, dos idealizadores, das pequenas e médias empresas e dos artesãos aos contratos previstos no presente artigo”⁽³⁶⁾.

Em 17 de junho de 2004 surge a **Ordonnance n° 2004-559**, sobre os contratos de parceria. Devemos atentar para o fato de que o preâmbulo desta “*ordonnance*” enumera todo o contexto do ordenamento jurídico francês em que ela deve ser inserida e interpretada.

Confirmando a característica de contratos globais conferida pela *Ordonnance 2004/559*, acentua Ghislaine Alberton⁽³⁷⁾: “pois que a P.P.P. Não constitui em realidade senão um meio conceitual de **federar** contratos existentes mas em si muito diferentes, é lógico que o regime jurídico que lhe seja reconhecido seja ele mesmo **federador**, isto é, aplicável ao conjunto destes contratos qualquer que seja aliás sua qualificação “primitiva”. É que eles concretizam todos a existência de uma parceria público-privada que justifica por sua vez a aplicação de um processo de concessão idêntico. O raciocínio é

36 Article 6 - Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le **Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance les dispositions nécessaires** pour modifier la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée **et créer de nouvelles formes de contrats** conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public **pour la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions.** Ces dispositions déterminent les règles de publicité et de mise en concurrence relatives au choix du ou des cocontractants, ainsi que les règles de transparence et de contrôle relatives au mode de rémunération du ou des cocontractants, à la qualité des prestations et au respect des exigences du service public. Elles peuvent étendre et adapter les dispositions prévues au I de l'article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, aux articles L. 34-3-1 et L. 34-7-1 du code du domaine de l'Etat et aux articles L. 1311-2 et L. 1311-4-1 du code général des collectivités territoriales à d'autres besoins ainsi qu'à d'autres personnes publiques. Elles prévoient les conditions d'un accès équitable des architectes, des concepteurs, des petites et moyennes entreprises et des artisans aux contrats prévus au présent article.

37 Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Doyen de la faculté de Bayonne.

lógico, contudo, uma questão determinante permanece: qual deve ser o teor deste regime jurídico único? ⁽³⁸⁾

A constitucionalidade da Ordonnance foi contestada perante o *Conseil d'État*, que, em 29 de outubro de 2004, considerou que a ratificação de toda ou de parte das disposições de uma Ordonnance surgida como consequência de uma lei de habilitação adotada sob fundamento do artigo 38 da Constituição pode resultar de uma lei que, sem ter esta retificação por objeto direto, o implica necessariamente. ⁽³⁹⁾

2.4 TIPOLOGIA DO CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Pierre Delvolvé se debruça sobre a questão da “tipologia” do contrato de parceria público-privada, enfatizando que não se trata somente de uma preocupação de professor de Direito, com a finalidade de apresentar didaticamente uma análise que permita situar este contrato em um conjunto complexo, pois é necessário visualizar uma perspectiva operacional para determinar o regime aplicável à celebração, à execução e à conclusão deste novo contrato ⁽⁴⁰⁾. Reconhece o Professor que o legislador se encarregou de eliminar qualquer ambiguidade.

38 Puisque le P.P.P. ne constitue en réalité qu'un moyen conceptuel de **féderer** des contrats existants mais en soi très différents, il est logique que le régime juridique qui lui soit rattaché soit lui-même **féderateur** c'est à dire applicable à l'ensemble de ces contrats quelle que soit par ailleurs leur qualification 'première'. C'est qu'ils concrétisent tous l'existence d'un partenariat public/privé qui justifie en retour l'application d'une procédure de passation identique. Le raisonnement est logique, mais une question déterminante demeure néanmoins: quelle doit être la teneur de ce régime juridique unique? (ALBERTON, Ghislaine. Les apports du partenariat public-privé au droit des contrats. In **Partenariat public-privé et gouvernance future**. Dir. Ali Sedjari. Paris, l'Harmattan-GRET, 2005, p. 229)

39 *Conseil d'Etat*, 7^{ème} et 2^{ème} sous sections réunies, du 29 octobre 2004, 269814, publié au recueil Lebon. Texte de l'**article 38 de la Constitution** : « *Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de **prendre par ordonnances**, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'État.*

40 Etudier le contrat de partenariat au regard de la typologie des contrats n'est pas seulement une préoccupation de professeur de droit voulant présenter d'une manière didactique à ses auditeurs et ses lecteurs une analyse permettant de le situer dans un ensemble complexe. Cela est nécessaire, d'un point de vue opératoire, pour déterminer le régime applicable à la passation, à l'exécution et à la fin de ce nouveau contrat. Il ne s'agit pas d'établir un herbier pour le plaisir du rangement, mais de trouver une qualification pour en déduire les règles applicables. Le juge ne fait pas autrement, tant en droit interne qu'en droit communautaire: il a ainsi été amené en particulier à dire si des contrats comportant une certaine originalité sont, ou non, des marchés publics pour savoir s'ils sont, ou non, soumis aux règles régissant les marchés. (DELVOLVÉ Pierre. Contrat de partenariat et typologie des contrats. In: **Droit et Ville**, Tome 60. 2005. Colloque: Le contrat de partenariat public-privé (Toulouse, 2-3 juin 2005) p. 65-84. <https://doi.org/10.3406/drevi.2005.1903>. https://www.persee.fr/doc/drevi_0396-4841_2005_num_60_1_1903)

É necessário referir suas próprias palavras:

O **caráter administrativo do contrato de parceria** já permite diferenciá-lo de contratos de direito privado que podem ter com ele certas semelhanças, tal como a venda em estado de cumprimento futuro, que, como ele, dá a um dos cocontratantes a qualidade mestre de obra e encarrega o outro de pagar pelas prestações que incluem concepção e construção da obra. O Conseil d'État marcou os limites do recurso da administração a este tipo de contrato, embora deixando abertas algumas possibilidades, o que é um outro elemento de aproximação com o contrato de parceria, que não pode, também ele, ser utilizado senão em condições restritivas.

Na medida em que uma pessoa pública pode concluir uma VEFA, ela aí encontra um instrumento que pode contribuir, como o contrato de parceria, à realização de obrar que podem lhe ser úteis.

Mas a submissão de uma ao direito privado enquanto a outra pertence ao direito público basta, além das particularidades próprias a cada um, para distinguir os dois tipos de contrato.

Além disso, o caráter administrativo do contrato de parceria conduz a interrogar sobre sua posição no conjunto dos contratos administrativos ⁽⁴¹⁾.

A *Ordonnance* n° 2004-559, de 17 de junho de 2004, sobre os contratos de parceria, como sinalizado acima, ratifica no seu artigo primeiro o posicionamento doutrinário de Delvolvé:

O contrato de parceria é um **contrato administrativo** pelo qual o Estado ou um estabelecimento público do Estado confia a um terceiro, por um período determinado em função da duração de amortização dos investimentos ou das modalidades de financiamento fixadas, uma missão global tendo por objeto a construção ou a transformação, as despesas de conservação, a manutenção, a exploração ou a gestão de obras, de equipamentos ou de bens imateriais necessários ao serviço público, assim como toda ou parte de seu financiamento à exceção de toda a participação no capital.

41 Le caractère administratif du contrat de partenariat permet déjà de le différencier de contrats de droit privé qui peuvent avoir avec lui certaines ressemblances, telle la vente en l'état futur d'achèvement, qui, comme lui, donne à l'un des cocontractants la qualité de maître de l'ouvrage et charge l'autre de le payer pour des prestations comportant conception et construction de l'ouvrage. Le Conseil d'État a marqué les limites du recours de l'administration à ce type de contrat, tout en laissant ouvertes certaines possibilités ce qui est un autre élément de rapprochement avec le contrat de partenariat, qui ne peut, lui aussi, être utilisé que dans des conditions restrictives. Dans la mesure où une personne publique peut conclure une VEFA, elle y trouve un instrument qui peut contribuer, comme le contrat de partenariat à la réalisation d'ouvrages pouvant lui servir. Mais la soumission de l'une au droit privé alors que l'autre relève du droit public suffit, outre les particularités propres à chacun, à distinguer les deux types de contrat. En revanche le caractère administratif du contrat de partenariat amène à s'interroger sur sa position dans l'ensemble des contrats administratifs.(DELVOLVÉ, Pierre. Op. Cit.).

Ele pode igualmente ter por objeto toda ou parte da concepção destas obras, equipamentos ou bens imateriais, assim como das prestações de serviços que concorram para o exercício, pela pessoa pública, da missão de serviço público de que ela está encarregada.

O co-contratante da pessoa pública garante a direção técnica dos trabalhos a realizar. De acordo com decisão do Estado, ele pode ser encarregado de adquirir os bens necessários para a realização da operação, admitindo-se, conforme o caso, por via de expropriação.

Pode ser-lhe cedida, com o acordo do co-contratante interessado, toda ou parte dos contratos realizados pela pessoa pública e que possam concorrer à execução de sua missão.

A remuneração do co-contratante constitui objeto de um pagamento pela pessoa pública durante toda a duração do contrato. Ela está vinculada a objetivos de performance impostos ao co-contratante.

O contrato de parceria pode prever um mandato da pessoa pública ao co-contratante para cobrar, em nome e por conta da pessoa pública, o pagamento pelo usuário final de prestações devidas a esta última. ⁽⁴²⁾

Sinaliza o Professor Mohamed SALAH BEN AÏSSA ⁽⁴³⁾, referindo-se à edição da Ordonnance n° 2004-559, de 17 de junho de 2004, que “com este texto, uma nova categoria contratual nasceu e que se caracteriza pela sua

42 I. - Le contrat de partenariat **est un contrat administratif** par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat **confie à un tiers**, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, **une mission globale** ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de **la conception** de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. II. - **Le cocontractant** de la personne publique **assure la maîtrise d'ouvrage** des travaux à réaliser. Après décision de l'Etat, il peut être chargé d'acquérir les biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par voie d'expropriation. Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par la personne publique pouvant concourir à l'exécution de sa mission. La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle est liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant. **Le contrat de partenariat** peut prévoir un mandat de la personne publique au cocontractant pour encaisser, au nom et pour le compte de la personne publique, **le paiement par l'usager final de prestations revenant à cette dernière**. (Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Titre 1er: Contrat de Partenariat de l'État et de ses Établissements Publics).

43 Professeur de Droit public, Doyen de la faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis.

globalidade, pois, nos termos do artigo 1º dessa Ordonance, o parceiro da Administração é chamado a realizar, executar e explorar a obra. ⁽⁴⁴⁾

2.5 POSICIONAMENTOS DA O.C.D.E

Os recentes posicionamentos da OCDE relativamente ao tema revelam a importância que este organismo internacional vem dando à questão da evolução do contrato já prevista na publicação do livro “*Le Droit Économique au XXIe. Siècle*” ⁽⁴⁵⁾. Esta evolução é salientada pela Professora Eva Mouial Bassilana ⁽⁴⁶⁾, para quem *o contrato deve forçosamente implicar um estudo das normas que o governam, ou seja, toda a tecnicidade do direito das obrigações; mas ele deve igualmente suscitar uma reflexão sobre ele mesmo, sobre sua função econômica, social, política* ⁽⁴⁷⁾. Os textos publicados, no período de 2004 a 2023, são altamente enriquecedores, pelo que entendo ser proveitoso para os estudiosos da matéria relacionar, em ordem cronológica, essas publicações:

OCDE. (2004). Les Partenariats Public-Privé pour la Recherche et l’Innovation – Une Évaluation de l’Expérience Française.

OCDE (2007) Principes de l’OCDE pour la participation du secteur privé aux infrastructures (OCDE, 2007b)

OCDE. (2008). Les Partenariats public-privé – Partager les Risques et Optimiser les Ressources.

OCDE. (2011). International Futures Programme. Strategic Transport Infrastructure Needs to 2030. Main Findings. OECD Futures Project on Transcontinental Infrastructure Need to 2030/50.

OCDE. (Mai 2012). Recommandation du Conseil sur les Principes applicables à La Gouvernance publique des Partenariats public-privé. Mai 2012.

OECD. (2020), Competition in Labour Markets <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>

44 Salah Ben Aïssa, Rapport de synthèse, Colloque de Tunis, 2004, in **Partenariat Public-Privé et Gouvernance Future**, Paris, l’Harmattan-GRET, 2005. p 517.

45 RACINE, Jean-Baptiste. **Le Droit Économique au XXIe. Siècle** – Notions et Enjeux. Paris. LGDJ – Lextenso. 2020. P. 726.

46 Professora de Direito Privado na Universidade Côte d’Azur.

47 ... Le contrat doit forcément impliquer une étude des normes le gouvernant, c’est toute la technicité du droit des obligations; mais il doit également susciter une réflexion sur lui-même, sur sa fonction économique, sociale, politique... (BASSILANA, Eva Mouial, pag. 213. in RACINE, Jean-Baptiste. **Le Droit Économique au XXIe. Siècle** – Notions et Enjeux. Paris. LGDJ – Lextenso. 2020. p. 726)

OCDE (2023), Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais sobre Conduta Empresarial Responsável, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/663b7592-pt>.

Nesta última publicação, a OCDE faz uma revisão do texto publicado originalmente em 1976, em que já salientava a importância da responsabilidade da conduta das Empresas Multinacionais, quando integrantes de parcerias público-privadas:

As **Diretrizes** da OCDE, para Empresas Multinacionais sobre Conduta Empresarial Responsável (as Diretrizes) são recomendações dirigidas conjuntamente pelos governos às empresas multinacionais para incentivar as contribuições das mesmas para o desenvolvimento sustentável e abordar os impactos adversos associados às suas atividades nas pessoas, no planeta e na sociedade. As **Diretrizes** são apoiadas por um mecanismo exclusivo de implementação, os Pontos de Contato Nacionais para a Conduta Empresarial Responsável (PCNs), criados pelos governos para promover a efetividade das **Diretrizes**.⁽⁴⁸⁾

2.6 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A evolução econômica da sociedade impõe hoje a necessidade de adoção de uma **análise substancial** e me leva a sugerir uma visão hermenêutica de complementação e integração sistemática entre os **artigos 37 e 170** da Constituição Federal.

O artigo 37 impõe obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** na Administração Pública. O princípio da **eficiência** nos leva a uma vinculação conceitual e comportamental com o artigo 170, em que o princípio da **livre iniciativa** dá um dobramento da concretização do princípio da eficiência.

O fenômeno jurídico-econômico da parceria público-privada se coloca hoje como a **concretização** destes dois princípios. A livre iniciativa é geradora de eficiência, de inovação e de expertise, e a parceria entre o setor que procura lucro, proveito (*profit*) e o setor que procura o bem público leva à consecução do **bem-estar de todo o povo**.

A parceria público-privada é como que uma restrição-integrativa e provocadora aberta na proibição do **art.173** da Constituição:

Art. 173 – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado **só será permitida** quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

48 Documento citado, p. 13 – edição portuguesa.

Eu ousaria sugerir uma modificação no texto constitucional, para afirmar, com uma visão mais positiva e prospectiva, que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado **será sempre permitida** quando a aliança entre o setor público e o setor privado for de relevante interesse coletivo.

A primeira lei brasileira sobre parcerias público-privadas é a **Lei nº 11.079**, de 30 de dezembro de 2004, que surgiu num contexto temporal marcado por algumas manifestações da União Europeia. Anteriormente à lei federal, tinham sido promulgadas a Lei nº 14.868 de 16 de dezembro de 2003, do Estado de Minas Gerais, e a Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004, do Estado de São Paulo.

O artigo 1º da Lei nº 11.079, de 2004, estabelece que “parceria público-privada é o **contrato administrativo**, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

Carlos Ari SUNDFELD alerta para a existência de “múltiplas parcerias”. A Lei 11.079, que passou a ser conhecida como **Lei PPP**, foi o resultado de um movimento anterior. Salienta que a base legal dessas múltiplas parcerias não está na Lei PPP, mas na legislação que pouco a pouco as organizou, especialmente a partir dos anos 1990. Possivelmente a mais conhecida delas é a Lei de Concessão. Trata-se inegavelmente de uma lei de parceria, em sentido amplo ⁽⁴⁹⁾.

É importante assinalar a contribuição da Dissertação de Mestrado de VIVIANE GIL FRANCO, defendida em 2007, na Pontifícia Universidade de São Paulo, versando sobre “PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL: Em busca de Eficiência por meio de alocação de Riscos”, em que, comentando a **Lei nº 11.079/2004** (Lei das PPPs), utilizando-se de um estudo de caso utiliza-se da questão versando sobre “o contrato de PPP da Rodovia MG-050, através do qual se busca identificar a estratégia de alocação de riscos pretendida pelo governo mineiro”.

Em 31 de julho de 2014, surge a Lei Federal nº 13.019, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)”.

49 SUNDFELD, Carlos Ari. O Arcabouço normativo das Parcerias Público-Privadas no Brasil, **Revista do TCU-104** – Edição Especial – Abril-Junho 2005, p. 53-61.

Esta lei não define expressamente o contrato de parceria público-privada como contrato administrativo, como já definido pelo artigo 2º da Lei nº 11.079, de 2004, e como o faz a França na Ordonnance nº 2004-559, de 17 de junho de 2004.

Creio que o inciso I do artigo 2º da Lei 13.019/2014, ao definir “*organização da sociedade civil*”, se teve uma intenção inclusiva, ao mencionar as entidades privadas sem fins lucrativos, as sociedades cooperativas e as entidades religiosas, cometeu um engano exclusivista, pois excluiu as empresas, que, ao aderir a uma parceria, têm por finalidade o lucro.

No Estado de Minas Gerais, vale mencionar a Lei nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003, que foi a primeira lei estadual brasileira sobre parcerias público-privadas (PPP). Ela estabeleceu os requisitos, instrumentos, obrigações, remuneração e desdobramentos para as PPPs, além de criar o Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas (CGP). A Lei nº 14.868 foi revogada pela Lei nº 22.606, de 2017, que criou os Fundos Estaduais de Incentivo e de Financiamento de Investimento.

Em 07 de agosto de 2023, o Governador do Estado de Minas Gerais publica o Decreto nº 48.670, que “dispõe sobre a Política de Concessões e Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais, o Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas, a governança de Concessões e Parcerias Público-Privadas e dá outras providências”.

Creio significativas as contribuições deste Decreto, com a criação, no artigo 4º, do Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas, exatamente com as funções de uma UNIDADE PPP.

2.7 DEFINIÇÃO DAS PPP COMO INSTRUMENTO DE AÇÃO PÚBLICA

Em trabalho recente ⁽⁵⁰⁾ sob o título “Magistratura Econômica e de Influência”, tive oportunidade de salientar que a complexidade trazida pelos problemas econômicos está a exigir a adoção de **novos instrumentos** de atuação.

A complexidade ⁽⁵¹⁾ trazida pelos problemas econômicos atuais faz a pergunta a respeito da adequação das políticas públicas a serem adotadas para encontrar soluções ou encaminhamentos que não são fornecidos pelos instrumentos tradicionais. *Pierre Lascoumes* e *Louis Simard* enfatizam que o interesse renovado pelo estudo dos instrumentos de ação pública deve-se, em primeiro lugar ao surgimento de desafios de política pública

50 LEOPOLDINO DA FONSECA, J. B. Magistratura Econômica e de Influência. In **Políticas Públicas no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Coord. de Célio Marcos Lopes Machado e Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão. Salvador-BA : Mente Aberta. Outubro 2023, p.34-57.

51 Reitero o sentido etimológico de “COMPLEXIDADE” do fenômeno, já mencionado em nota anterior.

ou à sua reorientação; em segundo lugar, à verificação do crescimento de modelos neoliberais ou empresariais; e em terceiro lugar, se coloca como uma reação à dinâmica precedente do modelo intervencionista do “comando e controle”. Lembram eles uma correlação entre o pensamento norte-americano em obra coordenada por Lester M. Salamon e O.V. Elliott surgida em 2002, e o pensamento francês:

“os trabalhos a partir das noções de **“instrumento de ação pública”** ou de **“tecnologias de governança”** conheceram recentemente um forte recrudescimento no espaço de cultura francesa, enquanto os trabalhos anglo-saxões realizam desde mais de quarenta anos uma reflexão contínua sobre o assunto. Testemunha disso, por exemplo é a obra coletiva de L.M. Salamon e O.V. Elliott surgida em 2002...⁽⁵²⁾⁽⁵³⁾

Vito Tanzi, analisando os fatores que provavelmente irão mudar o papel que o Estado desempenhará no futuro, chama a atenção para outros instrumentos de política econômica, além das políticas tributárias. Afirma que *o papel futuro do Estado não deve ser analisado exclusivamente em termos do nível e da estrutura dos tributos e dos gastos públicos. Este papel pode mudar significativamente...* E chama a atenção para estes outros instrumentos, cuja importância será cada vez maior nos anos futuros.⁽⁵⁴⁾

Quando se fala em *instrumentos* ou *instituição*, os autores, com base em posicionamentos da OCDE e do LIVRE VERT, salientam a **importância da estabilidade institucional** para o adequado funcionamento das parcerias. O conceito de *“instituição”* é mais amplo que o conceito de *“direito”*, como nos lembra Bertrand du Marais:

[...] existem, para além do direito formal, condições mais vastas de afirmação, que se pode qualificar de condições institucionais.

“O termo de instituição é aqui preferido ao de direito. Ele dá conta de um quadro mais vasto que o quadro jurídico de natureza regulamentar

52 *Les travaux à partir de notions “d’instrument d’action publique” ou de “technologies de gouvernement” ont connu récemment une forte recrudescence dans l’espace francophone, alors que les travaux anglo-saxons entretiennent depuis plus de quarante ans une réflexion continue sur le sujet. En témoigne, par exemple, l’ouvrage collectif de L.M. Salamon et O. Elliott paru en 2002. (L’ASCOUTES, Pierre; SIMARD, Louis. L’action publique au prisme de ses instruments – Introduction. **Revue Française de Science Politique**. 2011/1, Vol. 61, p. 55).*

53 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Op. Cit.* p. 34-57.

54 *Thus, the future economic role of the state should not be assessed exclusively in terms of the level and structure of taxes and public spending: That role can change significantly, even without major changes in tax and spending. More attention should be paid to the other policy instruments, although this will make the monitoring of policies more difficult than in the past. These other instruments became much more important during the financial economic crisis of 2008-9 than they had been in the past. Their importance is likely to increase further in future years. (TANZI, Vito. **Government versus Markets – The Changing Economic Role of the State**. p. 308. Cf. ANGLES, Bruno. *Les Partenariats Public-Privé. L’Avenir du Financement des Infrastructures*, in CAIRN.INFO – *Revue d’économie-financière*-2012).*

ou jurisprudencial, para aí incluir elementos de sociologia do direito e de ciências políticas. As instituições são, pois, ‘as regras do jogo de uma sociedade, ou, mais formalmente, as organizações artificiais criadas pelo ser humano para condicionar as interações com seus congêneros’⁽⁵⁵⁾.

É este também o pensamento de Marcel GUENOUN e Bruno THIBERGHIEEN:

A Ordonnance n° 2004-559 de 17 de junho de 2004 institui na França o contrato de parceria público-privada (PPP). Ela oferece a possibilidade ao Estado, e aos estabelecimentos públicos do Estado e às coletividades territoriais de **recorrer a um operador privado para conceber, financiar, construir e explorar um equipamento**. Em troca, o organismo público se compromete a remunerar anualmente a prestação fornecida por um período multi-decenal.⁽⁵⁶⁾

Podemos ver no contrato de PPP um inovador instrumento de ação pública, com características peculiares, porque congrega vários tipos. Este instrumento de ação pública constitui um dispositivo ao mesmo tempo técnico e social que organiza relações sociais específicas entre o poder público e seus destinatários em função das representações e das significações de que ele é portador como o sinaliza o Professor Mohamed Salah Bem Aïssa, ao final do Colóquio de Rabat⁽⁵⁷⁾.

As parcerias público-privadas não constituem, contudo, um privilégio dos países industrializados e desenvolvidos. Os países em desenvolvimento, sob o impulso do Banco Mundial, do FMI e as importantes orientações da OCDE as vêm adotando e promovendo como um potente instrumento de desenvolvimento, como podemos ver na lição de MARTY e VOISIN:

O Livro Verde da Comissão Europeia de 30 de abril de 2004 e a ordonnance francesa de 17 de junho de 2004 relativa aos contratos de parcerias testemunham a difusão para a quase totalidade dos países da OCDE do modelo

55 DU MARAIS, Bertrand. *Droit public de la régulation économique*. Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2004, p. 574.

56 *L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 institue en France le contrat de partenariat public-privé (PPP). Elle offre la possibilité à l'État, aux établissements publics de l'État et aux collectivités territoriales de recourir à un opérateur privé afin de concevoir, financer, construire et exploiter un équipement. En échange, l'organisme public s'engage à rémunérer annuellement la prestation fournie sur une période multi-décennale. Nous pouvons voir dans le contrat de PPP un nouvel instrument d'action publique. Un instrument d'action publique constitue un dispositif à la fois technique et social qui organise des rapports sociaux spécifiques entre la puissance publique et ses destinataires en fonction des représentations et des significations dont il est porteur. (GUENOUN, Marcel; THIBERGHIEEN, Bruno. Quelle "localisation" pour les partenariats public-privé?, in *Partenariat Public-Privé et Gouvernance Future*. Direction de Ali Sedjari. Edition l'Harmattan-GRET, 2005, p. 44).*

57 SALAH BEN AÏSSA, Mohamed. *Rapport de synthèse. Partenariat public-privé et gouvernance future*. Paris, Edition l'Harmattan-GRET, 2005, p. 518.

de parceria público-privada à moda anglosaxona trazido pelo exemplo da Private Finance Initiative (PFI) britânica. As parcerias público-privadas não constituem, no entanto, o apanágio dos países industrializados. Com efeito, os países em desenvolvimento constituem a principal área geográfica de recurso às parcerias público-privadas, as instituições financeiras internacionais – Fundo Monetário Internacional (FMI) e Banco Mundial – já as promoveram como um dos principais instrumentos de reforma da gestão pública. Convém, contudo, novamente precisar os contornos da noção de parceria público-privada, tal como ela é apreendida por estas instituições internacionais. Ela cobre o conjunto das soluções contratuais de associações públicas e privadas em torno da realização de uma missão de serviço público. Assim sendo, esta noção engloba ao mesmo tempo as formas antigas (concessões) e novas (parcerias público-privadas de origem anglo-saxônica). As parcerias público-privadas dos países em desenvolvimento se caracterizam por uma variedade e uma expansão consideráveis, ainda que alguns países, como a Argentina na primavera de 2005, coloquem em questão o papel dos grandes grupos internacionais fornecedores de serviços públicos⁽⁵⁸⁾.

ALI SEDJARI⁽⁵⁹⁾, em manifestação de Introdução do Colóquio de Rabat, contribui para o esclarecimento da noção inovadora de parceria público-privada:

Compreende-se facilmente a finalidade do conceito de parceria que contém uma ideia nova: **associação de uma solidariedade entre o público e o privado**. Esta solidariedade não se produz naturalmente em torno dos valores e dos projetos partilhados em que as duas partes **mutualizam os riscos e compartilham os proveitos**. O estabelecimento dos liames entre o setor público e o setor privado – notadamente pelo diálogo e as ações conjuntas – poderia se traduzir em benefícios maiores em termos de apropriação, de transparência e de durabilidade dos projetos, notadamen-

58 *Le Livre Vert de la Commission Européenne du 30 avril 2004 et l'ordonnance française du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariats témoignent de la diffusion à la quasi-totalité des pays de l'OCDE du modèle du partenariat public-privé à l'anglo-saxonne, porté par l'exemple de la Private Finance Initiative (PFI) britannique. Les partenariats public-privé ne constituent pas pour autant l'apanage des pays industrialisés. En effet, les pays en développement constituent la principale aire géographique de recours aux partenariats public-privé, les institutions financières internationales – Fonds Monétaire International (FMI) et Banque Mondiale – les ayant promus comme l'un des principaux instruments de réforme de la gestion publique. Il convient cependant de nouveau de préciser les contours de la notion de partenariat public-privé, telle qu'elle est appréhendée par ces institutions internationales. Leur définition du PPP est très large. Elle recouvre l'ensemble des solutions contractuelles d'associations public et privé autour de la réalisation d'une mission de service public. De ce fait, cette notion englobe à la fois les formes anciennes (concessions) et nouvelles (partenariats public-privé d'origine anglo-saxonne). Les partenariats public-privé des pays en développement se caractérisent par une variété et une expansion considérables, même si certains pays, comme l'Argentine au printemps 2005, remettent en cause le rôle des grands groupes internationaux fournisseurs de services publics.* (MARTY, Frédéric; VOISIN, Arnaud. **Les partenariats public-privé dans les pays en développement**: Les enjeux contractuels. 2006. Halshs-00010365).

59 Presidente do Grupament de Recherche sur Espace et Territoires – GRET, e Professor da Universidade Mohammed V, Rabat.

te urbanos; pois que as cidades de hoje se tornaram um imenso laboratório de experimentação e de valorização das parcerias ⁽⁶⁰⁾.

E é ainda Ali Sedjari a acentuar o carácter globalizador da nova realidade conceitual:

As PPP acompanham hoje as lógicas de globalização. São instrumentos modernos para **federar** as energias e os potenciais de todos os investidores do mundo para contribuir a uma governança internacional fundada na partilha das riquezas e o co-desenvolvimento.

Assim, sem querer entrar em um sonho, a PPP aplicada em uma escala regional mais vasta, é de natureza a dar sentido às proximidades reais, e portanto, a forjar destinos solidários, a partir de projetos fundadores; pois que lá onde existem projetos, existem solidariedades ⁽⁶¹⁾.

A Comissão Europeia, no Livro Verde sobre as parcerias público-privadas, enumera os elementos caracterizadores das PPP:

2. De um modo geral, as PPP caracterizam-se pelos seguintes elementos:

*A duração relativamente longa da relação, que implica a cooperação entre o parceiro do setor público e o parceiro do setor privado sobre diferentes aspectos de um projeto a realizar.

*O modo de financiamento do projeto, assegurado em parte pelo setor privado, por vezes através de **complexas montagens jurídico-financeiras** envolvendo os diversos intervenientes. Aos financiamentos privados podem, todavia, acrescentar-se financiamentos públicos, por vezes de montantes assaz significativos.

*O papel importante do agente económico, que participa em diferentes fases do projeto (**concepção, realização, aplicação, financiamento**). O

60 *On comprend facilement la finalité du concept de partenariat qui recèle une idée nouvelle: association d'une solidarité entre le public et le privé. Cette solidarité ne se fait naturellement autour des valeurs et des projets partagés où les deux parties mutualisent les risques et partagent les profits. L'établissement des liens entre le secteur public et le secteur privé - notamment par le dialogue et les actions conjointes - pourrait se traduire par des bénéfices majeurs en termes d'appropriation, de transparence et de durabilité des projets, notamment urbains; car les villes d'aujourd'hui sont devenues un immense laboratoire d'expérimentation et de valorisation des partenariats.*(SEDJARI, Ali. **Partenariat public-privé et gouvernance future. les enjeux socio-politiques d'une mutation annoncée. Rapport Introductif.** In *Partenariat public-privé et gouvernance future.* Direction Ali Sedjari. Paris Edition l'Harmattan-GRET. 2005, p. 20).

61 *Les PPP accompagnent aujourd'hui les logiques de globalisation. Ce sont des instruments modernes pour fédérer les énergies et les potentiels de tous les investisseurs du monde en vue de contribuer à une gouvernance internationale fondée sur le partage des richesses et le codéveloppement. Ainsi, sans vouloir verser dans le rêve, le PPP, appliqué à une échelle régionale plus vaste, est de nature à donner du sens aux proximités réelles, donc à forger des destins solidaires, à partir de projets fondateurs; car là où il y a des projets, il y a des solidarités.* (Id. Ibid., p. 22).

parceiro do setor público concentra-se essencialmente na definição dos objetivos a atingir em termos de interesse público, de qualidade dos serviços propostos, de política dos preços, e assegura o controlo do cumprimento destes objetivos.

***A distribuição dos riscos** entre o parceiro do setor público e o parceiro do setor privado, para o qual são transferidos os riscos habitualmente suportados pelo setor público. Contudo, as PPP não implicam necessariamente que o parceiro do setor privado assuma todos os riscos, ou a parte mais importante dos riscos decorrentes da operação. A distribuição precisa dos riscos **efetuar-se-á caso a caso**, em função das capacidades respectivas das partes em causa para os avaliar, controlar e gerir ⁽⁶²⁾.

2.8 PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO

Celso Antônio Bandeira de Mello relaciona os Princípios do Serviço Público ⁽⁶³⁾, fazendo uma referência às “Leis de Rolland” ⁽⁶⁴⁾. E a seguir enumera os princípios que devem reger os serviços públicos: a) o dever inexcusável do Estado de promover-lhes a prestação; b) a supremacia do interesse público; c) a adaptabilidade às situações concretas; d) a universalidade; e) a impessoalidade; e) a continuidade; f) a transparência; g) a motivação; h) a modicidade da remuneração ⁽⁶⁵⁾. E, ao tratar do contrato administrativo, salienta que “*foi a doutrina francesa que desenvolveu a teoria do ‘contrato administrativo, fortemente embasada nos arestos do Conselho de Estado’*” ⁽⁶⁶⁾.

2.9 PRINCÍPIOS NA VISÃO DA OCDE

Em **20 de março de 2007**, o Conselho da OCDE aprovou os “Princípios da OCDE para a participação do setor privado nas infraestruturas destinados a ajudar os governos a trabalhar em consonância com os parceiros privados para financiar e realizar projetos em domínios que se revestem de uma importância vital para a economia, tais como os transportes, a distribuição de água, a produção de eletricidade e as telecomunicações” ⁽⁶⁷⁾.

62 LIVRO VERDE sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões/ COM/2004/0327 final. Bruxelas, 30.4.2004.

63 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 36. Ed. Belo Horizonte, FORUM, 2023, p. 624-625.

64 ROLLAND, Louis Léon (1877-1956). *Précis de Droit Administratif*. Paris : Dalloz, 1951, p. 693.

65 Id., Ibid., Nota 4, p. 620

66 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.* p. 543..

67 Le 20 mars 2007, le Conseil de l'OCDE a approuvé les Principes de l'OCDE pour la participation du secteur privé aux infrastructures destinés à aider les gouvernements à oeuvrer de conserve avec des partenaires privés pour financer et réaliser des projets dans des domaines

Estes princípios têm por finalidade ajudar os países a criar novos meios de financiar os investimentos, estimular o crescimento econômico e melhorar a vida de seus cidadãos ⁽⁶⁸⁾. Com estes objetivos, a OCDE enumera 24 Princípios, que são destinados a ser utilizados pelos governos como instrumento de autoavaliação, como ajuda para estabelecer os planos de ação e para prestar contas dos progressos realizados, para a cooperação internacional e para o diálogo entre o setor público e o setor privado em ligação com outros instrumentos criados no quadro da OCDE, tais como o Quadro de ação para o investimento e os Princípios diretores da OCDE endereçados às empresas multinacionais ⁽⁶⁹⁾.

Neste estudo introdutório, limito-me a sinalizar alguns princípios, salientando sua referência contextual com o princípio da concorrência, garantidor de um adequado funcionamento do mercado, pois que cada um deles merece um trabalho de aprofundamento, que trará um elevado benefício para o entendimento e a colocação em prática das parcerias público-privadas.

O **primeiro princípio** focaliza a obrigação das autoridades de fazer uma análise dos custos e benefícios globais, levando em conta todas as modalidades possíveis, avaliando a participação dos operadores privados e públicos, na busca de eficiência, aquisição da expertise. O quinto princípio alerta para o fato de que ⁽⁷⁰⁾.

O **quinto princípio** enfatiza a necessidade da melhoria do quadro institucional: “um sólido quadro institucional, que comporte normas estritas de governança pública e de administração de empresa, de transparência e de conformidade com o direito, notadamente para a proteção da propriedade e dos direitos contratuais, é indispensável para atrair a participação do setor privado” ⁽⁷¹⁾.

Valem aqui as advertências contidas no voto do Ministro Luiz Fux relativamente à “**reduzida expertise do Judiciário** para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos” ⁽⁷²⁾. Este posicionamento poderia ser visto

qui revêtent une importance vitale pour l'économie, tels que les transports, la distribution d'eau, la production d'électricité et les télécommunications”..(OCDE Principes de l'OCDE pour la participation du secteur privé aux infrastructures. Avant-propos, p. 3).

68 Id. Ibid. p. 3.

69 Ibid. p. 3.

70 Ibid. p. 16. II. Améliorer le cadre institutionnel.

71 OCDE. Principes de l'OCDE pour la participation du secteur privé aux infrastructures – Améliorer le cadre institutionnel. Principe 5. “un solide cadre institutionnel, comportant de strictes normes de gouvernance publique et de gouvernement d'entreprise, de transparence et de conformité au droit, notamment pour la protection de la propriété et des droits contractuels, est indispensable pour attirer la participation du secteur privé”. p. 16.

72 RE 1083955 AgR-ED/DF. **Cascol Combustíveis para Veículos Ltda.** v. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

como uma crítica. Vejo-o, contudo como uma incitação, um estímulo para acompanhar a realidade econômica em evolução esfuziante. Em artigo anterior confrontei esta afirmativa com o ensinamento contido na Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho:

Por último, atendendo aos mecanismos de cooperação reforçada entre os órgãos jurisdicionais e os profissionais nos processos transfronteiriços, criados ao abrigo do Regulamento (EU) 2015/848, **o profissionalismo de todos os intervenientes tem que atingir níveis elevados e comparáveis em toda a União**. Para realizar esses objetivos, os Estados-Membros deverão assegurar que **os membros das autoridades judiciais e administrativas** que tratam de processos relativos à reestruturação preventiva, à insolvência e ao perdão de dívidas tenham formação adequada e possuam os conhecimentos especializados necessários ao exercício das suas responsabilidades. Essa formação e esses conhecimentos especializados poderão igualmente ser adquiridos durante o exercício das funções enquanto membros das autoridades judiciais ou administrativas ou, antes da nomeação para o exercício dessas funções, durante o exercício de outras funções pertinentes.

A Diretiva deixa evidente que a disruptiva evolução econômica exige dos cultores e dos aplicadores do Direito uma constante atualização, para atender aos reclamos da realidade pós-moderna que tanto se impõe e se alardeia. O item 85 da Diretiva exige que os membros da autoridade judicial tenham formação adequada ou, se não a têm, que a adquiram durante o exercício de suas funções ⁽⁷³⁾.

O **sétimo princípio** põe evidente a necessidade de criar um ambiente concorrencial, propício à inovação e a exigir uma sadia regulamentação:

Princípio 7: a participação do setor privado nas infraestruturas será tanto mais frutuosa se houver o esforço **para criar um ambiente concorrencial**, notadamente submetendo-se estas atividades a verdadeiras pressões comerciais, eliminando os obstáculos inúteis à entrada e concretizando uma sadia regulamentação da concorrência ⁽⁷⁴⁾.

A concorrência tem um efeito inovador, que é também reconhecido pelas Nações Unidas em seu Guidelines de dezembro de 2000, ao salientar que *a concorrência estimula a inovação na administração pública. A busca pela inovação é claramente sinalizada como valiosa na contração PPP. A totalidade das funções*

73 LEOPOLDINO DA FONSECA, J.B. 2023, *Op. Cit.*

74 Principe 7: la participation du secteur privé aux infrastructures sera d'autant plus fructueuse si l'on s'efforce de créer un environnement concurrentiel, notamment en soumettant ces activités à de véritables pressions commerciales, en éliminant les obstacles inutiles à l'entrée et en mettant en oeuvre une saine réglementation de la concurrence.

realizadas pelo setor privado provoca novas ideias para obter melhores resultados. Os procedimentos concorrenciais devem apoiar esta busca pela inovação⁽⁷⁵⁾.

A concorrência pelos méritos foi amplamente analisada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em decisão proferida em 10 de setembro de 2024⁽⁷⁶⁾.

O oitavo princípio, seguindo a linha de garantia de uma liberdade de concorrência, e por conseguinte a necessidade de eliminar as restrições de acesso aos e os obstáculos aos movimentos internacionais de capitais define ser essencial garantir este acesso. O Tribunal de Justiça da União Europeia, em 11 de setembro de 2024, caracteriza como abuso de posição dominante medidas tomadas por uma empresa visando impedir a entrada de concorrentes⁽⁷⁷⁾.

Princípio 8: o acesso aos mercados de capitais para o financiamento das operações é **essencial** para os participantes do setor privado. Seria necessário eliminar progressivamente as restrições ao acesso aos mercados locais de capitais e os obstáculos aos movimentos internacionais de capitais, à luz das considerações de política macroeconômica⁽⁷⁸⁾.

O décimo terceiro princípio pressupõe que as autoridades públicas tenham planejamento econômico e social, que exponham aos parceiros privados o conhecimento dos objetivos a serem alcançados. A obrigatoriedade de adoção de um planejamento está prevista no artigo 174 da Constituição Federal.

Princípio 13: para otimizar a participação do setor privado, as autoridades públicas deveriam claramente fazer conhecer os objetivos de sua política em matéria de infraestruturas e implementar mecanismos de consulta entre o público e os parceiros privados no concernente a estes objetivos assim como os diferentes projetos⁽⁷⁹⁾.

75 **The quest for innovation - Competition stimulates innovation** in public management. The quest for innovation is clearly signalled as valuable in PPP contracting. The totality of the functions operated by the private sector invites new ideas in order to obtain better results. Competitive procedures must support this quest for innovation. (UN/ECE Forum on Public-private Partnerships for Infrastructure: The next steps (PPPs). December, 2000).

76 *Affaire C-48/22P*, 10 septembre 2024.

77 *Affaire T-671/19, Qualcomm, Inc. Contre Commission Européenne*, 11 septembre 2024.

78 *Principe 8: l'accès aux marchés de capitaux en vue du financement des opérations est essentiel pour les participants du secteur privé. Il faudrait éliminer progressivement les restrictions à l'accès aux marchés locaux de capitaux et les obstacles aux mouvements internationaux de capitaux, à la lumière des considérations de politique macroéconomique.*

79 *Principe 13: pour optimiser la participation du secteur privé, les autorités publiques devraient clairement faire connaître les objectifs de leur politique en matière d'infrastructures et mettre en place des mécanismes*

O décimo quarto princípio é uma consequência da existência de um planejamento, que deverá ser amplamente divulgado. A divulgação do planejamento deverá expor as normas de performance e as sanções por inadimplemento:

Princípio 14: todas as informações vinculadas ao projeto deveriam ser plenamente divulgadas nas relações entre a autoridade pública e os parceiros privados, notadamente no que concerne ao estado das infraestruturas preexistentes, as normas de performance e as sanções em caso de não-conformidade. O princípio de diligência razoável deve se aplicar ⁽⁸⁰⁾.

O décimo sétimo princípio prevê a necessidade da existência da regulação, como dispõe o art. 174 da Constituição Federal, e que exige a atuação de autoridades que detenham a necessária expertise nas áreas de especialização tecnológica. E no caso presente, a criação de Unidades de Parceria Público-Privadas – UNIDADES PPP – que detenham conhecimento e sejam reconhecidas como competentes nas áreas de atuação.

Princípio 17: A regulação dos serviços de infraestrutura deveriam ser confiados a autoridades públicas especializadas competentes, dotadas de meios suficientes e preservadas de toda influência indevida que poderiam exercer as partes nos contratos relativos aos serviços de infraestrutura ⁽⁸¹⁾.

O vigésimo princípio tem por objetivo encorajar um comportamento responsável das empresas. É óbvio que as empresas parceiras tenham como objetivo o proveito em seu empreendimento, ou seja, o lucro. Mas esse objetivo deve estar sempre vinculado a uma exigência ética de consecução dos objetivos do bem-estar público. O parecer final do “PNG-Australia Governance Partnership”, de maio de 2022, insiste na obrigação que “*todos os parceiros têm de serem responsáveis e transparentes em todos os níveis, e de facilitar um diálogo honesto sobre todo o conjunto do impacto dos investimentos*” ⁽⁸²⁾

de consultation entre le public et les partenaires privés en ce qui concerne ces objectifs ainsi que les différents projets.

80 *Principe 14: toutes les informations se rattachant au projet devaient être pleinement divulguées dans les relations entre l'autorité publique et les partenaires privés, notamment en ce qui concerne l'état des infrastructures préexistantes, les normes de performance et les sanctions en cas de non-conformité. Le principe de diligence raisonnable doit s'appliquer.*

81 *Principe 17: la régulation des services d'infrastructure devrait être confiée à des autorités publiques spécialisées compétentes, dotées de moyens suffisants et préservées de toute influence indue que pourraient exercer les parties aux contrats relatifs aux services d'infrastructure.*

82 *Principle 8 of DFAT's VfM framework requires partners to be accountable and transparent at all levels, and to facilitate honest dialogue about the overall impact of investments.* – (Final review – PNG-Australia Governance Partnership – May 2022, p. 70).

Princípio 20: os participantes do setor privado nas infraestruturas deveriam respeitar os princípios e normas geralmente aceitos de comportamento responsável das empresas”⁽⁸³⁾.

Princípio 22: os participantes do setor privado, seus subcontratados e seus representantes não deveriam se entregar a atos de corrupção e a outras práticas ilícitas para se ver atribuir mercados, tomar o controle de ativos ou obter certos favores, e não deveriam menos ainda aceitar se implicados em tais fatos na ocasião de suas atividades ligadas a infraestruturas⁽⁸⁴⁾.

As empresas devem concorrer para a conquista de mercados de infraestruturas na base dos méritos de suas propostas. Não devem exercer pressões políticas indevidas para a abertura de setores, a atribuição de mercados ou para a modificação de regulamentações. Deve-se realçar a necessidade de uma concorrência pelos méritos, como visto acima.

Princípio 24: os participantes do setor privado que intervêm no fornecimento de serviços vitais para certas populações deveriam estar atentos às consequências de suas atividades para estas populações e esforçar-se, em concertação com as autoridades públicas, para evitar e para limitar os resultados socialmente inaceitáveis⁽⁸⁵⁾.

2.10 UNIDADES PPP

A inovação trazida pela questão das parcerias público-privadas impõe a criação de organismos consagrados às PPP, com a expertise suficiente para garantir a eficiência, o sucesso. Como já estudado amplamente pela OCDE, *a criação de unidades especializadas visa reforçar a capacidade do Estado para gerir os riscos vinculados ao aumento do número de parcerias público-privadas e do valor que elas representam. Desde que estas unidades especializadas são consideradas como um fenômeno relativamente novo, mais da metade dos países membros da OCDE mostrava, em 2009, a existência de uma unidade consagrada às PPP sob uma forma ou outras*⁽⁸⁶⁾.

83 *Encourager un comportement responsable des entreprises Principe 20 : les participants du secteur privé aux infrastructures devraient respecter les principes et normes généralement acceptés de comportement responsable des entreprises.*

84 *Principe 22: les participants du secteur privé, leurs sous-traitants et leurs représentants ne devraient pas se livrer à des actes de corruption et à d'autres pratiques illicites pour se voir attribuer des marchés, prendre le contrôle d'actifs ou obtenir certains faveurs, et ils ne devraient pas non plus accepter d'être impliqués dans de tels faits à l'occasion de leurs activités se rattachant à des infrastructures.*

85 *Principe 24: les participants du secteur privé qui interviennent dans la fourniture de services vitaux pour certaines populations devraient être attentifs aux conséquences de leurs activités pour ces populations et s'efforcer, en concertation avec les autorités publiques, d'éviter et de limiter les résultats socialement inacceptables.*

86 *la création d'unités spécialisées vise à renforcer la capacité de l'État à gérer les risques liés à l'augmentation du nombre de partenariats public-privé et de la valeur qu'ils représentent. Alors que ces unités spécialisées sont*

Nesse estudo da OCDE são atribuídas seis funções a essas Unidades: orientar as políticas, dar o sinal verde aos projetos, proporcionar uma assistência, desenvolver a capacidade, promover as PPP e sobretudo investir nas PPP.

O Estado de Minas Gerais foi o pioneiro no país a adotar um marco legal sobre parcerias público-privadas, antecipando-se, em um ano, à iniciativa da União. A Lei Estadual nº 14.868, de 2003, expôs as diretrizes do Programa e do Plano Estadual de PPP, estabeleceu os requisitos e os possíveis objetos desta modalidade de contratação, arrolou os instrumentos de PPP, as obrigações de cada uma das partes envolvidas, os meios de remuneração e os desdobramentos possíveis para os casos de inadimplemento dos parceiros.

Relativamente à estrutura administrativa e funcional, a Lei Mineira de PPP determinou a criação do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas (CGP) e estabeleceu as atribuições daquele Conselho, no âmbito do Programa, a serem desenvolvidas por meio da Unidade Operacional de Coordenação das Parcerias Público-Privadas. (Unidade PPP).

2.11 UNIDADES DE RENEGOCIAÇÃO

Tendo em vista a longa duração dos contratos de parceria público-privada não se pode esquecer a necessidade de **renegociação** das cláusulas contratuais. Há que levar em conta os estudos de DEWATRIPONT⁽⁸⁷⁾, de GREEN Jerry e LAFFONT e de GUASCH J.L, LAFFONT J-L. e STRAUB S.⁽⁸⁸⁾

2.12 DIÁLOGO COMPETITIVO

Refletindo o ensinamento do LIVRO VERDE da Comissão Europeia e da Ordonnance 2004/559 da União Europeia, a Lei nº 11.079 prevê a pos-

considérées comme un phénomène relativement nouveau, plus de la moitié des pays membres de l'OCDE indiquaient, en 2009, l'existence d'une unité consacrée aux PPP sous une forme ou une autre. (OCDE. Les unités consacrées aux partenariats public-privé. Une étude des structures institutionnelles et de gouvernance. 2010, p. 03).

87 DEWATRIPONT, M. (1986) *Renegotiation and Information Revelation over Time in Optimal Labor Contracts*. *Quarterly Journal of Economics*. Vol. 104. pp. 589-620. GREEN, Jerry R. and LAFFONT, Jean-Jacques. *Renegotiation and the Form of Efficient Contracts*. In *Annales d'Économie et de Statistique*, Jan. - Jun, 1992, No. 25/26, Organisations et jeux / Organizations and Games (Jan. - Jun., 1992), pp. 123-150

88 GUASCH J.L., LAFFONT J.J. e STRAUB S. (2003), *Renegotiation of Concession Contracts in Latin America*. Working Paper. University of Edinburgh.

sibilidade de um diálogo competitivo⁽⁸⁹⁾. Este diálogo competitivo foi objeto de análise no *Arrêt SUEUR* pelo Conselho de Estado⁽⁹⁰⁾.

O livro Verde assim propõe a questão:

25. A partir da adoção da Diretiva 2004/18/CE, poderá aplicar-se o novo processo denominado “**diálogo concorrencial**” a contratos que se revelem particularmente complexos [30]. O processo de diálogo concorrencial será iniciado sempre que o organismo adjudicante não se encontrar, objetivamente, em condições de definir os meios técnicos que podem responder às suas necessidades e aos seus objetivos, bem como nos casos em que o organismo adjudicante não se encontra, objetivamente, em condições de organizar a estrutura jurídica e/ou financeira de um projeto. Este novo processo permitirá aos organismos adjudicantes entabular com os candidatos um diálogo cujo objecto será o desenvolvimento de soluções aptas a responder a essas necessidades. No termo do diálogo, os candidatos serão convidados a submeter a respectiva proposta final com base na(s) solução(ões) identificada(s) no diálogo. As propostas devem compreender todos os elementos exigidos e necessários à realização do projeto. Os organismos adjudicantes avaliam as propostas em função de critérios de adjudicação previamente estabelecidos. O concorrente que apresentou a proposta economicamente mais vantajosa pode ser solicitado no sentido de clarificar aspectos da sua proposta ou confirmar os compromissos nela referidos, na condição de não alterar os elementos substanciais da proposta ou do anúncio de concurso, falsear a concorrência ou acarretar discriminações.

[30] Artigo 29.º da Directiva 2004/18/CE.

26. O diálogo concorrencial deverá permitir a flexibilidade necessária às discussões com o candidato de todos os aspectos do contrato na fase inicial, velando simultaneamente para que estas discussões sejam efetuadas no respeito dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento e não colidam com os direitos que o Tratado confere aos agentes económicos. Assenta na ideia de que devem sempre ser salvaguardados métodos estruturados de seleção, na medida em que contribuem para a objetividade e a integridade do processo que culmina na escolha de um operador. Assim se garante a boa utilização dos dinheiros públicos, se diminuem os riscos de práticas pouco transparentes e se reforça a segurança jurídica necessária a tais projetos.

27. Há ainda que salientar que as novas diretivas reforçam o interesse, para os organismos adjudicantes, de formular as especificações técnicas

89 A Lei n.º 13.019 de 2014 não prevê essa hipótese.

90 *ARRÊT SUEUR En ce qui concerne la procédure de passation des contrats de partenariat: Considérant qu'aux termes de l'article 5 de l'ordonnance attaquée, relatif aux contrats de partenariat de l'Etat et de ses établissements publics : Si, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique est objectivement dans l'impossibilité de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, elle indique dans l'avis qu'il sera recouru à une phase de dialogue dans les conditions prévues au I de l'article 7 de la présente ordonnance.*

em termos de desempenhos ou de exigências funcionais. Assim, as novas disposições permitirão aos organismos adjudicantes alargar as possibilidades de tomar em consideração soluções inovadoras, na fase de adjudicação, independentemente do processo aplicado [31].

A Lei nº 11.079, de 2004, em seu artigo 10º, com a alteração da Lei nº 14.133, de 2021, estabelece a obrigatoriedade do **diálogo competitivo**, enumerando os condicionamentos a serem observados.

2.13 PARCERIAS DIGITAIS PREVISTAS PELA F.T.C.

Numa atitude de atualização, não posso omitir a publicação de uma obra em setembro de 2024, que aborda problemas relativos à parceria: *Artificial Intelligence and Competition Policy* ⁽⁹¹⁾.

O Professor Daniel F. Spulber nos traz considerações a partir da intimação feita pela Federal Trade Commission (FTC) às empresas Alphabet (Google), Amazon, Microsoft, Open AI, and Anthropic exigindo informação relativamente a alguns de seus investimentos e parcerias, como exposto em seu artigo: *Antitrust and Innovation Competition: Investments and Partnerships in Artificial Intelligence* ⁽⁹²⁾.

O fenômeno das parcerias transcende, como se vê, os limites nacionais. SPULBER está analisando o problema das parcerias entre organizações empresariais gigantes e ao mesmo tempo a obrigação do controle que incumbe aos órgãos garantidores da concorrência e da inovação. Em sua conclusão, focaliza quatro pontos, de que extraímos os tópicos pertinentes ao nosso tema:

A Federal Trade Commission, analisando a questão sob uma perspectiva de COASE “sugere que estas relações contratuais podem ser benéficas ao apoiar a concorrência inovadora e ao promover transações no mercado da tecnologia ⁽⁹³⁾.

2.14 CONCLUSÃO

As considerações acima desenvolvidas decorrem de uma leitura de fontes recentes sobre vários aspectos da parceria público-privada. As reflexões expendidas por autoridades preocupadas com o tema, e aqui exploradas, servem como uma provocação para os estudiosos e aplicadores do Direito. As longas citações se justificam e se explicam diante da necessidade de buscar

91 *Artificial Intelligence and Competition Policy*. Paris, Concurrences, First Printing, September 2024. 379p.

92 SPULBER, Daniel F. *Antitrust and Innovation Competition: Investments and Partnerships in Artificial Intelligence*.

93 Id., *Ibid.*, p. 45.

as fontes do Direito Comparado que se antecipam aos estudos realizados no Brasil.

Os aspectos teóricos e principiológicos são o fundamento para uma reflexão para o legislador e para o aplicador. Quer na fase legislativa, quer na aplicação dos princípios e da lei não se pode prescindir de uma **análise substancial** da realidade. Esta perspectiva do estudo e aplicação do Direito Econômico nos é enfatizada por Gérard Farjat no número “0” da *Revue Internationale de Droit Économique*, em 1986:

[...] a necessidade de uma análise substancial tem sido particularmente afirmada em Direito Econômico, mas ela não lhe é de forma alguma específica. A análise substancial consiste em analisar, em qualificar, ou em criticar, instituições, conceitos jurídicos ou fatos a partir de hipóteses produzidas pelo direito, sendo estas hipóteses produzidas por um exame crítico do sistema jurídico. Este exame crítico permite fazer surgir o que nós chamamos: direito substancial ou “material”. Esta análise se opõe a uma análise ou a uma qualificação que seria puramente formal ⁽⁹⁴⁾.

Esta análise substancial é uma tarefa que se impõe a todos os níveis na adoção e aplicação de uma parceria público-privada. Esta visão de Farjat está em consonância com o pensamento de Richard Posner, ao afirmar que a Análise Econômica do Direito é um método para analisar e entender a realidade.

REFERÊNCIAS

- ABBOTT, Alden. SCHREPEL, Thibault. *Artificial Intelligence and Competition Policy*. Institute of Competition Law. Paris, Concurrences, September -2024.
- ALBERTON, Ghislaine. Les apports du partenariat public-privé au droit des contrats entre propositions communautaires et concrétisations Nationales Françaises. In *Partenariat public-privé et gouvernance future*. Coord. Ali Sedjari. Paris, Edition l’Harmattan-GRET. 2005.
- ALLEN, Grahame. **The Private Finance Initiative (PFI)**. In Economic Policy and Statistics Section. House of Commons Library Research paper 01/117. 18 December 2001.

94 La nécessité d’une analyse substantielle a particulièrement été affirmée en Droit Économique, mais elle ne lui est nullement spécifique. L’analyse substantielle consiste à analyser, à qualifier, ou à critiquer, des institutions, des concepts juridiques ou des faits à partir d’hypothèses produites par le droit, ces hypothèses étant livrées par un examen critique du système juridique. Cet examen critique permet de dégager ce que nous appelons: droit substantiel ou “matériel”. Cette analyse s’oppose à une analyse ou à une qualification qui serait purement formelle. (FARJAT. Gérard. L’importance d’une Analyse substantielle en droit économique. in **Revue Internationale de Droit Économique**. n° 0. 1986).

- ANGLES, Bruno. Les partenariats public-privé: l'avenir du financement des infrastructures, **Revue d'Economie Financière**. 2012/4 (n° 108). Pages 221-230.
- BEZANÇON, Xavier. 2000 ans d'histoire du partenariat public-privé – pour la réalisation des équipements et services collectifs. Paris, Presses de l'école nationale des ponts et chaussées. 2004.
- BURGER, Philippe ; TYSON, Justin ; KARPOWICZ, Izabela ; COELHO, Maria Delgado. *The Effects of the Financial Crisis on Public-Private Partnerships*. IMF Working Paper. International Monetary Fund. 2009.
- CABANIS, André & LOUIS MARTIN, Michel. Administration et PPP: la contraction de l'espace public comme moyen de renforcement de l'Etat. In **Partenariat public-privé et gouvernance future**. Sous la direction de Ali SEDJARI. Paris, Edition l'Harmattan – GRET. 2005.
- CALDERÓN, César & SERVÉN, Luís. Trends in Infrastructure in Latin America.
- CAMPOS, Ricardo. *Metamorfoses do Direito Global: sobre a interação entre Direito, Tempo e Tecnologia*. ISBN DIGITAL 978-65-5396-059-6. São Paulo: Contracorrente, 2022.
- CHEVALIER, Jacques. **Les soubassements idéologiques de l'ordre public économique**. L'ordre public Économique, Lextenso, 2018. HAL-02937035.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. 52004DC0327. Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões. COM/2004/0327 final.
- COMISSÃO EUROPEIA. **Diretrizes para parcerias público-privadas bem-sucedidas**. mar. 2003. Disponível em http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm
- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES. **Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire**. Journal Officiel n° C 121 du 29/04/2000. P0. 0002-0013.
- DEWATRIPONT, Mathias. *Renegotiation and Information Revelation over time: The Case of Optimal Labor Contracts*. The Quarterly Journal of Economics, Aug., 1989, Vol. 104, No. 3 (Aug., 1989), Oxford Journals – Oxford University Press. 1989.
- DUMEZ, Hervé; JEUNEMAÎTRE, Alain. Combinaison harmonieuse des vertus du public et du privé, ou mélange des genres? Les partenariats public/privé, nouveaux venus du managements public. Politique et Management Public. Année / 21-4 / p. 1-14.
- EUROPEAN COMMISSION – **Directorate-General – Regional Policy**. Guidelines for Successful Public-Private Partnerships. March 2003.

- EZ-ZAOUINE .Jamila. & KOUSKOUS .Adil. (2023). **Gouvernance des Partenariats Public-Privé Innovants, Axée Sur les Objectifs de Développement Durable** : Experience des Pays de l’Afrique. International Journal of Applied Management and Economics Vol : 2 , N° 05 , Novembre 2023 ISSN : 2509-0720. Pp: 186 – 212.
- FARJAT, Gérard. L’Importance d’une Analyse Substantielle en Droit Économique. in *Revue Internationale de Droit Économique*. n° 0. Bruxelles, Éditions De Boeck Université. 1986.
- FARNSWORTH, E. Allan. **L’Américanisation du droit -Mythes ou réalités**. *Archives de philosophie du droit*, ISSN 0066-6564, N° 45, 2001. (Ejemplar dedicado a: L’américanisation du droit).
- FRANCE. ORDONNANCE n° 2004/559 – du 17 juin 2004, Partenariats Public-Privés.
- FRANCO, Viviane Gil. **Parcerias Público-Privadas no Brasil: Em Busca de Eficiência por meio da Alocação de Riscos**. Mestrado em Economia Política. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2007.
- GAUDEMET, Yves. **Les contrats de partenariat public-privé: étude historique et critique**. P. 189-212. In *Partenariat public-privé et gouvernance future*. Coord. Ali Sedjari. Paris, Edition l’Harmattan-GRET. 2005.
- GRAND D’ESNON, Jérôme. *Intervention du Président de séance*. In: *Droit et Ville*, tome 60, 2005. Colloque : *Le contrat de partenariat public-privé* (Toulouse, 2-3 juin 2005) pp. 215-218; https://www.persee.fr/doc/drevi_0396-4841_2005_num_60_1_1909
- GUENOUN, Marcel; TIBERGHEN, Bruno. **Quelle “localisation” pour le partenariat public-privé? Colloque de Rabat**. In *Partenariat public-privé et gouvernance future*. Coord. Ali Sedjari. Paris, Edition l’Harmattan-GRET. 2005. https://www.persee.fr/doc/drevi_0396-4841_2005_num_60_1_1899
- LINDITCH, Florian. **Les partenariats public-privé, vecteurs d’externalisation et de déconsolidation?** Quelques interrogations de nature financière. *Droit et Ville*, Année, N. 60, 2005.
- LLORENS-FRAYSSE, Françoise. *Propos introductifs*. In: *Droit et Ville*. Tome 60, 2005. Colloque: *Le contrat de partenariat public-privé*, Toulouse, 2-3 juin 2005.
- MARTY, Frédéric, VOISIN, Arnaud. **Le recours aux partenariats public-privé dans les pays en développement: Les enjeux contractuels**. 2006. halshs-00010365.
- MARTY, Frédéric. **Les partenariats public-privé en matière de recherche-développement: Une analyse comparée France – Royaume Uni – Etats-Unis**. 2006. Halshs-00010370.
- MARTY, Frédéric. TROSA, Sylvie. VOISIN, Arnaud. **Les Partenariats Public-Privé**. Paris, Editeur: La Découverte, 2006.

- MARTY, Frédéric; VOISIN, Arnaud. **Le Contrat de Partenariat Constitue-t-il une Private Finance Initiative à la Française?** Le périmètre du recours aux contrats de partenariat à l'aune de l'expérience britannique. RIDE – Revue Internationale de Droit Économique. Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2006.
- MÉNÉMÉNIS Alain. Intervention du président de séance. In: *Droit et Ville*. Tome 60, 2005. Colloque: Le contrat de partenariat public-privé (Toulouse, 2-3 juin 2005) pp. 1928; https://www.persee.fr/doc/dre-vi_0396-4841_2005_num_60_1_1900
- MORATA, Francesc. Le partenariat dans la mise en oeuvre de l'initiative communautaire EQUAL à Barcelone. P. In **Partenariat public-privé et gouvernance future**. Coord. Ali Sedjari. Paris, Edition l'Harmattan-GRET. 2005.
- OCDE (2011). **International Futures Programme. Strategic Transport Infrastructure Needs to 2030**. Main Findings. OECD Futures Project on Transcontinental Infrastructure Need to 2030/50.
- OCDE (2007) Principes de l'OCDE pour la participation du secteur privé aux infrastructures (OCDE, 2007b)
- OCDE (2023), Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais sobre Conduta Empresarial Responsável, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/663b7592-pt>.
- OCDE. (2004). Les Partenariats Public-Privé pour la Recherche et l'Innovation – Une Évaluation de l'Expérience Française.
- OCDE. (2008). Les Partenariats public-privé – Partager les Risques et Optimiser les Ressources.
- OCDE. (Mai 2012). Recommandation du Conseil sur les Principes applicables à La Gouvernance publique des Partenariats public-privé. Mai 2012.
- OECD (2020), *Competition in Labour Markets* <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>
- PERROUX, François. Ensaio sobre **A Filosofia do Novo Desenvolvimento**. Tradução de L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.
- PERROUX, François. *L'Économie du XXe. Siècle*. 2. Ed. Paris, Presses Universitaires de France. 1964.
- PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 13. N. 25. P. 168-. 2006.
- RACINE, Jean-Baptiste (coord.) *Le Droit Économique au XXIe. Siècle – Notions et Enjeux*. Paris, LGDJ – lextenso. 2020.
- RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Conseil d'État. 7ème et 2ème sous sections réunies*. 29 octobre 2004. 269814. Arrêt SUEUR.
- RODRIGUES, Diogo Luiz Cordeiro; MOREIRA, Egon Bockmann. *Accounting regulation for public-private partnerships (PPPs): United Kingdom and Brazil in*

comparative perspective. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Ano 20. N° 79, p. 9-25. Julho-set. 2022.

SALAH BEN AÏSSA, M. Mohamed. **Rapport de Synthèse, in Partenariat public-privé et gouvernance future.** Sous la direction de Ali SEDJARI. Paris, Edition l’Harmattan-GRET. 2005.

SEDJARI, Ali. Partenariat public-privé et gouvernance future: les enjeux socio-politiques d’une mutation annoncée. *In Partenariat public-privé et gouvernance future.* Sous la direction de Ali SEDJARI. Paris, Edition l’Harmattan-GRET. 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. O arcabouço normativov das Parcerias Público-Privadas no Brasil. **Revista do TCU 104.** P. 53-61. Abril/Junho 2005.

TANZI, Vito, Government versus Markets – The Changing Economic Role of the State. New York, Cambridge University Press, 2011.

THEDIECK, Franz. **Le PPP dans le domaine des transports en Europe:** l’influence de la politique et du droit. P. 401-421. In Partenariat public-privé et gouvernance future. Coord. Ali Sedjari. Paris, Edition l’Harmattan-GRET. 2005.

UNITED NATIONS. Economic Commission for Europe. Draft Guidelines for Private Public Partnerships for Infrastructure Development. December 2000.

UNITED NATIONS. Economic Commission for Europe. Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships. United Nations, New York and Geneva, 2008.

WOUDE, Marc Van der. **La métamorphose d’un droit. Concurrences –** Revue des Droits de la Concurrence – Competition Law Review. n° 2-2022. Luxembourg. 2022.

3

A FISCALIZAÇÃO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

*Heloísa Rodrigues da Rocha*⁹⁵

*Júlia Tiburcio Miranda*⁹⁶

*Paulo Márcio Reis Santos*⁹⁷

3.1 INTRODUÇÃO

Este artigo investiga a aplicação da Análise Econômica do Direito (AED) nas fiscalizações realizadas pelo Tribu-

95 Auditora Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União (TCU) desde 2012. Mestra em Direito pela Ambra University. Especialista em Orçamento Público pelo Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) / Senado Federal. Nível Especialista na trajetória profissional de Regulação e Desestatização do Instituto Serzedello Corrêa (ISC) do TCU.

96 Advogada, Mestra em compliance pela Ambra University, especialista em Direito Processual e Material do Trabalho pela PUC/SP e em Direito Processual Civil pelo Mackenzie.

97 Sócio Fundador da PMRS Advocacia e Consultoria. Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Professor no Programa de Mestrado e na Graduação em Direito da FUMEC e no Mestrado da Ambra University. Parecerista.



nal de Contas da União (TCU) em projetos de parcerias público-privadas (PPPs) submetidos ao controle externo. A AED proporciona a incorporação de diversos conceitos e ferramentas típicas da economia na análise de fenômenos jurídicos, permitindo uma compreensão mais profunda dos impactos das normas legais sobre o comportamento dos agentes envolvidos.

Com base nesse referencial teórico, o estudo busca avaliar os efeitos das práticas adotadas pelo TCU sobre os gestores públicos responsáveis pela condução de projetos e licitações de PPPs, especialmente no que diz respeito aos incentivos e procedimentos estabelecidos pela Corte de Contas. A hipótese central é que a atuação do TCU, fundamentada nos princípios da AED, pode influenciar positivamente a eficiência e a eficácia dos processos de contratação pública.

Na seção 2, apresenta-se um panorama geral sobre a AED e discute-se a pertinência de sua aplicação no contexto do controle externo exercido pelo TCU. A seção 3 aborda o conceito de PPPs e explora o arcabouço normativo que orienta a atuação do TCU na fiscalização de concessões, permissões e parcerias público-privadas. Por fim, a seção 4 analisa um caso concreto apreciado pelo Tribunal, examinando como a atuação do TCU, à luz da AED, pode oferecer incentivos aos gestores públicos e contribuir para o aprimoramento dos projetos de PPPs.

3.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA NO CONTROLE EXTERNO

Ao longo do século XX, o uso de métodos e teorias econômicas no campo do Direito aumentou significativamente. De início, a Economia estava restrita às aplicações em leis de proteção à concorrência, no Direito Tributário ou em áreas que envolvessem danos monetários. Contudo, a partir de 1960, e sobretudo nos Estados Unidos, a teoria econômica passou a ser aplicada para diversos outros tipos de análises da legislação e dos processos judiciais.

A AED consiste em aplicar conceitos e ferramentas desenvolvidos pela Economia, especialmente na Microeconomia, a fenômenos jurídicos, com o intuito de “compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico” (Timm, 2014, p. 14).

Assim, a AED permite analisar, com base nos instrumentos consagrados da Economia, quais são as consequências de normas jurídicas positivadas ou ainda em elaboração; quais são as motivações que levam as pessoas físicas e jurídicas a cometerem certos atos ilícitos; quais são os incentivos implícitos que existem para a atuação dos operadores do Direito; quais são as razões que acabam tornando certos normativos ineficazes, mesmo continuando a serem válidos juridicamente; entre inúmeras outras aplicações.

É uma nova perspectiva para observar e entender o direito e a forma como ele se relaciona com cada indivíduo e com a sociedade como um todo. A AED possibilita que o jurista visualize mais do que a frieza da mera legalidade estrita, compreendendo como o contexto afeta o direito e como o direito afeta o contexto em que ele é inserido.

A AED foi amplamente desenvolvida por economistas e juristas nos Estados Unidos a partir da década de 1960. Ronald Coase, economista, foi um dos precursores mais conhecidos nesta seara, tendo lançado as bases para a aplicação da economia ao direito. Segundo Coase, inexistindo custos de transação, a forma como a distribuição do direito de propriedade seria realizada não teria relevância, isso porque, “*com direitos de propriedade bem definidos, num mercado em que as trocas entre os agentes econômicos são livres, a eficiência econômica será sempre alcançada*” (Tabak, 2015). Esse resultado ficou conhecido como Teorema de Coase.

Por custo de transação entende-se como as expensas que os sujeitos têm para realizar a troca em uma economia, como por exemplo, a barganha, os custos legais e os custos de busca. A ideia central é que a partir de uma norma, alguns sujeitos arcarão com os custos e outros não, de forma que se objetiva que os beneficiados sejam maiores atingindo, assim, o equilíbrio eficiente segundo Kaldor-Hicks. Assim, “*quando uma determinada proposição legislativa é eficiente, ela proporciona um aumento de bem-estar para a sociedade*” (Tabak, 2015)

Além de Coase, Richard Posner (1998), jurista norte americano, escreveu a primeira sistematização do que seria a análise econômica do direito representando a teoria através de um raciocínio sob o viés jurídico e sob o viés econômico acerca da culpabilidade em um acidente e a indenização a ser perseguida.

Para Posner, o direito analisaria de trás para frente (*backward-looking*) de forma a justificar eventual indenização em razão de um fato ocorrido no passado, enquanto a economia analisaria sempre para frente (*forward-looking*) de forma a avaliar os efeitos que uma indenização teria na prevenção de acidentes.

O exemplo mencionado serviu apenas como ponto de partida para uma análise mais ampla da AED. Neste sentido (Mattos, 2014):

Na prática, a utilização da teoria econômica no direito se limitou por bastante tempo às áreas do antitruste, setores regulados, tributação e cálculo de danos para pagamento de compensação. Isto mudou radicalmente na década de sessenta com as contribuições de Calabresi (1961) mostrando como aplicar a teoria econômica na análise jurídica de pagamento de compensações por acidentes (“tortlaw”, em inglês), Coase (1960) indicando como caberia uma mudança de paradigma no entendimento do direito de propriedade e Gary Becker (1968) na discussão sobre os incentivos para se cometerem crimes.

No final do século XX e nas primeiras décadas do século XXI, a AED já tinha alcançado um status de área do conhecimento a ser estudada e utilizada na maioria dos países, incluindo o Brasil (Cooter, Ulen, 2016, p. 15-16). Aliás, a interdisciplinaridade é uma tendência no campo do Direito e engloba áreas do conhecimento como psicologia e sociologia, com resultados positivos no sentido de ter normas mais eficazes e de compreender melhor os fenômenos jurídicos.

Inclusive, o uso de conceitos da psicologia social e cognitiva na AED resultou em vários estudos sobre as possíveis motivações das pessoas para aceitar acordos em vez de levar o caso ao julgamento. Em um deles, Chris Guthrie mostrou empiricamente que muitos litigantes escolhem fazer um acordo visando evitar sentimentos de arrependimento por terem rejeitado um acordo melhor do que a sentença final (Guthrie apud Cooter, Ulen, 2016, p. 410-411).

Um dos aspectos mais relevantes desse tipo de análise é que a “*Economia fornece uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais no comportamento*” das pessoas e organizações (Cooter, Ulen, 2016, p. 17). Ou seja, a partir do conhecimento acumulado na ciência econômica, como a teoria dos jogos e a teoria dos preços, além das ferramentas metodológicas desta ciência, como a econometria e a estatística, é possível avaliar quais tipos de incentivos e consequências a legislação será capaz de causar na sociedade (Cooter, Ulen, 2016, p. 17).

Há que se ressaltar que não se trata de determinismo ou da construção de respostas definitivas, uma vez que uma mesma disposição legal pode gerar diferentes incentivos em grupos diversos de pessoas. Assim, ainda que a AED aumente a quantificação e o poder de previsão e análise das consequências dos textos legais, não há como assegurar 100% (cem por cento) de precisão.

Nas palavras de Salama (2017, p. 34-35), “*a aplicação da Teoria dos Preços serve muito mais para apontar os tradeoffs (isto é, os custos e benefícios das possíveis escolhas) do que para indicar verdades absolutas*”. Como resultado, a “*visualização de tradeoffs torna o processo decisório mais transparente e, portanto, mais democrático*” (Salama, 2017, p. 35).

No caso dos projetos de lei, há ainda mais vantagens na sua submissão a uma avaliação do ponto de vista econômico antes de sua deliberação e eventual aprovação pelas Casas Legislativas. Isso porque é possível refletir sobre os possíveis efeitos que a lei terá na sociedade e, caso se vislumbre possibilidades de aprimoramento, propor alterações de texto (Meneguim, Silva, 2017, p. 19-20).

Essa avaliação *ex-ante* ajuda a evitar que leis inadequadas, ineficientes ou prejudiciais à sociedade sejam aprovadas e causem efeitos deletérios, bem como auxilia na economia de recursos públicos e privados que são desperdi-

çados para questionar judicialmente esses tipos de leis e para aprovar novas leis revogando-as ou alterando-as. Em países que adotam a federação, como o Brasil e os Estados Unidos, essa análise ainda pode ser útil para prevenir conflitos federativos entre o ente central e os demais entes afetados por sua legislação. Exemplo disso é o fato de que, desde os anos 1980, há a obrigação nos EUA de que seja feita “*estimativa dos impactos de normas federais em governos estaduais e locais*” (Ribeiro, 2017, p. 72-74).

Cabe destacar que nem sempre a intervenção estatal é a melhor opção para resolver um problema social ou econômico. Mesmo em casos que tal intervenção mostra-se necessária, há ainda que se perquirir acerca da extensão dessa intervenção. Por isso que, entre outros pontos, uma análise econômica de leis e projetos de lei deve considerar quais consequências a eventual intervenção estatal prevista na legislação trará (Mendes, 2011).

Faz-se mister ressaltar que, assim como a AED pode ser empregada para analisar a relação de agentes privados com normativos editados pelos entes públicos, também pode-se perquirir quais impactos a legislação causa na atuação dos gestores públicos, sob o prisma da análise de incentivos ou *nudges* aplicado ao Direito Administrativo.

Noutro giro, também é possível aplicar esse mesmo método da AED no contexto do Controle Externo da Administração Pública pelos Tribunais de Contas, exercido com espeque no arts. 70 a 75 da Constituição Federal de 1988 (CF 1988).

Isso porque as fiscalizações realizadas pelas Cortes de Contas podem considerar esses aspectos como critérios e métricas de avaliação da atuação do gestor público em relação às leis editadas pelo Parlamento e à própria legislação infralegal (Sá, Detoni, 2019, p. 26).

Ademais, diversos conceitos da AED podem ser úteis para o trabalho de auditoria nos Tribunais de Contas, seja para compreender a relação do gestor com a sociedade e com os atores privados, seja para entender a relação dos gestores com o próprio Controle Externo (Sá, Detoni, 2019, p. 28-29):

A AED deve ser reconhecida como mais um, importante e testado, corpo teórico à disposição dos agentes públicos e do Controle Externo para ajudá-los a compreenderem com maior rigor analítico os problemas e fenômenos cada vez mais complexos na administração pública contemporânea e, com efeito, formular decisões com maior efetividade para o bem-estar social. [...]

É fundamental, também, uma mudança no escopo de ação do Controle Externo, focando mais nos resultados das políticas públicas, mais em evidências e mais na qualidade do gasto público. O gestor gastar mal e de forma antieconômica (alocação de recursos ineficientes), respeitando a legalidade, é um problema tão significativo quanto o desvio de recursos públicos (corrupção).

O arcabouço legal (framework normativo) de atuação do Controle Externo tem que ser inovado. As Cortes de Contas devem qualificar seu framework normativo, tornando-o disruptivo. Essa disrupção deve inserir elementos de análise além da legalidade, fazendo uso da metodologia da Análise Econômica do Direito (AED), que traz conceitos e teorias tais como: eficiência, economicidade (análise custo x benefício), teoria dos custos de transação, teoria da agência, assimetria informacional, incentivos, externalidades, custo de oportunidade, trade-off, etc.

Nesse contexto, o presente artigo dedica-se a analisar quais incentivos aos gestores públicos as normas do TCU relativas à fiscalização da licitação e da contratação de PPPs trazem.

3.3 FISCALIZAÇÃO DO TCU NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPP)

As parcerias público-privadas são um tipo das diversas modalidades de instrumentos de parceria entre a Administração Pública e entes privados, assim como as concessões comuns, os contratos de gestão das organizações sociais, os termos de parceria, entre outros (Di Pietro, 2019, seção 2.4).

Tal instituto aplica-se aos órgãos da Administração Pública Direta dos Poderes Executivo e Legislativo, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (Rossi, 2019, capítulo VII, seção 9.2).

A doutrina aponta que as PPPs brasileiras podem ser classificadas como uma espécie dentro do gênero de concessões (Rossi, 2019, capítulo VII, seção 9.2).

Isso porque, na concessão comum ou tradicional, a remuneração do concessionário advém de receitas obtidas a partir dos usuários do serviço público e de outras receitas extraordinárias obtidas com a exploração de serviços adicionais à concessão. Já nas PPPs, a remuneração da empresa privada compõe-se, total ou parcialmente, da contraprestação pecuniária da Administração Pública (Rossi, 2019, capítulo VII, seção 9.2).

Tal entendimento é consagrado pelo texto legal, sendo que as concessões, em sentido estrito, estão disciplinadas pela Lei nº 8.987/1995 (Brasil, 1995a), a Lei Geral de Concessões, e por outras leis setoriais, a exemplo da Lei nº 9.074/1995 (Brasil, 1995b) e da Lei nº 9.472/1997 (Brasil, 1997a).

Por sua vez, no ordenamento jurídico brasileiro, as PPPs foram positivadas na Lei nº 11.079/2004, que assim dispõe:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º 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.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. [...]

Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

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

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

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

Desse modo, as PPPs são uma espécie de concessão, sujeita a regras e normativos próprios.

De acordo com o projeto de lei que originou a Lei das PPPs, a inspiração legislativa para introduzir tal instituto jurídico no Direito brasileiro foi o sucesso observado em outros países, como “Inglaterra, Irlanda, Portugal, Espanha e África do Sul”, de instrumentos semelhantes (Di Pietro, 2019, seção 7.3).

Todavia, o modelo escolhido pela legislação brasileira difere de outros países, a exemplo de Portugal, onde as “*PPP se formalizam mediante concessão de obras públicas, concessão de serviço público, contrato de fornecimento contínuo, contrato de prestação de serviço, contrato de gestão, contrato de colaboração, todos com investimento superior a 25 milhões de euros*” (Medauar, 2018, p. 329).

Dentre as diversas atividades exercidas pelo Tribunal de Contas da União, a título do controle externo, está a fiscalização dos processos de elaboração dos estudos técnicos e editais para licitação de concessões de serviços públicos, incluindo as PPPs.

Essa competência de fiscalização de processos de desestatização se intensificou com o advento da CF 1988 e a criação do Programa Nacional de Desestatização (PND) pela Lei nº 8.031/1990, que mencionava, expressamente, em seu art. 21, inciso XIII, a competência do Tribunal para apreciar cada processo de alienação no âmbito desse programa (Brasil, 1990).

Posteriormente, outras leis sobre concessões e PPPs também fizeram menção expressa ao exame dessas licitações e contratações por parte da Corte de Contas (TCU, 2024, p. 257-258), a exemplo do art. 32, § 2º, da Lei nº 9.074/1995 (Brasil, 1995b); do art. 18, inciso VIII, da Lei nº 9.491/1997 (Brasil, 1997b); do art. 14, *caput* e § 5º, da Lei 11.079/2004, Lei das PPPs (Brasil, 2004); do art. 6º, *caput* e inciso IV, da Lei 13.334/2016 (Brasil, 2016); dos arts. 8º e 11 da Lei 13.448/2017 (Brasil, 2017). Ademais, o art. 14 da Lei das Agências Reguladoras, Lei nº 13.848/2019 (Brasil, 2019), repisa a competência do Tribunal para realizar o controle externo dessas entidades juntamente com o Congresso Nacional.

Ao longo dos anos, o TCU editou diversas Instruções Normativas (IN) para disciplinar quais informações acerca das desestatizações os gestores públicos deveriam encaminhar previamente à Corte de Contas, de modo que fosse possível analisar e avaliar tanto a legalidade, quanto outros aspectos, como a viabilidade econômico-financeira do empreendimento.

As pioneiras foram as IN TCU nº 7/1994 (TCU, 1994) e 10/1995 (TCU, 1995), que disciplinavam o envio de informações e a sua análise por parte do Tribunal para processos de privatização de empresas estatais e de concessões de serviços públicos, respectivamente. Já a IN TCU nº 27/1998 substituiu esses normativos e abrangia todas as concessões e privatizações, sendo que sua vigência alcançou cerca de vinte anos (TCU, 1998). Ainda foi editada a IN TCU nº 46/2004, que dispunha somente sobre concessões rodoviárias (TCU, 2004).

No que tange às PPPs, em que pese a respectiva lei ter sido editada em 2004, somente em 2007 foram objeto de uma disciplina específica no arcabouço normativo do Tribunal. A IN TCU nº 52/2007 tratava exclusivamente sobre esse processo de análise dos projetos de PPPs pela Corte de Contas, antes do Poder Concedente iniciar sua fase de licitação (TCU, 2007).

O art. 4º da IN TCU nº 52/2007 determinava que o “acompanhamento dos processos de licitação e contratação de Parceria Público-Privada (PPP) será concomitante e realizado em cinco estágios, mediante a análise dos documentos” listados nas alíneas desse artigo (TCU, 2007).

Cada estágio representa uma fase, em que o poder concedente envia estudos técnicos e econômicos, licenças ambientais, orçamentos e cronogramas das obras a serem realizadas, minutas de contratos e editais de licitação, entre outros dados, para que a equipe de auditoria do Tribunal possa efetuar sua análise e emitir sua avaliação técnica. Em seguida o processo é encami-

nhado para apreciação do Ministro Relator e para os demais Ministros do Plenário do TCU.

A partir dessa atuação, o colegiado exara um Acórdão, que pode conter determinações e/ou recomendações relacionadas com aspectos jurídicos, econômicos e/ou técnicos que devem ser corrigidos ou aprimorados, de modo a assegurar que o projeto de PPP esteja em conformidade com a legislação vigente e com sua viabilidade econômico-financeira demonstrada.

Impende ressaltar que o controle externo exercido pelo TCU não se restringe a aspectos de legalidade, no sentido de mero cumprimento formal da legislação aplicável. A Corte de Contas é competente para avaliar outros aspectos, como a legitimidade e a economicidade, previstas expressamente no art. 71, *caput*, da CF 1988, e a eficiência, princípio expresso que rege a Administração Pública nos termos do art. 37, *caput*, da CF 1988.

Nesse contexto, em sua análise dos projetos de PPPs trazidos pelo Poder Executivo, o TCU avaliava todos esses aspectos, sobretudo durante o primeiro estágio do rito da IN TCU nº 52/2007.

Em 2018, foi editada uma nova IN por parte do Tribunal, visando unificar e aprimorar procedimentos de fiscalização de concessões, permissões, privatizações e PPPs. Surgiu a IN TCU nº 81/2018, que ainda está vigente (TCU, 2018).

Conforme o art. 8º, *caput*, da IN TCU nº 81/2018, no prazo de, no mínimo, noventa dias antes da data prevista para publicação do edital de licitação, os documentos e as informações listados nos arts. 3º e 5º da IN TCU nº 81/2018 deveriam ser enviadas pelos gestores públicos ao Tribunal (TCU, 2018):

Art. 3º O Poder Concedente deverá disponibilizar, para a realização do acompanhamento dos processos de desestatização, pelo Tribunal de Contas da União, os estudos de viabilidade e as minutas do instrumento convocatório e respectivos anexos, incluindo minuta contratual e caderno de encargos, já consolidados com os resultados decorrentes de eventuais consultas e audiências públicas realizadas, materializados nos seguintes documentos, quando pertinentes ao caso concreto:

I - deliberação competente para abertura de procedimento licitatório;

II - objeto, área de exploração e prazo do contrato ou do ato administrativo;

III - documentos e planilhas eletrônicas desenvolvidos para avaliação econômico-financeira do empreendimento, inclusive em meio magnético, com fórmulas discriminadas, sem a exigência de senhas de acesso ou qualquer forma de bloqueio aos cálculos, e, quando for o caso, descrição do inter-relacionamento das planilhas apresentadas;

IV - relação de estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados ao objeto a ser licitado, quando houver, com a discriminação dos custos correspondentes;

V - estudo de demanda atualizado e desenvolvido a partir das características do empreendimento a ser licitado;

VI - projeção das receitas operacionais, devidamente fundamentada no estudo de demanda previsto no item anterior;

VII - relação de possíveis fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou decorrentes de projetos associados, bem como a descrição de como serão apropriadas durante a execução do contrato a fim de promover a modicidade tarifária;

VIII - relação das obras e dos investimentos obrigatórios a serem realizados pela delegatária durante a execução do termo de ajuste, acompanhados dos respectivos cronogramas físico-financeiros, bem como das obras e dos investimentos que caberá ao Poder Concedente realizar, se for o caso;

IX - relação de obras e investimentos não obrigatórios, mas que são vinculados ao nível de serviço, acompanhados da estimativa de sua implantação, por meio de cronogramas físico-financeiros sintéticos;

X - orçamento detalhado e atualizado das obras e dos investimentos a serem realizados obrigatoriamente pela delegatária, de forma que os elementos de projeto básico e o nível de atualização dos estudos apresentados permitam a plena caracterização da obra, do investimento ou do serviço;

XI - discriminação fundamentada das despesas e dos custos estimados para a prestação dos serviços;

XII - discriminação das garantias exigidas da delegatária para cumprimento do plano de investimentos do empreendimento, adequadas a cada caso;

XIII - definição da metodologia a ser utilizada para a aferição do equilíbrio econômico-financeiro no primeiro ciclo de revisão do contrato de concessão ou permissão e sua forma de atualização, bem como justificativa para a sua adoção;

XIV - definição da metodologia para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro afetado;

XV - descrição da metodologia a ser utilizada para aferir a qualidade dos serviços prestados pela delegatária, incluindo indicadores, períodos de aferição e outros elementos necessários para definir o nível de serviço;

XVI - obrigações contratuais decorrentes de financiamentos previamente concedidos por organismos ou instituições internacionais que tenham impacto no empreendimento;

XVII - cópia da licença ambiental prévia, das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento ou das condicionantes fixadas pelo órgão ambiental responsável, na forma do regulamento setorial, sempre que o objeto da licitação assim o exigir;

XVIII - relação das medidas mitigadoras e/ou compensatórias dos impactos ao meio ambiente, inclusive do passivo ambiental existente, acompanhada de cronograma físico-financeiro e da indicação do agente responsável pela implementação das referidas medidas;

XIX - discriminação dos custos para adequação do projeto às exigências ou condicionantes do órgão competente de proteção ao meio ambiente;

XX - relatório com manifestação do órgão gestor acerca das questões suscitadas durante a audiência pública sobre os estudos de viabilidade, caso ocorra, e sobre a minuta do instrumento convocatório e anexos;

XXI - estudo contendo descrição exaustiva de todos os elementos que compõem a matriz de repartição de riscos do empreendimento, fundamentando a alocação de cada risco mapeado para cada uma das partes envolvidas no contrato a ser firmado.

Parágrafo Único. O Poder Concedente poderá disponibilizar e/ou o Tribunal de Contas da União poderá solicitar outros documentos que entenda necessário para o complemento das informações tratadas neste artigo. [...]

Art. 5º Quando a desestatização se referir a PPP, serão exigidos, além das informações mencionadas nos incisos constantes do art. 3º, os seguintes documentos:

I - pronunciamento prévio e fundamentado do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (art. 14, §3º, inciso I, da Lei nº 11.079/2004 c/c o art. 8º, §2º, inciso I, do Decreto nº 5.385/2005), ou do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República - CPPPI (art. 7º, inciso I da Lei nº 13.334/2016), conforme o caso, sobre o mérito do projeto;

II - autorização legislativa específica, no caso de concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado seja paga pela Administração Pública (art. 10, § 3º, da Lei nº 11.079/2004);

III - autorização competente para abertura de procedimento licitatório devidamente fundamentada em estudo técnico, em que fique caracterizada a conveniência e a oportunidade da contratação mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de Parceria Público-Privada (art. 10, inciso I, alínea 'a', da Lei nº 11.079/2004);

IV - laudo de viabilidade das garantias emitido pela instituição financeira responsável pela administração do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas (FGP), na forma estabelecida no § 3º do art. 24 do Regulamento do FGP ou na legislação superveniente;

V - estudo contendo descrição exaustiva de todos os elementos que compõem a matriz de repartição de riscos do empreendimento, fundamentando a alocação de cada risco mapeado para cada uma das partes envolvidas no contrato a ser firmado;

VI - estudos de impacto orçamentário-fiscal, que contenham as seguintes informações, entre outras que o gestor do processo julgue necessárias:

a) demonstrativo, acompanhado de memória de cálculo analítica, do impacto da contratação da Parceria Público-Privada sobre as metas de resultado nominal e primário e montante da dívida líquida do Governo Federal, para o ano a que se referirem e para os dois anos seguintes, discriminando valores a serem compensados por meio de aumento permanente de receita ou redução permanente de despesa (art. 10, inciso I, alínea 'b', da Lei nº 11.079/2004 e Anexos da LDO);

b) demonstrativo, acompanhado de memória de cálculo analítica, do impacto da contratação sobre:

1. os limites globais para o montante da dívida consolidada da União;

2. as operações de crédito externo e interno da União, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

3. os limites e as condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno (art. 10, inciso I, alínea 'c', da Lei nº 11.079/2004).

c) demonstrativo, com memória de cálculo analítica, do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de Parceria Público-Privada (art. 10, inciso II, da Lei nº 11.079/2004);

d) declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual (art. 10, inciso III, da Lei nº 11.079/2004);

e) demonstrativo, acompanhado de memória de cálculo analítica por exercício financeiro, que contemple a estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública (art. 10, inciso IV, da Lei nº 11.079/2004);

f) declaração, acompanhada de documentos comprobatórios, de que o objeto da PPP está previsto no plano plurianual em vigor, no âmbito em que o contrato será celebrado (art. 10, inciso V, da Lei nº 11.079/2004);

g) pronunciamento prévio e fundamentado do Ministério da Fazenda, acompanhado de memória de cálculo analítica, de que a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não excedeu, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subseqüentes, inclusive as decorrentes da contratação da parceria em análise, não excederão a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios (art. 22 c/c art. 14, §3º, inciso II, da Lei nº 11.079/2004 e art. 8º, §2º, inciso II, do Decreto nº 5.385/2005).

VII - aprovação do edital da licitação pelo Comitê Gestor de Parceria Público-Privada (CGP) (art. 14, inciso III, da Lei nº 11.079/2004 c/c o art. 3º, inciso III, do Decreto nº 5.385/2005), inclusive em relação às alterações porventura realizadas;

VIII - Termo de Repasse, em caso de PPP das esferas estadual e municipal que utilizem recursos do Orçamento Geral da União (OGU);

IX - os projetos básicos das obras e respectivo cronogramas físico-financeiros, caso seja previsto o aporte de recursos do Orçamento Geral da União, nos termos do art. 6º, §2º da Lei nº 11.079/2004.

Observa-se que a lista é extensa de exigências, sendo que as previstas no art. 5º da IN TCU nº 81/2018 decorrem majoritariamente de dispositivos legais da Lei das PPPs. Ou seja, a obrigação de envio de tais informações e documentos serve para possibilitar o controle da legalidade do projeto de PPP por parte do Tribunal.

Por sua vez, o art. 3º da IN TCU nº 81/2018 requer documentos técnicos, jurídicos e econômicos da futura concessão ou PPP, para que seja avaliada a viabilidade de tal empreendimento e a coerência das respectivas premissas utilizadas para a sua precificação, como as estimativas futuras de demanda e de receitas do serviço público, bem como relações de obras a serem realizadas e ações mitigadoras de impactos ambientais (TCU, 2018).

Faz-se mister esclarecer que, no âmbito de sua atuação no controle externo, não cabe ao TCU se imiscuir no espaço de discricionariedade dos gestores públicos, ou mesmo substituí-los na condução das políticas públicas (Menezes, 2015, p. 161-162; Rocha, 2020).

Tal entendimento também é aplicável às fiscalizações de concessões e de PPPs, consoante jurisprudência pacífica da Corte de Contas, exemplificada no Voto condutor do Acórdão 2.907/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Substituto Marcos Bemquerer (TCU, 2014):

32. Preliminarmente, há que se destacar que o modelo adotado pelo poder concedente nos programas de desestatização representa exercício de atribuições afetas ao gestor público, que não pode ser substituído pelo Tribunal de Contas da União. O TCU, em sua seara de atuação, se limita

a avaliar a legitimidade, a legalidade e a consistência técnica, econômica e operacional dos estudos de viabilidade, como também do processo concorrencial por ele subsidiado.

Em 28 de junho de 2024, o TCU aprovou o Referencial para controle externo de concessões e parcerias público privadas, que sistematiza o conteúdo técnico da “*vasta experiência do Controle Externo de mais de três décadas de acompanhamento de desestatizações em diversos setores*”, bem como reflete o “*aprimoramento das técnicas e metodologias de auditoria e fiscalização*” (TCU, 2024, p. 14). Tal referencial destina-se a ser um guia não somente para a Corte de Contas Federal, mas também para outros Tribunais de Contas no Brasil e para outras instituições congêneres em outros países (TCU, 2024, p. 17).

Esse documento baseia-se na metodologia do Modelo das Cinco Dimensões (M5D), que é uma adaptação do *Five Case Model*, que é considerada uma das melhores práticas internacionais para estruturação de projetos de infraestrutura (TCU, 2024, p. 20).

Nesse modelo, há uma pergunta a ser respondida em cada uma das dimensões, sendo elas a estratégica, econômica, comercial, financeira e gerencial (TCU, 2024, p. 21):

- a) estratégica: “o projeto é estrategicamente necessário?”;
- b) econômica: “o projeto apresenta relação de custo-benefício positiva para a sociedade?”;
- c) comercial: “o projeto possui o modelo de contratação mais adequado?”;
- d) financeira: “o projeto pode ser custeado?”;
- e) gerencial: “o projeto pode ser entregue na prática?”.

Assim, a atuação do controle externo na fiscalização dos processos de desestatizações destina-se a averiguar se os documentos encaminhados pelos gestores públicos são capazes de assegurar uma resposta afirmativa para todas essas questões.

3.4 PERSPECTIVA DA AED NA FISCALIZAÇÃO DO TCU NAS PPPS

Na elaboração de projetos, na licitação e na contratação de PPPs, sob o prisma do Direito Administrativo, as leis editadas pelo Congresso Nacional e as respectivas normas regulamentadoras do TCU devem ser observadas pelos gestores públicos em sua atuação. Não obstante, à luz da AED, pode-se analisar quais são os incentivos que tais legislações implicam para os gestores públicos.

Inicialmente, cabe apontar que o objetivo da fiscalização da Corte de Contas sobre as fases de modelagem e de licitação e contratação das PPPs é verificar a sua conformidade com o ordenamento jurídico, bem como contribuir para o aprimoramento desses projetos e dos procedimentos da Administração Pública.

Nesse sentido, por exemplo, a exigência de documentos detalhados acerca de aspectos econômicos dos projetos de PPPs, com a consequente ciência de que tais planilhas e documentos serão auditados pelo Tribunal, representa um incentivo para que os gestores elaborem estudos econômicos robustos e realistas.

Registre-se que, em sua maioria, os projetos de PPPs, assim como as concessões, são modelados economicamente com base no Fluxo de Caixa Descontado. Essa metodologia de cálculo requer a *“projeção de investimentos, custos, despesas e receitas do projeto ao longo do seu termo contratual, descontando a valor presente o fluxo de caixa gerado em cada período, que somados representam o Valor Presente Líquido (VPL) do projeto”* (TCU, 2024, p. 174).

Assim, existem diversas premissas que necessitam ser escolhidas, com motivação técnica e jurídica, e que impactam diretamente os resultados dessa modelagem econômica. Isso porque a opção por premissas não condizentes com a realidade do mercado termina por gerar prejuízos: *“ao poder concedente, em função de uma subavaliação dos valores de outorga ou uma sobreavaliação da contraprestação pública”*; *“aos usuários, ao estabelecer uma tarifa acima da necessária”*; e *“ao agente privado, que poderá firmar um contrato inexecutável ou não se sentir atraído a participar do certame”* (TCU, 2024, p. 176-177).

Cabe destacar que, historicamente e por diversos motivos para além do escopo do presente artigo, a União Federal não tem optado por realizar projetos de PPPs, dando preferência a outros tipos de parcerias, incluindo o financiamento parcial de PPPs estaduais e/ou municipais.

Não obstante, o primeiro processo de projeto de PPP executado integralmente por entidades federais, que foi analisado pelo Tribunal, foi o Complexo Datacenter do Banco do Brasil S.A. e da Caixa Econômica Federal. Esse projeto foi apresentado ao Comitê Gestor das Parcerias Público-Privadas (CGP) em 16/08/2006, tendo sido aprovado em 27/12/2006. No âmbito do TCU, seus documentos foram analisados no processo TC 009.044/2006-0, apreciado pelo Acórdão 1.413/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler (TCU, 2008).

Na época, ao avaliar as planilhas e os estudos enviados pelas empresas estatais, as unidades técnicas da Corte de Contas apontaram, respeitados os limites da discricionariedade dos gestores na escolha de outros aspectos do projeto de PPP, alguns pontos que, posteriormente, foram corrigidos pelas empresas.

Registre-se que uma das unidades técnicas do TCU chegou a ressaltar que algumas premissas não refletiam a situação de mercado, o que podia

impactar negativamente a viabilidade econômica do contrato de PPP para o parceiro privado, conforme descrito no relatório do referido acórdão (TCU, 2008):

12. [...]

g) (...)

- os índices de correção inflacionária (IGP-DI) e de desconto a valor presente (SELIC) utilizados nos cálculos favorecem a obtenção de um valor presente acumulado de custos de construção, manutenção, conservação e modernização inferior àquele que deve ser obtido pelos licitantes nas suas próprias projeções de custos. Como esse valor serve de referência interna para o julgamento do processo licitatório, esses índices atuam a favor de um contrato mais favorável ao BB e à CEF [...].

Após a manifestação de que não havia óbice legais para prosseguir com o projeto de PPP, a fase de licitação foi realizada, porém não teve sucesso e todas as propostas foram desclassificadas, consoante exposto no Voto do Ministro Relator (TCU, 2008):

Trata-se do acompanhamento da celebração de Parceria Público-Privada - PPP, na modalidade concessão administrativa, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei nº 11.079/2004, destinada à implantação do Complexo Datacenter, por um prazo de 25 anos, para abrigar a infraestrutura de Tecnologia da Informação (TI) da Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil S.A., incluindo todos os serviços condominiais (operação e manutenção da infraestrutura predial, vigilância, brigada de incêndio, limpeza e respectivos insumos, além de toda a estrutura administrativa predial, como recepção, portaria etc.) necessários ao perfeito funcionamento desse Complexo.

2. A implantação do Complexo Datacenter visa:

a) garantir a continuidade dos negócios do Banco do Brasil S.A. e da Caixa Econômica Federal, mesmo em caso de desastres que afetem os equipamentos de informática;

b) permitir a expansão da infraestrutura de TI, a partir de 2008, que é necessária para viabilizar o crescimento dos negócios e a incorporação das inovações bancárias;

c) reduzir os riscos operacionais e, por via de consequência, conferir maior aderência a normativos que regem o mercado financeiro internacional, tais como o Acordo de Basileia II e a Lei Norte-Americana Sarbanes Oxley;

d) cumprir determinações do Banco Central do Brasil.

3. Dada a relevância do empreendimento e a materialidade dos recursos envolvidos, o edital desta licitação foi examinado, no âmbito do TCU, pelas Secretarias de Fiscalização de Desestatização - Sefid, de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União - Secob, de Macroavaliação Governamental - Semag e de Fiscalização de Tecnologia da Informação - Sefti, sob a coordenação da primeira.

4. Ressalto que diversas questões levantadas por essas unidades técnicas foram consideradas pelo Banco do Brasil e pela Caixa Econômica Federal, tendo acarretado a implementação de mudanças no edital em tela.

5. Ocorre que, quando da realização da licitação sob comento, foram apresentadas três propostas financeiras, todas desclassificadas por superarem o valor máximo fixado pelo Banco do Brasil e pela Caixa Econômica Federal. Diante disso, os responsáveis pelo certame licitatório convocaram os licitantes para apresentarem novas propostas, as quais foram ofertadas em valores ainda superiores ao valor limite estabelecido para essa licitação. Por via de consequência, a licitação foi encerrada, sem que houvesse um vencedor, com base no artigo 48, II, da Lei nº 8.666/1993.

6. Em consonância com a proposta formulada pela unidade técnica, entendendo que este processo deve ser encerrado. Até porque, caso o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal realizem nova licitação com o mesmo objeto, esta Corte de Contas deverá acompanhar esse procedimento desde o início, por meio da autuação de um novo processo.

Em face dessa situação, conforme apontado pela TCU (2009), tais instituições financeiras analisaram as premissas e entenderam pela incompatibilidade com o mercado, já que foi baseado “*em custos internos, entre eles: os riscos de atraso, os custos de equipes de fiscalização, despesas com processos licitatórios e a margem de incerteza do orçamento estimado*” (TCU, 2009).

Por isso, as empresas ajustaram tais pontos na modelagem e reenviaram os estudos para análise do TCU, no âmbito do TC 026.755/2008-7. Da mesma forma, novos ajustes e correções foram determinadas pelo Plenário do Tribunal, no Acórdão 851/2009-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro (TCU, 2009), os quais foram atendidos pelos gestores (TCU, 2011).

Dessa vez, a licitação foi concluída com a contratação do parceiro privado e o Tribunal prosseguiu com o acompanhamento das demais fases então previstas na IN TCU 52-2007. Inclusive, em auditoria realizada em 2011, no TC 027.147/2010-0, e apreciada no Acórdão 1.343/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Valmir Campelo, o Tribunal constatou que o contrato estava sendo adimplido a contento, com a execução das obras seguindo os cronogramas sem atrasos significativos (TCU, 2011).

Nota-se que a atuação do TCU contribuiu com o aprimoramento do projeto de PPP, embora não tenha sido capaz de evitar que a primeira lici-

tação não tenha tido sucesso. Ademais, um projeto de PPP mais robusto e consistente implica em licitações e contratações melhores, o que é ainda mais relevante no caso das PPPs porque seus contratos duram décadas.

Adicionalmente, aspectos apontados desde a primeira análise acabaram sendo incorporados ao projeto, o que também colaborou para o sucesso da segunda licitação.

Registre-se que, durante todo o processo de avaliação dos documentos enviados pelos gestores, há um espaço de diálogo institucional entre as equipes técnicas das entidades envolvidas e do Tribunal, de modo que diversos aspectos e premissas puderam ser abordados em prol da correção de falhas, do saneamento de fragilidades e melhoria do projeto como um todo.

Nesse cenário, vislumbra-se que a análise da Corte de Contas atua como incentivadora refletindo sobre todo o projeto e seus possíveis pontos de aprimoramento, o que permite que os próprios órgãos ou entidades licitantes façam outras alterações no projeto além do que é determinado pelo Tribunal em sua atuação de controle externo.

Inclusive, esse fenômeno, em que a atuação do TCU gera benefícios, apesar de não ser facilmente percebíveis pela sociedade e pelos entes privados, já foi identificado em um contexto semelhante. Em trabalho científico que avaliou 292 (duzentas e noventa e duas) decisões do TCU com o intuito de analisar o impacto do controle externo do TCU sobre a atividade das agências reguladoras (Rocha, 2020), a pesquisadora revelou que, em muitos casos, “*o aperfeiçoamento das regras regulatórias, em decorrência da atuação do TCU, passa despercebido pela sociedade*” (Menezes, 2015, p. 230-231).

Outro benefício indireto do histórico de fiscalizações do TCU sobre concessões e PPPs pode ser observado no fato de que os agentes privados dos mercados de infraestrutura têm atribuído cada vez mais importância para as análises realizadas pelo Tribunal antes das licitações dessas concessões e PPPs.

Nesse sentido (TCU, 2024, p. 14):

[...] as análises das desestatizações pelo Tribunal, para além de instrumento de aumento da transparência da ação estatal e fortalecimento da segurança jurídica dos projetos, tem sido utilizada pelo mercado para assegurar a credibilidade da consistência das análises realizadas em privatizações e a saúde dos projetos estatais para a obtenção de recursos junto a instituições financeiras públicas e privadas, organismos multilaterais de financiamento e mercado de capitais.

Deste modo, sob à luz da AED, percebe-se que a atuação da Corte de Contas representa um incentivo para a elaboração de melhores projetos de PPPs, que resultam em melhores licitações e contratos.

Isso porque as normas editadas pelo TCU exigem o envio de documentos e estudos que contribuem com a elaboração de projetos mais robustos e

consistentes, reduzindo as chances de licitações desertas e fracassadas, bem como estabelecem um procedimento de análise que permite um diálogo institucional entre órgãos licitantes e o Tribunal, em prol do aprimoramento desses projetos. Este cenário contribui para um procedimento mais transparente e amistoso gerando incentivos positivos para outros projetos.

3.5 CONCLUSÃO

A AED revela-se uma ferramenta cada vez mais essencial no contexto do controle externo, especialmente quando aplicada às fiscalizações realizadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em projetos de parcerias público-privadas (PPPs). Ao incorporar conceitos e ferramentas econômicas à análise jurídica, a AED permite uma compreensão mais aprofundada dos fenômenos jurídicos e dos impactos das normas sobre o comportamento dos agentes públicos.

O presente estudo demonstrou que, embora haja um número limitado de PPPs realizadas exclusivamente por órgãos e entidades federais, a atuação regulamentadora e fiscalizadora do TCU tem contribuído significativamente para o aprimoramento dos projetos de PPPs no âmbito federal. Através de diretrizes claras e procedimentos rigorosos, o Tribunal incentiva os gestores públicos a adotarem práticas mais transparentes, comunicativas e eficientes, o que resulta em licitações e contratações de maior qualidade e eficácia.

A Corte de Contas desempenha, portanto, um papel fundamental como indutora de boas práticas e de incentivos positivos, alinhados aos princípios da AED. Sua intervenção promove não apenas a melhoria dos processos administrativos, mas também assegura que os projetos de PPPs atendam aos interesses públicos de forma mais eficaz, gerando benefícios para a sociedade como um todo.

Adicionalmente, espera-se que a disseminação da metodologia de trabalho adotada pelo TCU, conforme o referencial aprovado em 2024, possa estender os benefícios desse controle externo para os âmbitos estadual e municipal. A uniformização de procedimentos e a adoção de práticas baseadas na AED por outras esferas de governo têm o potencial de ampliar os impactos positivos na gestão de PPPs em todo o país.

Em suma, a aplicação da AED no controle externo realizado pelo TCU não apenas aprimora a fiscalização de projetos de PPPs, mas também fortalece a eficiência e a eficácia da administração pública. Recomenda-se, portanto, a continuidade e o aprofundamento dessa abordagem, bem como a realização de pesquisas futuras que investiguem seu impacto em outras áreas de atuação governamental.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei 13.448, de 5 de junho de 2017**. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.
- BRASIL. **Lei 13.848, de 25 de junho de 2019**. Lei Geral das Agências Reguladoras. Brasília, DF: Presidência da República. 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.
- BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República. 2004. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.
- BRASIL. **Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016**. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. 2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13334.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.
- BRASIL. **Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990**. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8031.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.
- BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. 1995a. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.
- BRASIL. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. 1995b. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.
- BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Lei Geral das Telecomunicações (LGT). Brasília, DF: Presidência da República. 1997a. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9472.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.
- BRASIL. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997**. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de

12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. 1997b. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.

BRASÍLIA, DF: Presidência da República. 2017. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13448.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6 ed. Boston: Addison-Wesley, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Edição digital.

MATTOS, César. **Análise Econômica do Direito**. 2014. Disponível em: <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/apostilas/1-seae-analise-economica-direito.pdf>>. Acesso em 12 de setembro de 2024.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MENDES, Marcos. **Por que a intervenção do governo pode gerar prejuízos à sociedade? Brasil, Economia e Governo**. 2011. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/05/05/por-que-a-intervencao-do-governo-podegerar-prejuizos-a-sociedade/>>. Acesso em 8 de setembro de 2024.

MENEGUIN, Fernando B.; SILVA, Rafael Silveira e (org.). **Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas. 2017. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/535244>>. Acesso em: 8 de setembro de 2024.

MENEZES, Monique. **Autonomia e Controle das Agências Reguladoras: o papel do Tribunal de Contas da União no arranjo regulatório brasileiro**. Curitiba: Ithala, 2015; Teresina: Edufpi, 2015.

RIBEIRO, Henrique Marques. **A avaliação de impacto legislativo como instrumento de equilíbrio do pacto federativo**. In: Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas. 2017. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/535244>>. Acesso em: 8 de setembro de 2024.

ROCHA, Heloisa Rodrigues da. Limites do controle do TCU sobre os atos discricionários das agências reguladoras. **Revista Digital de Direito Administrativo**. V. 7, n. 2, jul 2020, pp. 37-59.

ROSSI, Licínia. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Edição digital.

- SÁ, Luís Felipe Vellozo Nogueira de; DETONI, Robert Luther Salviato. **Ruy Barbosa levado a valor futuro: por um Controle Externo disruptivo na construção do Estado 4.0.** In: Coimbra, Wilber Carlos dos Santos; Oliveira Filho, Raimundo (orgs). O estado do bem-estar social, os Tribunais de Contas e a boa governança pública. Porto Velho: TCE-RO, 2019.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia: micro, macro e desenvolvimento.** Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017.
- TABAK, Benjamin Miranda. A Análise econômica do direito. Proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa.** Ano 52 Número 205 jan./mar. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p321.pdf>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.
- TIMM, Luciano B. (org). **Direito e Economia no Brasil.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão 1.343/2011-TCU-Plenário.** Julgado na Sessão Plenária de 25 de maio de 2011. Relator: Ministro Valmir Campelo. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-1181736>>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão 1.413/2008-TCU-Plenário.** Julgado na Sessão Plenária de 23 de julho de 2008. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-36380>>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão 2.907/2014-TCU-Plenário.** Julgado na Sessão Plenária de 29 de outubro de 2014. Relator: Ministro Substituto Marcos Bemquerer. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-1321160>>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão 851/2009-TCU-Plenário.** Julgado na Sessão Plenária de 29 de abril de 2009. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-1127541>>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Instrução Normativa nº 10/1995.** Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/norma/NORMA-20426>>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Instrução Normativa nº 27/1998.** Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/norma/NORMA-20443>>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.

- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Instrução Normativa nº 46/2004**. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/norma/NORMA-20182>>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Instrução Normativa nº 52/2007**. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/norma/NORMA-20188>>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Instrução Normativa nº 7/1994**. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/norma/NORMA-20423>>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Instrução Normativa nº 81/2018**. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/norma/NORMA-20796>>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Referencial para controle externo de concessões e parcerias público privadas**. Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo, 2024.



4

PERSPECTIVAS INOVADORAS DOS CONTRATOS E DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO NAS PARCERIAS PÚBLICO- PRIVADAS (PPPS)

*Maria da Glória Costa Gonçalves
de Sousa Aquino⁹⁸
Pablo Henrique de Oliveira⁹⁹
Victor Fontão Rebelo¹⁰⁰*

I INTRODUÇÃO

A parceria público-privada, denominada PPP, é uma modalidade de contrato de concessão instituída no Brasil pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004,

98 Advogada. Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Doutora em Direito Processual Civil pela Universidade de Salamanca (USAL). Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Investigadora no Centro de Investigação em Justiça e Governação, vinculado a Faculdade de Direito da Universidade do Minho/Portugal (JusGov). Investigadora do Grupo de Estudos de Direitos Humanos e Biodiversidade (GEDH-Bio – UFMA), do Grupo de Pesquisa Cultura, Direito & Sociedade (UFMA).

99 Advogado no Escritório Machado Mendes, em Belo Horizonte/MG.

100 Advogado no Escritório Machado Mendes, em Belo Horizonte/MG.

no âmbito da Administração Pública - União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Tal lei rege as licitações e regulamenta as contratações de parceria entre o setor público e privado em todo o país.

Além das disposições da Lei n° 11.079, de 2004, aplicam-se subsidiariamente à parceria público-privada as regras ínsitas à Lei n° 8.987, de 1995 (Lei das Concessões), e adicionalmente, apenas na modalidade concessão administrativa, o disposto nos artigos 21, 23, 25 e 27 a 39, da Lei n° 8.987, de 1995, e no artigo 31, da Lei n° 9.074, de 1995.

O presente capítulo pretende traçar um histórico das PPPs, além de abordar alguns aspectos conceituais, a concessão dos serviços públicos, a relação contratual e os custos de transação inerentes ao respectivo instituto.

De início, há de se destacar que o artigo 2º, da Lei n° 11.079/2004 elenca duas formas possíveis de parcerias público-privadas: a **concessão patrocinada**, delimitada como sendo a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, que, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, admite a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; e a **concessão administrativa**, configurada como sendo a prestação de serviços em que a administração pública é usuária direta ou indireta e não há tarifa a ser exigida.

São exemplos de parceria público-privada: iluminação, saneamento básico, transporte público, institutos culturais, centros culturais e museus, estradas e rodovias, aeroportos, hospitais, penitenciárias, dentre outros.

No Brasil, os Estados podem elaborar suas próprias leis de PPPs, sendo que para a celebração das PPPs deve-se observar o valor mínimo de R\$10 (dez) milhões de reais. Essa limitação financeira visa afastar a possibilidade de que serviços de baixo valor contratual, nos moldes estabelecidos pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.º 8.666/1993) sejam contratados na modalidade de PPP.

Especificamente, as Parcerias Público-Privadas (PPP) são arranjos colaborativos celebrados entre governos e entes privados visando a busca de maior eficiência na entrega de serviços públicos.

Ver-se-á que a utilização cada vez mais frequente de PPPs pode enfrentar custos de transação que prejudiquem seus resultados sociais e financeiros.

Lado outro, evidenciar-se-á que as PPPs se tornaram uma grande ferramenta do Estado no sentido de garantir à sociedade serviços essenciais de qualidade, sobretudo, porque um contrato de PPP bem elaborado é fundamental, para que a parte responsável por uma parcela de risco tenha melhores condições de gerenciar, bem como para a fiscalização pelo poder público.

4.1 DO HISTÓRICO E DA CONCEITUAÇÃO DAS PPPS

As parcerias público-privadas configuram contrato administrativo de concessão que tem por objeto: (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, com ou sem a execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público. (DI PIETRO, 2013, p. 353)

Muitos países adotaram programas de PPP atraídos pela possibilidade de se diluir no tempo o montante de recursos necessários para viabilizar investimentos, permitindo a realização simultânea de um maior número de projetos. Em alguns casos, a conta não demorou a chegar. Portugal, por exemplo, enfrenta atualmente sérios problemas para honrar os compromissos de PPP resultantes dos contratos de rodovias em pedágio-sombra¹⁰¹. (BRITO; SILVEIRA, 2005, p. 10)

Quanto às origens, podemos afirmar que as parcerias público-privadas não são instrumentos novos no Brasil, mas antes eram específicas para determinadas áreas, e não se utilizava estes termos, pois foi D. Pedro II (1840-1889) quem deu abertura para tal processo denominado de “concessão” na área de infraestrutura do País. Em 1835, conforme publicação do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, o Governo Imperial estabeleceu na Lei n.º 101, um modelo “concessório”; oferecendo determinadas vantagens às empresas que se comprometessem a construir estradas de ferro, porém isto não conseguiu despertar o interesse empresarial, porque não consideravam um negócio lucrativo, que pudesse compensar seus investimentos (SANTOS, 2017, p. 10).

Diante disso, constatamos que não se tratava especificamente de parcerias público-privadas, mas sim de parcerias concessórias, nas quais o governo imperial oferecia determinadas vantagens às empresas que se comprometessem a construir estradas de ferro no país. Contudo, ainda com base nesse estudo, o modelo concessório não atraía os empresários, pois eles não consideravam esse tipo de negócio lucrativo. Diante desse descontentamento por parte dos empresários, o governo à época promulgou a Lei n.º 641/1852 como um novo modelo de concessão, o qual ampliava as vantagens

101 O pedágio-sombra (tradução livre do termo inglês *shadow-toll*) é um mecanismo de pagamento em que o poder público remunera integralmente o concessionário com base no tráfego real. Concebido nos primeiros contratos de rodovias no Reino Unido, foi adotado em Portugal no programa de concessões SCUT (Sem Cobrança ao Utilizador). O governo português estima, para 2005, um compromisso de pagamento com tais contratos da ordem de 500 milhões de euros, o que representa a totalidade do orçamento do Instituto das Estradas de Portugal (IEP). Está em curso um processo de renegociação desses contratos para que se institua a cobrança de pedágio real (CARDOSO, 2004, s/p).

para o empresariado, a exemplo das isenções de impostos de importação de material ferroviário, do direito de fazer desapropriações, de explorar terras devolutas, entre outras ações (BRASIL, 1852). Apesar disso, tais concessões ainda eram bem limitadas e muitos empresários não aderiam às propostas concessionárias daquela época. (CAMPOS; DAMASCENO, 2020, p. 05)

Desde os tempos de colônia, passando pelo Império, as ordens e irmandades religiosas cuidam de assistência social, cemitérios, orfanatos e educação, recebendo dotações de cofres públicos e contribuições privadas. (PASIN; BORGES, 2003, p. 179)

Novos modelos de gestão pública, incluindo arranjos de colaboração entre o poder público e privado, começaram a surgir a partir da década de 1980, como forma de alternativa à política de serviços fornecidos e controlados pelo Estado.

As ações resultantes da relação entre a esfera pública e a privada remontam à história de nosso país, ao longo da qual existiam desde o período do império, com a nomenclatura de concessões. Com o passar dos anos e por “necessidade” do Estado, essas ações foram se ampliando a ponto de o país sentir necessidade de regulamentar tais ações no território brasileiro. Essa regulamentação se fortaleceu, sobretudo, desde a década de 1990 até os dias de hoje, com a então reforma do Estado idealizada por meio do Plano Diretor de Reforma do Aparelho Estatal (PEDRAE), aprovado e implementado no governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC). Essa reforma proposta pelo FHC acabou implantando um novo modelo de Estado que tinha como prerrogativa resolver a situação de crise em que o país se encontrava. A partir dessa reforma, houve a promulgação de Leis, Decretos, Emendas e demais documentos jurídicos que passaram a assegurar, garantir, legitimar as relações entre o setor público e o privado, denominando-as Parcerias Público-Privadas. (CAMPOS, DAMASCENO, 2020, p. 08)

A adoção das PPPs no Brasil começou a ganhar forma no final da década de 1990 e início dos anos 2000, durante um período de reestruturação econômica e administrativa do país. A necessidade de modernizar a infraestrutura e melhorar os serviços públicos, juntamente com restrições fiscais, incentivou o governo a buscar novas formas de financiamento e gestão. (LEITÃO, 2024, p. 01)

O Estado pioneiro a legislar sobre as PPPs foi Minas Gerais, mediante a Lei n.º 14.686, de 16 de dezembro de 2003, seguido por Santa Catarina (Lei n.º 12.930, de 04 de fevereiro de 2004), São Paulo (Lei n.º 11.688, de 19 de maio de 2004), Goiás (Lei n.º 14.910, de 11 de agosto de 2004) e Bahia (Lei n.º 9.290, de 27 de dezembro de 2004).

A discussão sobre a adoção de um programa de parcerias no Brasil, por sua vez, começou em 2002, mas foi somente em dezembro de 2004 que a Lei de PPP – Lei n.º 11.079/ 2004 – foi aprovada.

Com a edição de Lei nº 11.079, de 2004, o rol de contratos administrativos foi ampliado para além dos contratos comuns de obras, serviços, compras e alienações regidos pela Lei nº 8.666, de 1993, e dos contratos de permissão e concessão de serviço público disciplinados pela Lei nº 8.987, de 1995.

A partir da Lei Federal, que definiu o marco regulatório nacional das PPPs, a maioria dos estados e de alguns municípios também legislou sobre o tema. As premissas básicas que um contrato deve respeitar para enquadrar-se em um padrão de PPP determinam que: (1) o contrato envolva a realização dos projetos de construção, financiamento, operação e transferência de bens ao poder público; (2) a duração do contrato varie entre 5 (cinco) e 35 (trinta e cinco) anos e o seu valor seja superior a R\$ 20 milhões¹⁰²; (3) a possibilidade de complementar a arrecadação da tarifa com contraprestação pública; (4) o pagamento público condicionado à efetiva prestação do serviço e ao desempenho do parceiro privado; (6) o pagamento público garantido por seguro ou garantias emitidas por fundo garantidor (Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004). (THAMER, 2015, p. 825)

Desde o advento da Lei nº 11.079/2004, outros Estados criaram leis versando sobre as PPPs.

A primeira PPP (concessão patrocinada) assinada no Brasil foi o projeto para exploração da operação dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 - Amarela do Metrô de São Paulo, cujo percurso abrange desde a Estação da Luz até Taboão da Serra, com um valor de R\$ 790 milhões, entre a Companhia do Metropolitano de São Paulo - METRÔ do Estado de São Paulo e a Concessionária da Linha 4 do Metrô de São Paulo S.A. (ViaQuatro). (MATTOS; MAFFIA, 2015, p. 17)

O projeto da Linha 4 do Metrô de São Paulo exemplifica muitas das características que devem existir nas PPPs, incluindo financiamento privado, compartilhamento de riscos, transparência de tecnologia e inovação, além de remuneração por desempenho.

A Constituição de 1988 introduziu avanços formais, buscou corrigir desigualdades e ampliou direitos, proporcionando a perspectiva de rompimento do perfil que predominava na Administração Pública e a ampliação dos direitos sociais.

Nos contratos de PPP, a eficiência advém da possibilidade de integrar elaboração de projeto, construção e operação de infraestruturas em um único agente, o que gera incentivos não só para a otimização de custos em uma lógica de ciclo de vida do projeto, mas, sobretudo, para uma melhor qualida-

102A Lei nº 13.529/2017 alterou a redação da Lei nº 11.079/2004, **reduzindo de 20 para 10 milhões de reais** o valor mínimo do contrato para que sejam celebradas Parcerias Público-Privadas (PPP).

A justificativa para alteração do valor mínimo foi porque o alto valor antes definido, dificultava, por exemplo, que municípios de pequeno porte desenvolvessem projetos importantes com ajuda da iniciativa privada.

de na prestação do serviço, sem prejuízo da dimensão estratégica do planejamento da política pública. Desta forma, o governo delega ao setor privado aspectos tipicamente mercantis do empreendimento, mantendo suas prerrogativas de planejamento, monitoramento e regulamentação. O aspecto fundamental na obtenção dos ganhos de eficiência é a adequada alocação de riscos entre os setores público e privado. (BRITO; SILVEIRA, 2005, p. 11)

Urge ressaltar a PPP no setor de saneamento básico em Minas Gerais, pois melhorou substancialmente os serviços públicos essenciais, além de envolver múltiplos *stakeholders*¹⁰³ com o intuito de garantir a sustentabilidade a longo prazo.

As parcerias público-privadas têm sido adotadas com sucesso em diversos ordenamentos jurídicos de outros países, como os de Portugal, Espanha, Inglaterra e Irlanda e apresentam como justificativa dois pontos fundamentais, sobretudo em relação aos países ainda em desenvolvimento: *a falta de disponibilidade de recursos financeiros e a eficiência da gestão do setor privado*. Por outro lado, são instrumentos adequados para investimentos no setor privado, além de servirem para importantes ações de infraestrutura. (NÓBREGA, 2011, p. 60)

Em se tratando de PPPs, são necessários monitoramento contínuo, ações conjuntas, divisão de riscos, responsabilidades entre as partes, formas híbridas de cooperação e governança, a fim de solucionar os problemas inerentes a tal relação contratual público-privada.

4.2 A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

As parcerias público-privadas se diferenciam das concessões de serviços públicos, dos termos de parceria e dos contratos de gestão:

As *parcerias público-privadas* são indicadas para o desenvolvimento de atividades relacionadas à prestação de serviços públicos que requeiram a realização de investimentos em infraestrutura básica – execução de obras ou instalação de bens. Se os serviços a serem prestados pelo ‘parceiro privado’ apresentarem viabilidade de exploração como atividades empresariais, em que a tarifa paga pelo usuário seja suficiente para remunerar os serviços e as obras eventualmente executadas, deve ser utilizado o sistema de *concessão ou de permissão de serviços públicos* disciplinado pela Lei nº 8.987/95. Se a prestação do serviço não puder ser remunerada por meio de tarifa paga pelo usuário, se ela não for autossustentável,

103 Stakeholders são indivíduos ou organizações que são afetados ou afetam o desenvolvimento do projeto de PPP, envolvem níveis diferentes de governo, instituições financeiras, investidores privados e sociedade civil. Os *stakeholders* em PPPs podem ser segmentados de acordo com atributos que definem o seu relacionamento com o projeto em questão. As principais características que regem essas interações são o poder, a legitimidade e a urgência das demandas e quando esses três atributos estão presentes simultaneamente, os stakeholders são classificados como definitivos e suas demandas ganham prioridade. (MITCHELL *et al.*, 1997, p. 134).

quer em razão da sua natureza – construção e/ou manutenção de prisões, hospitais, escolas, etc. – quer em razão da baixa lucratividade do empreendimento – construção e/ou manutenção de estradas, de ferrovias, de portos, de pontes, de usinas hidrelétricas que não possam ser pagas ou remuneradas exclusivamente por meio de tarifas, e que demandem o aporte de recursos públicos, devem ser utilizadas as parcerias público-privadas. Se, ao contrário, os serviços a serem prestados estiverem relacionados a programas na área social, ambiental, científica, **devem ser utilizados os convênios, os termos de parceria ou os contratos de gestão**. Serão as particularidades e o nível de envolvimento do parceiro privado que indicarão, dentre esses três instrumentos – convênios, termos de parceria ou contrato de gestão – o mais indicado ao caso concreto. É importante observar que esses três instrumentos não se destinam à execução de obras ou à instalação de bens de infraestrutura. Para esse fim, devem ser utilizadas as concessões ou permissões de serviço público ou as parcerias público-privadas. (FURTADO, 2013, p. 279)

Assim, as parcerias público-privadas com termos de parceria, contratos de gestão ou um simples contrato de prestação de serviços regido pela Lei nº 8.666, de 1993, pressupõem, entre outras, a disponibilidade orçamentária e financeira imediata por parte do poder público.

As características principais de uma PPP são: agilidade, transparência, eficiência, controle, fiscalização e longo prazo.

Os principais benefícios da PPP são:

- melhor custo-benefício para os cofres públicos;
- agilidade e eficiência no início da prestação de serviços;
- atendimento de demandas amplas e específicas da população;
- possibilidade de contar com capital privado para fortalecimento da gestão pública;
- maior índice de empregabilidade e movimentação da economia.

Lado outro, há os que criticam as PPPs, sob o argumento de que constituem uma nova forma de privatização e terceirização dos serviços públicos, além de sustentarem aumento de preços ao consumidor.

O contrato de concessão especial de serviços abarca duas modalidades: a **concessão patrocinada** e a **concessão administrativa**.

As *concessões patrocinadas* estão sujeitas à aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral das Concessões), que regulamenta as concessões comuns dos serviços públicos e outras leis atinentes.

No que tange às *concessões administrativas*, a Lei nº 11.079/2004 determinou aplicação suplementar de alguns dispositivos da Lei nº 9.074/1995 e da Lei nº 9.074/1995.

Por meio da *concessão patrocinada*, a prestação de um serviço público é delegada a um particular, o qual assumirá o seu desempenho perante os

usuários, de acordo com a disciplina já consagrada para a concessão comum. Isso significa o seu enquadramento como um contrato administrativo em sentido restrito, compreendendo a atribuição de competências extraordinárias para a Administração Pública e a proteção da equação econômico-financeira da avença (JUSTEN FILHO, 2015, p. 830).

A *concessão patrocinada* se caracteriza pelo fato de o concessionário perceber recursos de duas fontes, uma decorrente do pagamento das respectivas tarifas pelos usuários, e outra, de caráter adicional, oriunda de contraprestação pecuniária devida pelo poder concedente ao particular contratado (art. 2º, parágrafo 1º) (CARVALHO FILHO, 2013, p. 429).

Desse modo, na concessão patrocinada, o poder público concedente se responsabiliza parcialmente pela remuneração devida ao concessionário.

Na hipótese de *concessão patrocinada*, o risco não é totalmente eliminado, mas se processa o seu compartilhamento entre o Estado, a sociedade e um particular contratado. Lembre-se que uma concessão comum, em que se verifique colaboração eventual do poder concedente para a manutenção do empreendimento ou a recomposição da equação econômico-financeira do contrato, não se transforma em concessão patrocinada. O ponto diferencial reside em que a concessão patrocinada envolve remuneração contínua e sistemática do poder concedente, com cunho de permanência ao longo da existência do contrato (JUSTEN FILHO, 2015, p. 831).

Desse modo, na *concessão patrocinada*¹⁰⁴ é necessário que o poder público complete a remuneração do parceiro privado por meio de subsídios regulares, ou seja, as contraprestações do governo.

A segunda modalidade é a *concessão administrativa*¹⁰⁵, assim considerada a prestação de serviço “*de que a Administração Pública seja usuária direta e indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens*” (art. 2º, parágrafo 2º). Diversamente do que ocorre com a concessão patrocinada, a concessão administrativa não comporta remuneração pelo sistema de tarifas a cargo dos usuários, eis que o pagamento da obra ou serviço é efetuado diretamente pela concedente. Poderão os recursos para pagamento,

104 Se uma empresa tiver intenção de concessionar uma rodovia, mas avaliar que a cobrança de pedágios não será suficiente para cobrir os custos do investimento, é possível ingressar nesse *business* via PPP patrocinada. Nesse caso, diferentemente da concessão comum, será acordado em contrato um pagamento público mensal à concessionária, mediante aferição de indicadores de desempenho e o cumprimento de cronogramas de investimento, entre outros índices de performance do contrato. Há, portanto, uma contraprestação pecuniária do Estado em relação ao serviço prestado, de forma complementar ao recurso arrecadado via tarifa. Um exemplo é o caso da MG-050, em que há a tarifa do pedágio e há também essa contraprestação do poder público. Há também exemplos de concessão patrocinada na área de saneamento, centros de convenções e operação de parques. (IANNOTTI, 2021, p. 01).

105 Geralmente, em se tratando de concessão administrativa, o risco de qualidade será atribuído ao particular. No âmbito das obrigações assumidas pelos particulares, é usual a constituição de garantias jurídicas, sejam reais ou pessoais.

contudo, ter origem em outras fontes (CARVALHO FILHO, 2013, p. 429). Como exemplos de *concessão administrativa* cite-se contratos para construção¹⁰⁶, manutenção e gestão de hospitais e escolas públicas, cujo beneficiário é o cidadão. Contudo, é a própria Administração (usuária indireta do sistema), a compradora do serviço prestado pelo parceiro privado. Nesses casos, não existe cobrança de tarifa do beneficiário.

De outro lado, os benefícios dos serviços públicos, em geral, não se restringem aos usuários diretos, mas sim “transbordam” para outros indivíduos ou segmentos econômicos. Ou seja, o serviço gera externalidades positivas para não pagantes. Uma rodovia, por exemplo, gera uma série de atividades econômicas para vários indivíduos que podem nem mesmo utilizar a rodovia. Se é escoada toda uma safra de grãos por uma ferrovia, que não seria escoada de outra forma, esta ferrovia estará gerando externalidades positivas para as atividades econômicas que são fomentadas pelos recursos trazidos pela agricultura. Os benefícios do projeto, portanto, vão bem além dos usuários diretos da infraestrutura. Em alguns projetos de PPPs, como presídios, os “usuários diretos” não pagam nada pelo serviço (gostariam inclusive de não “usufrui-lo”), mas o benefício social de fazer cumprir a lei penal é apropriado por toda a sociedade não carcerária (MATTOS; MAFFIA, 2015, p. 7).

A parceria entre empresas privadas e instituições públicas através de incentivos fiscais em diversas áreas pode configurar uma fonte para a expansão e aprimoramento de vários segmentos e, evidentemente, o maior beneficiário é o cidadão.

4.3 OS CONTRATOS E DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Firmas, mercados e contratos relacionais são instituições econômicas importantes e nesse contexto emergem os custos de transação, que “[...] são equivalentes a fricção em sistemas físicos” (WILLIAMSON¹⁰⁷, 1985 p.19).

106 Um exemplo de concessão administrativa são as PPPs da área de educação, a exemplo das UMEIs de Belo Horizonte. Quem leva o filho para a unidade de ensino não paga um valor à concessionária que administra as escolas. Quem paga essa contraprestação é a própria prefeitura, mediante o cumprimento de indicadores e outras cláusulas do contrato. Um presídio, uma unidade de saúde ou de coleta de resíduos sólidos são outros exemplos de concessões administrativas. (IANNOTTI, 2021, p. 01) Em Belo Horizonte - a contratação em regime de PPP do Estádio do Mineirão, mediante concessão administrativa da gestão, operação e manutenção das obras de reforma e renovação do Complexo do Mineirão. No Rio de Janeiro, destaca-se a concessão administrativa da gestão, operação e manutenção do Estádio do Maracanã. Em São Paulo: concessão da prestação de serviço público de transporte de passageiros sobre trilhos: linha 8 Diamante e Linha 9 Esmeralda.

107 Para Williamson, no contexto de países emergentes, em um ambiente de instituições frágeis, unidades especializadas de PPP podem ajudar a reduzir custos de transação e acelerar a execução contratual dos projetos.

Mercados reduzem custos que as partes suportariam para se reunir e fazer a troca, ou seja, “custos de transação”. Os “custos de transação” aparecem todas as vezes que uma operação que parece lucrativa não ocorre em virtude das restrições que impedem os atores do mercado de concluí-la. A redução dos “custos de transação” produz ganhos reais para todos os participantes e não lucros para alguns deles auferidos com as perdas dos outros. A troca é um jogo de soma positiva. Os ganhos não são planejados por ninguém. Eles se perfazem “no mercado”, de forma que cada participante, ofertante tanto quanto comprador, busca seu interesse na troca. Quanto mais ofertantes e adquirentes se encontrarem num mercado, ou numa feira, mais importantes serão os ganhos. Este, dir-se-á em jargão moderno, é o efeito da concorrência (MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 93).

Para Ronald Coase, o problema central do mercado está atrelado aos custos de transação, ou seja, o mecanismo de preços no mercado existe para fazer predominar o uso mais vantajado. Diante disso, determinado o direito de propriedade, as pessoas podem negociar a um custo baixo, atingindo resultado satisfatório. Ronald Coase tratou dos custos de transação como os custos de financiamento do sistema de mercado, ou seja, do mecanismo de preços, englobando toda sorte de custo relacionado com negociação, ou com os contratos que irão instrumentalizar os negócios. Dentre outros: custos para encontrar o que se precisa no mercado, para obter as referências sobre o parceiro comercial que se apresenta, custos para exploração dos contratos, de monitoramento do seu cumprimento e custos para se fazer cumprir coercitivamente os pactos negligenciados. Os custos, terão, na visão do economista, um papel fundamental na fixação dos preços, mas igualmente nas escolhas do empresário. Por outra via de pensamento, as escolhas dos empresários irão refletir na fixação dos preços, conjuntamente aos impactos da oferta e da demanda (RIBEIRO; KLEIN, 2019, p. 358).

De acordo com o Teorema de Coase, o acordo entre as partes tende, de fato, a soluções socialmente eficientes. Assim, a intervenção estatal somente fará sentido quando ela levar a soluções melhores e mais eficientes do que o acordo das partes sozinho conseguiria atingir. Logo, a função geral da intervenção jurídica nos contratos é superar os erros e ineficiências que surgem a partir das falhas de mercados, em especial aos custos de transação (TIMM; GUARISSE, 2023, p. 172).

No ambiente das PPPs, a redução de custos de transação tem um papel decisivo. Para o parceiro privado, que possui uma orientação voltada ao retorno financeiro do investimento, o excesso de custos de transação pode tornar o projeto não rentável. No caso do parceiro público, os custos de transação em excesso podem levar a decisões *ex-ante* contra a viabilidade do projeto ou torná-lo menos favorável *ex-post* (SCHOMAKER; BAUER, 2020). Os custos de transação se espalham pelas diversas fases do projeto

com características distintas e englobam os custos incorridos pelos entes públicos e privados em relação a consultorias, confecção e monitoramento dos contratos englobando aspectos legais, financeiros e técnicos nas fases de propostas e negociação contratual e também na fase operacional do projeto (GERTI; VALILA, 2005), além das renegociações contratuais que ocorrem no ciclo de vida da PPP (KLIJN; KOPPENJAN, 2016).

Em relação aos projetos de PPP, uma avaliação *ex-ante* deve abordar vários elementos, dentre eles, estudos de viabilidade, pré-projetos e confecção de contratos, utilizados para auxiliar a decisão de investimento e o futuro gerenciamento de riscos do projeto, elementos relevantes para o sucesso das PPPs.

Uma das questões mais importantes nos projetos de uma PPP é a alocação dos riscos entre as partes¹⁰⁸, que será feita contratualmente, dependendo do setor e do escopo do serviço.

Obviamente, o parceiro privado assume os riscos (principalmente financeiros) associados ao projeto, construção do empreendimento, inclusive custos, prazos, manutenção, prestação de serviço, operação, dentre outros.

Cláusulas contratuais com adoção *ex-ante* podem permitir a redução dos custos de transação do projeto *ex-post*, inibindo ou amenizando as possibilidades de fraudes, corrupção, desvios, atrasos, prejuízos financeiros, além de improbidades que podem macular o interesse público, inclusive para reduzir comportamentos oportunistas e a assimetria de informação, que podem impactar de forma negativa o objetivo dos projetos.

Já, as avaliações *ex-post* das PPPs são baseadas, principalmente, nas análises financeiras e comparações entre os resultados esperados e a consecução dos objetivos reais, a fim de reconhecer a construção gerencial para projetos futuros.

Em projetos complexos, geralmente é impossível prever todas as contingências em contrato, o que influenciará os resultados dos projetos *ex-post*.

Os fenômenos que dão origem a custos de transação podem ocorrer nas fases prévias a assinatura do contrato (*ex-ante*) e na fase operacional (*ex-post*). Nota-se que, durante o período de propostas e negociações do contrato, podem aparecer principalmente custos de transação relacionados à corrupção, assimetria informacional, confecção de contratos e resultantes de vieses políticos e ideológicos que podem contaminar a relação público-privada. Na fase de operação da PPP, outros fenômenos geradores de custos de transação podem ser mais comumente identificados, tais como oportunismo, expropriação de recursos, problemas de *hold-up* e renegociação contratual,

108 Cite-se por exemplo: nos contratos de concessão para geração de energia, há possibilidade de estruturar o projeto com base em contratos de compra e venda (*take-or-pay*), o que, conseqüentemente, reduz o risco de demanda, divergente da concessão de rodovia pedagiada em que a receita do concessionário advém de tarifas cobradas dos usuários.

além dos derivados do monitoramento de contratos e do posicionamento de determinados *stakeholders*. (THAMER; OGASAVARA; 2023, p. 48)

No contrato de PPP devem constar algumas obrigações:

- Penalidades aplicáveis ao governo e ao parceiro privado em caso de inadimplência, proporcional à gravidade cometida;
- Formas de remuneração e de atualização dos valores assumidos no contrato;
- Critérios para a avaliação do desempenho do parceiro privado;
- Apresentação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes para a realização da obra ou serviço.

Deve haver transparência, avaliação contínua do valor por dinheiro, definição clara e objetiva de riscos, engajamento comunitário, fortalecimento institucional e inclusão de cláusulas sociais.

As Parcerias Público-Privadas (PPPs) são geralmente estabelecidas para um período prolongado - entre 15 e 35 anos. Certamente, esse longo prazo permite que o parceiro privado recupere o investimento inicial e obtenha um retorno adequado ao longo do tempo.

Todavia, a duração do contrato deve ser estabelecida com base no tipo de ativo e na natureza do serviço, de modo que o investimento inicial feito pelo particular seja recuperado em um prazo adequado. O contrato deve ser suficientemente longo para que o setor privado tenha o incentivo de investir em material, equipamentos e tecnologia, além de adotar uma gestão de serviços que otimize os custos ao longo da vida útil do projeto. Por outro lado, contratos muito longos podem ser bastante inflexíveis, caso não sejam previstos mecanismos de revisão periódica. (BRITO; SILVEIRA, 2005, p. 14)

Outra importante inovação trazida pela lei de PPP é a possibilidade de prever, no contrato, os chamados *step-in-rights*. Trata-se do direito do financiador de intervir no controle da sociedade de propósito específico, em caso de inadimplência dos contratos de financiamento ou de queda nos níveis de retorno a patamares que comprometam o cumprimento das obrigações futuras. O contrato definirá “*os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços*”. Tal dispositivo não altera a prerrogativa da administração de intervir na concessionária para garantir a segurança e a continuidade da prestação dos serviços. (BRITO; SILVEIRA, 2005, p. 16)

Medidas recentes, como a desoneração tributária dos investimentos em PPPs e o aumento do percentual de receita líquida que os governos podem

destinar a esse formato de parceria (Lei n.º 12.766, de 27 de dezembro de 2012), mostram que, do ponto de vista da política pública nacional, o modelo é visto como uma forma eficiente de superar dois grandes obstáculos que se impõem à máquina pública brasileira. O primeiro são as restrições orçamentárias que impedem a alocação de recursos para investimentos em infraestrutura, prioritários para um país em desenvolvimento. O segundo aparece na forma de uma maior ineficiência percebida na gestão pública desses empreendimentos (Ribeiro e Meyer, 2006, s/p). Essa mudança de prioridade aponta para a possibilidade de o Estado brasileiro, em alguns casos, passar de provedor para regulador de serviços públicos. (THAMER; LAZARINNI, 2015, p. 825)

Um contrato bem elaborado é fundamental, para que a parte que seja responsável por uma parcela de risco, tenha melhores condições de gerenciar.

É de suma importância, a criação de agências especializadas de PPP como forma de gerir a interface entre o setor público e as empresas privadas. Além disso, é imprescindível a definição de normas regulatórias e agências reguladoras eficazes, para que haja maior incentivo para a participação de número maior de empresas privadas no setor público, pois trará inúmeros benefícios à coletividade.

4.4 CONCLUSÃO

A Parceria Público-Privada (PPP) configura um modelo de cooperação entre o setor público e a iniciativa privada que tem se revelado uma estratégia eficaz para a realização de projetos de infraestrutura e serviços públicos.

A tendência atual é conciliar interesses públicos e privados em projetos de alto impacto.

Faz-se necessária a colaboração entre os setores público e privado, aliada à transparência e à participação da comunidade, com o intuito em comum de aprimorar a qualidade dos serviços públicos.

São inúmeros avanços alcançados com as PPPs, contudo, tal instituto gera custos muito altos para o setor público, razão pela qual, em vez de o ente público, realizar as obras e serviços que lhe são demandados, direciona para organizações privadas, que vislumbram o lucro em seus negócios.

Cresce de maneira exponencial a possibilidade de PPPs produzirem ganhos comparativamente superiores a modelos de contratação tradicionais e atingirem os seus objetivos.

A Lei n° 8.987/1995 define como Parceria Público-Privada (PPP) o contrato administrativo de concessão, na modalidade *patrocinada* ou *administrativa*. A concessão patrocinada é a concessão de serviços ou obras públicas de que trata a legislação mencionada quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, complementação de receita pela autoridade

pública em forma de contraprestação pecuniária. Enquanto a concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública é usuária direta ou indireta, cabendo a ela o pagamento integral ao parceiro privado.

Tal legislação define o prazo mínimo de 5 (cinco) e máximo de 35 (trinta e cinco) anos para os contratos de PPP, já incluindo eventual prorrogação e permite que a alocação de riscos seja feita contratualmente.

As PPPs envolvem *stakeholders* de diferentes grupos, que devem estar representados durante a execução do projeto, sendo este estruturado em contrato, com clara definição dos papéis de ambas as partes contratantes, inclusive com poder de punir ações oportunistas.

Os elementos contratuais definidos *ex-ante* reduzem os custos de transação envolvidos nas interações entre esses agentes e refletem no sucesso dos projetos *ex-post*, no intuito de reduzir os efeitos nocivos que podem advir da deficiência contratual no âmbito das PPPs.

Os contratos de PPPs envolvem riscos para as partes e estes devem ser solucionados, portanto, por todos os envolvidos. Se não for possível saná-los, o ônus será dividido entre os envolvidos, desde que isso esteja previsto no contrato.

As PPPs se tornaram uma grande ferramenta do Estado no sentido de garantir à sociedade serviços essenciais de qualidade.

Um contrato bem elaborado é fundamental, para que a parte que seja responsável por uma parcela de risco tenha melhores condições de gerenciar.

É de suma importância a criação de agências eficazes/especializadas em PPP como forma de gerir a interface entre o setor público e as empresas privadas, além de agir na fiscalização da gestão das PPPs. Além disso, é imprescindível a definição de normas regulatórias e atuação eficiente das agências reguladoras já existentes, para que haja maior incentivo para a participação de número maior de empresas privadas investidoras no setor público, pois trará inúmeros benefícios à coletividade.

Deve-se criar mais segurança, aumentando a atração de investidores para a disputa dos projetos de PPPs, a fim de gerar maior competitividade e menores custos de contratação.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública.** 2008. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2008.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.** Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2004/dec/le11079_04.htm.

gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

- BRASIL. Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, **institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Diário Oficial, Brasília, 22 jun. 1993.
- BRASIL. Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o **regime de concessão e permissão da prestação de serviço público** previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 14 fev. 1995.
- BRITO, Bárbara Moreira Barbosa de; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. **Parceria público-privada**: compreendendo o modelo brasileiro. Revista do Serviço Público. Brasília, n. 56, v. 1, p. 7-21, jan/mar 2005.
- CAMPOS, Danielly Cristine Barbosa de; DAMASCENO Alberto. Parceria público-privada (PPP): trajetória histórica no Brasil e sua inserção na política educacional brasileira. **Revista Perspectiva**, v. 38., v. 1, Florianópolis, jan/mar. 2020.
- CARDOSO, F. IEP colapsa com SCUTS. **O Independente**. Lisboa, p. 3, 10 set. 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. Ed., São Paulo: Atlas, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. Ed. rev. e atual. – Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- IANNOTTI, Fernando. **Qual a diferença entre concessão administrativa e concessão patrocinada?** Publicado em 03 de ago. 2021. Disponível em www.houer.com.br Acesso em 27 de set. de 2024.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- KLEIN, Vinícius; BECUE, Sabrina Maria Fadel. Ronald Coase: o fim da caixa preta. In: **Análise econômica do direito** – principais autores e estudos de casos. Org. KLEIN, Vinícius; BECUE, Sabrina Maria Fadel. Curitiba: CRV, 2019.
- KLIJN E. H.; KOPPENJAN, J. *Performance of public – private partnerships (PPPs) The impact of contract characteristics on the performance of public – private partnerships (PPPs)*. *Public Money & Management*, 36(6), 954–962, 2016, Disponível em <https://doi.org/10.1080/09540962.2016.1206756> Acesso em 27 de set. de 2024.

- LEITÃO, GISELLA. **Parcerias Público Privadas**: saiba o que é e suas características. Publicado em 25 de julho de 2024. Disponível em www.conlicitacao.com.br Acesso em 24 de set. de 2024.
- MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphanie. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Stztajn, 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MATTOS, César; MAFFIA, DÉBORA VELOSO. **Aspectos jurídicos/ econômicos das Parcerias Público-Privadas**, Brasília: Câmara dos Deputados, junho de 2015.
- MITCHELL, R. K., AGLE, B. R.; WOOD, D. J. *Toward a theory of stakeholder identification and salience: defining the principle of who and what really counts*. *Academy of Management Review*, 22(4), 1997, p. 853–886. Disponível em <https://doi.org/10.5465/AMR.1997.9711022105> Acesso em 28 de set. de 2024.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**, São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- PASSIN, Jorge Antônio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de Parceria Público-Privada e sua aplicabilidade na gestão de infraestrutura pública. **Revista do BNDS**, v. 10, n. 20, Rio de Janeiro: 2003, p. 173-196.
- PIETRO, Maria; SUNDFELD, Carlos. **Serviços públicos e poder de polícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/servicos-publicos-e-poder-de-policia/1499821101>. Acesso em: 25 de set. 2024.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. **O que é análise econômica do direito**. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- RIBEIRO, Maurício P.; MEYER, Arno. *Private participation in infrastructure — the legal and regulatory frameworks in the case of Brazil. Expert meeting organized under the auspices of the OECD Investment Committee ‘International Investor Participation in Infrastructure: Lessons for Governments’*, Paris, 2006.
- SANTOS, Terezinha Fátima Andrade Monteiro dos. **As parcerias público-privadas no contexto educacional amazônico**: novas formas para velhas questões. **Revista Interdisciplinar**. V. 11, n. 16, julho, 2017, p. 09-24.
- SCHOMAKER, R.; BAUER, C. *Trust and transaction costs in public-private partnerships—theoretical reflections and empirical findings*. *Public Money & Management*, 1(7), 2020.
- THAMER, Rogério; LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. Projetos de parceria público-privada: fatores que influenciaram o avanço dessas iniciativas. **Revista de Administração Pública**, ano 49, São Paulo: jul-ago 2015.

- THAMER, Rogério; OGASAVARA, Mário Henrique. Parcerias público-privadas: construindo relações entre sua governança e custos de transação. **Revista Eletrônica de Ciência Administrativa**, v. 22, n. 1, Curitiba: IBEPES, 2023, 2023
- TIMM, Luciano Benetti. GARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In. TIMM BENETTI, Luciano. Coord. **Direito e Economia no Brasil**. Indaiatuba: Foco, 2023.
- WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, 1985. *University of Illinois at Urbana-Champaign's Academy for Entrepreneurial Leadership Historical Research Reference in Entrepreneurship*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1496720>. Acesso em: 25 de set. 2024.
- WILLIAMSON, Oliver E. *The new institutional economics: taking stock, looking ahead*. *Journal of Economic Literature*, v. 38, n. 3, p. 595-613, 2000.

5

A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP) COMO INSTRUMENTO PARA O PLANO DE AÇÃO DAS DEMANDAS ESTRUTURAIS

*André Moreira Storck Nunes*¹⁰⁹

*Lílian Maciel Santos*¹¹⁰

5.1 INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Lei federal n. 11.079/2004, a terceirização por meio

109 Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Mestrando em Instituições Sociais, Direito e Democracia (Universidade FUMEC), Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera (2016). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) (2012).

110 Desembargadora no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001). Especialista em Jurisdição Inovadora pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam). Especialista em Processo Civil pela Universidade Gama Filho. Especialista em Gestão no Poder Judiciário pela Universidade de Brasília (UnB). Professora nos cursos de graduação da Faculdade Milton Campos e do IBMEC. Membro da Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal responsável pela elaboração do anteprojeto de lei do processo estrutural no Brasil. Professora no curso de formação inicial e permanente da EJEJ.



de parcerias público-privadas (PPPs) tem se destacado como uma modalidade de contratação amplamente utilizada em diversos setores da administração pública, representando uma estratégia para a prestação de serviços públicos e construção de infraestruturas pública de forma mais eficiente.

As PPPs têm emergido como uma ferramenta estratégica fundamental para o sucesso de políticas públicas e a promoção de serviços essenciais que o Estado, sozinho, não conseguia implementar sem severo comprometimento das contas público e do equilíbrio fiscal. Como exemplos de sucesso das PPPs no Brasil tem-se atualmente os investimentos no sistema de mobilidade urbana de São Paulo, o Hospital de Câncer de Barretos e a concessão de aeroportos como de Brasília. A crescente complexidade dos desafios enfrentados pelos governos, como a escassez de recursos financeiros e a necessidade de eficiência na gestão pública, tem levado à adoção de modelos colaborativos que integram a expertise do setor privado com as demandas sociais e as obrigações estatais. Nesse contexto, este artigo tem como objetivo explorar a importância das PPPs para o cumprimento mais eficiente das obrigações estabelecidas em processos estruturais.

A natureza multifacetada dos processos estruturais requer um enfoque para além das abordagens tradicionais de gestão, isso porque a transformação de realidades nas quais direitos fundamentais não são observados (“locus” de atuação das demandas estruturais), depende não apenas da execução de obras, mas também da sustentabilidade e continuidade dos serviços oferecidos. As PPPs, - ao possibilitarem a transferência de conhecimentos, recursos e riscos -, podem oferecer soluções inovadoras que contribuem para o fortalecimento da atividade estatal e para melhoria da qualidade dos serviços prestados à população. Assim, a análise das PPPs sob a ótica da eficiência e da eficácia no cumprimento das obrigações processuais do processo estrutural se torna imprescindível, proporcionando um panorama crítico sobre suas potencialidades e desafios.

Ao longo deste estudo, serão abordados aspectos teóricos e práticos que evidenciam como as PPPs podem servir como instrumentos viáveis para otimizar a gestão pública e assegurar o cumprimento das obrigações estruturais, buscando, assim, contribuir para o debate acadêmico e para a formulação de políticas públicas mais efetivas.

Em termos de processos estruturais vislumbra-se que o grande problema se revela na fase de cumprimento de uma sentença, momento em que se determina o estado de desconformidade e os primeiros modos de implementar medidas estruturantes. Assim, o artigo apontará para aspectos nos quais as PPPs podem contribuir para a complexidade dos mencionados processos.

Considerando a natureza cíclica do cumprimento das obrigações em demandas estruturais, - em razão da necessidade de estudo do problema, elaboração de proposta de medidas de enfrentamento, medição e avaliação

constante dos resultados -, a constituição de parcerias com parceiros privados especializados se mostrará não só saudável, mas também crucial para o sucesso das alterações estruturantes que se esperam em demandas que envolvam entes públicos e dependem de relevante aporte de recursos técnicos e financeiros.

5.2 PROCESSO ESTRUTURAL: UMA BREVE APRESENTAÇÃO

A ideia de um processo a partir do qual amplas reformas possam ser compreendidas nas estruturas sociais existentes, com o objetivo de amoldá-las a um ou mais valores constitucionais, nasceu nos Estados Unidos, na segunda metade do século XX. A chamada “*structural injunction*” (Easton, 2021) visa a reforma estrutural de determinada instituição de modo a alterar um dado sistema para concretizar direito fundamental que não esteja sendo respeitado.

Um dos primeiros e principais exemplos de processo judicial desta natureza, é o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (Supreme Court, 1954), no qual a Suprema Corte norte-americana concluiu pela inconstitucionalidade da segregação racial no exame admissional de estudantes nas escolas públicas dos Estados Unidos, ou seja, não seria mais possível a recusa de matrícula de estudantes negros nas escolas que até então eram destinadas somente a estudantes brancos.

Entretanto, a mera ordem judicial cominatória de obrigação de fazer ou não fazer neste caso, - consistente em determinar a matrícula de indivíduo negro em determinada escola considerada apenas de brancos -, não responderia adequadamente à solução da lide submetida ao Judiciário que consistia na impugnação a toda uma forma segregacionista de pensar e organizar o sistema educacional estadunidense, com base na cor de pele dos alunos. Desse modo, a Suprema Corte norte-americana (1954) determinou a atuação das autoridades judiciais locais para estabelecer as metas e ações necessárias para “*With All Deliberate Speed*” (com a maior velocidade possível) alterar a estrutura de organização racial do sistema de ensino.

A delegação do poder de determinação das medidas possíveis e necessária para os tribunais distritais (locais) ocorreu diante da necessidade de que o enfrentamento da questão observasse as peculiaridades e condições de cada região, de modo a alcançar melhor eficiência na reestruturação do sistema.

No Brasil um caso interessante de demanda estrutural apontado pela doutrina é o da Ação Civil Pública nº 93.8000533-4, ou “ACP do Carvão”, como ficou conhecida. A ação foi proposta pelo Ministério Público Federal em 1993 e demandou de empresas carboníferas, seus sócios e da União a recuperação dos danos ambientais causados pela exploração de carvão mineral na região sul do Estado de Santa Catarina.

O objetivo da ação foi combater a extração ilegal de carvão em municípios como Criciúma e Forquilha e recuperar os vastos danos ambientais causados pela atividade que ali se desenvolvia desde a década de 1970. O trabalho de reestruturação da atividade carbonífera na região e principalmente a recuperação das imensas áreas degradadas está em andamento até hoje, mais de trinta anos após o ajuizamento da ação (Arenhart, 2017).

A complexidade de efetivação da condenação ensejou o desdobramento do cumprimento de sentença em várias fases, posteriormente desmembradas também em vários procedimentos autônomos, um para cada réu condenado (Arenhart, 2017). Na primeira fase do cumprimento de sentença, que se desenrolou entre os anos 2000 e 2004, ainda não se sabia de forma objetiva a dimensão do problema/dano ambiental. Questões como a extensão da área afetada e as medidas necessárias para efetiva reparação ainda não estavam determinadas. Assim, foi necessária a elaboração de estudos técnicos prévios à execução, com reunião de dados para subsidiar a adoção de medidas concretas de cumprimento do dever de reparação ambiental.

Na segunda fase da execução, que ocorreu entre 2004 e 2005, o Ministério Público Federal, diante das delimitações dos danos alcançadas pelos laudos da primeira fase, formulou estratégias para o enfrentamento do problema. Com auxílio do suporte técnico próprio e cooperação de órgãos ambientais e de fiscalização, foi possível estabelecer as medidas e parâmetros da recuperação ambiental pretendida.

Em seguida, entre 2006 e 2009, os réus foram intimados a apresentar os planos para recuperação, projetos estes que pudessem ser acompanhados e fiscalizados. Nessa fase também se criou o Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo (GTA), formado por representantes técnicos de todas as partes e por sujeitos externos ao processo ligados à área ambiental, com função de propor as estratégias, métodos e técnicas para cumprimento da condenação. As decisões do grupo precisavam ser tomadas à unanimidade, o que evitou o aumento da litigiosidade durante o cumprimento da sentença.

Ainda nessa fase foram estabelecidos cronogramas de recuperação, de comum acordo com os réus e, em razão desses acordos, 73% das áreas terrestres atingidas passaram a contar com um cronograma de recuperação ambiental, a ser executado até o ano de 2020 (Arenhart, 2017).

Depreende-se do histórico dessa demanda estrutural utilizada como exemplo, que o enfrentamento, pelo Judiciário, de questões complexas e cujas causas possuem natureza sistêmica, depende da formulação de estratégias e métodos não convencionais, com maior flexibilidade do procedimento e estímulo à construção de soluções consensuais para alcançar efetiva superação do problema estrutural. Também é necessário permanente ciclo de fiscalização e medições para se evitar que, somente ao final dos trabalhos, os resultados obtidos sejam impugnados.

Vê-se que essa espécie de lide não se resolve mediante ato simples, ou cumprimento de obrigação singular, mas por meio de uma série de medidas e intervenções de diversas naturezas, que demandam cooperação de vários órgãos e entidades. Tais demandas chegam ao Judiciário depois que políticas públicas ou privadas não são adotadas para enfrentar a questão ou, se existentes, se mostram ineficazes para assegurar os direitos fundamentais que estão sendo negligenciados. Sobre o tema Edilson Vitorelli leciona que:

Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é

Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro. (Vitorelli, 2018)

Os problemas estruturais, portanto, não são novidade, sempre existiram, e suas causas e efeitos podem perpassar por diversas esferas da vida social (política, cultural, burocrática empresarial etc.), afetando de modo coletivo um número indeterminado de indivíduos, em razão do mal funcionamento de determinada estrutura.

É nesse contexto e para enfrentamento desta espécie de problema é que surgiu a ideia do processo estrutural, enquanto demanda judicial que se debruça sobre uma lide que possui natureza estrutural, um problema sistêmico, que demanda atuação do Judiciário mediante técnicas de cooperação e negociação para construir uma solução efetiva para o problema a nível estrutural. (Vitorelli, 2024).

O que caracteriza o processo estrutural é, portanto, o seu propósito e não necessariamente o seu objeto. Um mesmo objeto (litígio estrutural) pode ser abordado por um processo judicial não estrutural quando, por exemplo, um cidadão demanda individualmente pelo fornecimento de determinado medicamento pelo Estado. Contudo, quando o problema e falhas do fornecimento de medicamento se revela em nível sistêmico, com significativa abrangência social, prejudicando de forma reiterada uma coletividade de pessoas, a questão pode ser enfrentada a nível estrutural.

Observa-se que a demanda estrutural exige grande concentração de esforços no cumprimento da determinação judicial genérica inicial, sobrecarregando de forma especial o juízo da execução que será encarregado do acompanhamento, medição/fiscalização e de novas determinações para garantir o cumprimento da condenação. A solução do problema estrutural depende

de providências graduais e duradouras que visam a alteração da estrutura indesejada. O cumprimento de sentença aponta e projeta para uma situação esperada no futuro. Os movimentos corretos dependem da avaliação da nova realidade que se instaurará a partir de cada medida implementada.

Daí a importância da fluidez das decisões e medidas durante o cumprimento de sentença, uma vez que a estrutura (a realidade) se alterou e se altera constantemente durante as medidas de cumprimento exigindo flexibilidade do juízo e das partes para adotar as ações mais eficientes.

Atualmente a comissão de juristas do Senado Federal responsável pela elaboração do anteprojeto de lei sobre o processo estrutural publicou o relatório preliminar dos debates e proposta de texto. Percebe-se pelo contido nos §§1º e 2º do art. 7º que a elaboração do plano de atuação estrutural deverá ficar a cargo, em princípio, daquele sujeito que será o responsável por sua execução. Confira-se:

Art. 7º Integrado o contraditório e produzidas informações suficientes nos autos, o juiz dirigirá as partes para a elaboração de um plano de atuação estrutural.

§ 1º Sempre que possível, o juiz facultará que a versão inicial do plano seja elaborada pelo sujeito encarregado da atividade sobre a qual recai o processo, valorizando seu conhecimento quanto ao objeto e conpesiderando os obstáculos e as dificuldades reais da implementação das medidas.

§ 2º O plano de atuação estrutural conterà:

(...) omissis...

V - definição dos sujeitos responsáveis pela implementação das ações necessárias;

Nesse sentido, perfeitamente possível que haja a previsão no plano de estruturação a delegação da implementação a terceiro, no caso, a sociedade constituída a partir da celebração da parceria público-privada entre os sujeitos processuais.

No tópico seguinte apresentamos rápida introdução e conceituação das parcerias público-privadas para, em seguida, indicar em que medida poderiam contribuir para o objetivo de melhor eficiência da fase de execução das demandas estruturais.

5.3 ASPECTOS GERAIS DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS

O programa de reforma do Estado desenvolvido em todo o ocidente, conhecido como o movimento do “*New Public Management – NPM*” (Wetenhall, 2015) e que também ocorreu no Brasil a partir da década de 1990, trouxe diversas inovações no campo teórico e legal para a administração pú-

blica com o objetivo de aumentar a sua eficiência em um cenário no qual, por um lado, há maiores cobranças por serviços públicos de qualidade enquanto, por outro lado, crescem as políticas de controle dos gastos públicos.

Assim, em contraste com o antigo modelo da Administração Pública, burocrático, centralizador e focado nos meios e processos de atuação, a filosofia da nova Administração Pública, também conhecida como Administração Pública gerencial, concentra esforços no controle de resultados das atividades desenvolvidas pelo Estado e busca a melhora da qualidade e eficiência dos serviços públicos.

É nesse passo do pensamento administrativista que surgiu os debates e implementação das conhecidas parcerias público-privadas, com o ideal de somar esforços e contribuições do setor público com os particulares, para consecução de serviços e obras com algum coeficiente de interesse geral, de forma mais eficiente. (Sundfeld, 2011, pg. 20).

A tônica desta reforma da Administração, da qual emergiu a proposta das parcerias público-privada, é diminuir o tamanho da estrutura estatal necessária para consecução de finalidades de interesse público sem que isso significasse a renúncia quanto à realização dos objetivos do bem comum, a qualidade dos serviços públicos e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. A parceria público-privada se apresenta assim como um mecanismo para assunção de responsabilidades públicas por particulares, viabilizando a gestão não exclusivamente estatal dos interesses públicos (Sundfeld, 2011, pg. 211).

Em análise da experiência das parcerias público-privadas para prestação de serviços públicos estabelecidas na cidade de Estocolmo na Suécia, a partir do início da década de 1990, Roland Almqvist e Olle Högberg apontam ser de longa data a experiência europeia, em especial escandinava, de parceria com o setor privado para consecução de objetivo públicos. Apesar de diversos modelos e teorias terem sido propostas sobre tais relações, todas elas se baseiam na noção de que “*convidar empresas privadas a participar de licitações competitivas para serviços públicos proporciona novas oportunidades para encontrar métodos de economizar e melhorar a eficiência.*”¹¹¹ (Almqvist; Högberg, 2005).

Para os autores o ponto fulcral deste novo paradigma é trazer para os serviços públicos o fator inovação, qualidade esta essencial para a sobrevivência e desenvolvimento dos parceiros privados no livre mercado. Na maioria das vezes a inovação não ocorre no setor público, prejudicando a relação de custo/benefício de suas atividades e resultando em serviços e obras que ficam aquém da demanda e da qualidade esperadas, bem como exigem maior dispêndio de recursos financeiros. Isso ocorre porque o modo tradicional

111 No original: “[...] inviting private companies to engage in competitive bidding for public services affords new opportunities for finding methods of economizing and improving efficiency.” (Almqvist; Högberg, 2005)

de atuação estatal se acostuma e se conforma com a estabilidade conferida pelas leis e processos burocráticos por meio dos quais age, o que somado ao monopólio de determinadas atividades exercidas, não produz o incentivo necessário para o desenvolvimento de novas formas de atuação mais eficientes.

A possibilidade de selecionar agentes privados de sucesso que, via de regra, souberam inovar para atuar de maneira eficiente (leia-se de qualidade e com menores custos) em suas respectivas áreas no livre mercado, traz para a Administração este fator que muitas vezes lhe falta e constitui o principal empecilho para cumprimento a contento das atividades de interesse público, até então sob sua responsabilidade exclusiva.

Para garantir essa verdadeira transferência de métodos e tecnologia é que se pensou a possibilidade de trasladar atividades estatais aos particulares, ainda sob titularidade, regulação e fiscalização do setor público que, em última instância, define os serviços e obras necessários e respectivos objetivos a serem alcançados.

No Brasil, a chamada lei das PPPs (isto é, a Lei Federal n. 11.079 de 2004 que instituiu as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública) estabeleceu a possibilidade de garantia de remuneração ao concessionário de serviço ou obra pública, na modalidade de PPP denominada de parceria patrocinada. Nessa modalidade de parceria, o ente estatal complementa a receita do particular (adicionalmente à tarifa cobrada – §1º do art. 2º da referida lei) para garantir a consecução do objeto. Esta é a principal forma ou fonte de garantia oferecida pelo parceiro público ao parceiro privado e tem a finalidade de assegurar o cumprimento do objetivo buscado na parceria, sendo esta, talvez, a maior diferença entre a parceria modalidade patrocinada e a concessão comum regulada pela Lei 8.987/1995. Apesar dessa maior garantia oferecida pelo parceiro público, na modalidade patrocinada, o risco do empreendimento é repartido entre os parceiros (art. 4º, VI da Lei das PPPs), uma vez que eventual receita abaixo do esperado a título de tarifas pagas pelos usuários é ônus a ser suportado pelo parceiro privado.

Por outro lado, temos ainda a modalidade administrativa da parceria público-privada, na qual a integralidade da remuneração do parceiro privado advém do ente público que, assim, assume majoritariamente o risco da operação. A concessão administrativa é uma nova fórmula contratual para a Administração obter serviços, isso porque antes da Lei das PPPs, se a Administração precisasse obter serviços, só poderia fazê-lo por meio do contrato administrativo de serviços da Lei de Licitações então vigente (Lei 8.666/1993), contrato no qual devia definir exaustivamente o modo de prestação do serviço; o contratado não poderia financiar a operação; a remuneração ocorreria pela evolução da execução e, por fim, o prazo máximo, para os serviços contínuos, era de um ano, prorrogável até cinco anos.

Na PPP modalidade administrativa, contudo, a Administração embora deva definir objeto e o modo de prestação dos serviços, não precisa fazê-lo exaustivamente, podendo deixar ao parceiro privado o detalhamento dos meios a serem usados. O parceiro privado deve fazer investimento (atualmente de, no mínimo, dez milhões de reais – art. 2º, §4º, I), a remuneração não ocorre automaticamente com a execução, mas depende dos resultados alcançados, por fim, o prazo mínimo é de 5 anos, podendo ser até 35 anos, em razão do tempo necessário para a Administração amortizar paulatinamente os investimentos realizados pelo parceiro privado (Sundfeld, 2011, pg. 26). Segundo o escólio de Carlos Ari Sundfeld:

[...] a criação dessa nova fórmula contratual – a concessão administrativa – viabilizou um arranjo para obtenção de serviços para o Estado antes impossível: aquele em que o particular investe financeiramente na criação da infraestrutura pública necessária à existência do serviço e ajuda a concebê-la. (Sundfeld, 2011, pg. 26).

Nesse ponto, vale registrar que existe dois tipos de concessão administrativa, a primeira de serviços para a própria Administração, a segunda de serviços ao público ou, simplesmente, serviços públicos.

Com relação a prestação de serviços para o Estado (art. 6º, XI da atual Lei de Licitações – Lei n. 14.133/2021), o diferencial da PPP é a exigência de que o parceiro privado realize o investimento mínimo atual de dez milhões de reais, com a criação, ampliação, reforma ou manutenção de obra ou fornecimento de bens da infraestrutura necessária para prestar os serviços. Ao final do prazo da parceria, se previsto em contrato, os bens retornam ao patrimônio do concedente.

Na concessão administrativa de serviços públicos, o objeto é a prestação de serviços de utilidade pública, a que se refere a própria Constituição Federal no art. 175, tal como ocorre com as concessões comuns e a concessão patrocinada, a diferença restringe-se principalmente à forma de remuneração do concessionário.

Por fim, importante lembrar que a Lei das PPPs estabeleceu as atividades estatais que não podem ser delegadas, ou seja, não podem ser objeto de uma parceria. O art. 4º, III da referida lei instituiu a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado. Não olvidamos das discussões acerca da correta interpretação de tais vedações, contudo, digressões nesse aspecto não se prestam a ideia central que se busca explorar com o presente trabalho.

Diante deste panorama apresentado, é possível delinear benefícios que as parcerias público-privadas poderiam trazer para uma complexa (complexidade aqui entendida tanto como nível de dificuldade, como multiplicidade

de possíveis soluções) fase de cumprimento de sentença de uma demanda estrutural.

5.4 DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS COMO POSSÍVEL INSTRUMENTO PARA A ELABORAÇÃO E CUMPRIMENTO DO PLANO DE ATUAÇÃO EM PROCESSOS JUDICIAIS ESTRUTURAIS

Como visto, o desafio do processo estrutural, portanto, não é o juízo central em si com a definição do objeto, - tal como a proibição de segregação por raça no sistema educacional ou a necessidade de reparação ambiental de determinada área -, mas o desenvolvimento do plano de metas, indicadores, cronogramas, fiscalização e implementação das medidas necessárias para a alteração que se pretende.

Em outras palavras, o destino pretendido parece claro, contudo, é necessário traçar o caminho; muitas vezes abrir e pavimentar a estrada a ser percorrida; reunir os companheiros de jornada e dividir as funções de cada qual; acertar a velocidade e o ritmo da caminhada bem como estabelecer indicadores para avaliar o progresso até o destino.

Em termos de processos estruturais vislumbra-se que o grande problema se revela na fase de cumprimento de uma sentença, momento em que se determina o estado de desconformidade e os primeiros modos de implementar medidas estruturantes.

Definir as medidas necessárias, a forma de implementação, o ritmo, divisão de riscos e acompanhamento constituiu o nó górdio da atuação reestruturante. Referidas medidas não podem ser tratadas sob o espectro bipolar do processo civil marcadamente individual. Impor medidas coercitivas, ainda que atípicas autorizadas pelo art. 139, IV, do Código de Processo Civil (CPC) não solucionam o desafio do cumprimento de sentença que determina a alteração de um sistema de coisas estabilizado. Imprescindível, portanto, utilizar de uma forma consensuada, dialogada e colaborativa e criativas para que seja possível, de fato, alterar o estado das coisas.

Nesse cenário, havendo uma definição do plano a ser executado para a sua implementação, um sistema de governança é necessário, que terá por escopo além da própria concretização do planejamento em si, de acordo com a demanda judicial, mas também a sua execução e fiscalização, constante e progressiva. As PPPs podem fazer esse papel, à semelhança do “*special master interventor*”¹¹² existente no contexto jurídico norte-americano.

112 O conceito de “special master” refere-se ao profissional designado pelo Judiciário para supervisionar a implementação de ordens judiciais em casos complexos, tais como os processos estruturais. Esse modelo é frequentemente utilizado em ações que envolvem a reforma de instituições públicas, como o sistema penitenciário ou de saúde, onde há a necessidade de garantir

Nos casos específicos em que a demanda estrutural envolver ente público e, em especial, nas ações estruturais que envolver exclusivamente o ente público, haverá estabelecimento de objetivos e metas a serem cumpridas pela Administração. A complexidade ínsita às demandas estruturais que, conforme mencionado alhures, diz respeito tanto à dificuldade de alteração de um sistema estabelecido de funcionamento de determina estrutura, como à existência de múltiplas soluções e modos de abordagem possíveis do problema, representa profundo desafio para o gestor público.

Nesse cenário, as parcerias público-privadas podem despontar como solução possível e desejável nos casos em que a dimensão das medidas a serem tomadas e gastos a serem realizados a longo prazo, autorizarem a adoção dessa alternativa.

Nos casos em que a atuação estrutural envolver o consórcio do ente público com particulares, a parceria público-privada pode ser estabelecida entre os próprios sujeitos do processo que, conforme determina a legislação, devem constituir uma sociedade de propósito específico (art. 9º Lei das PPPs c/c art. 20 da Lei de Concessões), podendo esta sociedade suceder os seus constituintes no processo judicial estrutural após, simplificando as comunicações processuais pela redução do número de partes e reduzindo o grau de litigiosidade, na medida em que grande parte das medidas propostas seriam concebidas, debatidas e decididas no âmbito interno da referida sociedade, entre os seus respectivos sócios.

A sociedade de propósito específico (SPE) seria criada para o propósito determinado na demanda estrutural, geralmente relacionado à elaboração e execução de um projeto de infraestrutura ou serviço público, como transporte, saúde, educação ou qualquer outro direito fundamental. A legislação permite que a SPE adote diferentes formas jurídicas, o que possibilita a adaptação da sua forma aos objetivos da demanda em concreto.

A participação mútua e o contato direto do(s) ente(s) público(s) e privado(s) no âmbito interno da referida sociedade, no estudo do problema estrutural, na identificação das raízes do problema e na propositura de soluções e das metas a serem alcançadas, contribui significativamente para, de um lado, reduzir da litigiosidade do procedimento judicial e, de outro, catalisar o emprego eficiente de recursos, com o compartilhamento de expertise, tecnologias e experiências.

Existe ainda o bônus advindo da gestão compartilhada, pois a sociedade tem uma estrutura de governança que possibilita a participação dos diversos atores sociais, promovendo a transparência e o controle permanente das

que as determinações do tribunal sejam efetivamente cumpridas e, para tanto, é necessária expertise na área específica de atuação.

ações, o que do contrário ocorreria de maneira limitada somente nos autos do processo judicial.

Acerca da modalidade da parceria, vislumbra-se que a parceria patrocinada, poderia ser pensada em situações nas quais fique demonstrada na versão inicial do plano de atuação estrutural que o parceiro público deve transferir aos particulares, - por razões de maior eficiência, capacidade técnica e necessidade de inovação - as reformas de serviços, procedimentos ou obras a serem realizadas. Nesta modalidade, como vimos anteriormente, o parceiro público realiza pagamento de contraprestação e autoriza a cobrança de tarifas pelos concessionários (parceiros privados) que assumiriam a obrigação de fazer.

Noutro giro, quando a demanda estrutural demandar tão somente o ente público, a parceria público-privada também se apresenta como solução viável e interessante para a Administração quando, frise-se, as ações necessárias demandarem investimentos mínimos que autorizem o regime das PPPs (art. 2º, §4º, I da Lei de PPPs). Nesses casos, o ente público envolvido pode estabelecer no plano de atuação a constituição da SPE para cumprimento dos objetivos necessários, sendo responsabilidade do parceiro privado a ser escolhido o aporte inicial do investimento mínimo, recebendo a contraprestação do poder público e a concessão para prestação dos serviços pelo prazo que se provar necessário o qual, como visto, não pode ser inferior a cinco anos e pode se prolongar até trinta e cinco anos, no regime das PPPs.

Aqui uma observação se faz relevante. Ao estabelecer-se a necessidade de uma concessão (parceria público-privada) como melhor modo de enfrentamento de um problema estrutural, não se está advogando a tese de desoneração do ente público, pelo contrário, como dito anteriormente, em qualquer das modalidades de parceria público-privada existe compulsória remuneração por parte do parceiro público, o que a distingue da concessão comum regulada pela Lei 8.987/1995.

A necessidade de constituição da sociedade de propósito específico para consecução da PPP torna a parceria mais atrativa aos atores privados, uma vez que os sócios têm responsabilidade limitada ao capital social investido, o que protegerá os patrimônios pessoais dos investidores que se consorciarem ou contratarem com o poder público para cumprimento do plano de ação.

É importante situar que a PPP pode ser inserida no contexto do cumprimento de uma sentença ou um acordo estruturante. A figura mencionada alhures do *special master* não se limita àquele terceiro que tem o papel vinculado ao planejamento ou à fiscalização. Pode ser o *special master* interventor. A esse propósito, o Projeto de Lei 8.058/14 da Câmara dos Deputados, (que institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário) propõe a figura do *special master* com a nomenclatura de comissário, nos seguintes termos:

Art. 19. Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

O comissário teria a função de implementação da decisão ou do acordo estruturante e não há impeditivos para que esse papel pode ser assumido pela pessoa jurídica criada a partir de uma PPP, tornando mais efetiva essa fase que é certamente a mais árdua.

Fredie Didier Jr, Hermes Zeneti Jr e Rafael Alexandria de Oliveira no artigo intitulado “Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro” preveem a figura do administrador judicial para fins de avaliação e fiscalização das medidas estruturantes, o que corrobora a proposta de delegação a terceiro das tarefas especializadas e complexas decorrentes das medidas reestruturantes:

(iii) Por último, quanto à necessidade de avaliação/fiscalização permanente das medidas estruturantes, também aqui pode ser útil a nomeação de um gestor específico ou de um comitê. Aplicam-se aqui também as técnicas previstas na Lei nº 11.101/2005 (lei de falências) e na Lei nº 12.529/2011 (lei de defesa da concorrência), quanto à possibilidade de o juiz nomear um administrador ou interventor judicial para fiscalizar a implementação da reforma projetada. Citando Jordão Violin, o doutrinador lembra que os casos *Holt v. Server*, que ajudaram a implementar a reforma no sistema prisional do estado do Arkansas, nos Estados Unidos, contribuíram significativamente para, nas suas palavras: popularizar a figura do *special master* ou *visiting committee* – um auxiliar do juízo colocado dentro da estrutura que se pretende reformar. Sua função é observar as práticas cotidianas e avaliar o empenho do demandado em cumprir a decisão judicial. Assim, é possível conhecer os fatos, desenvolver planos de ação e monitorar o cumprimento da decisão de maneira mais rápida e efetiva do que se essas tarefas dependessem da provocação e da atividade probatória das partes. (VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 527)

Contudo, é possível acrescentar essa outra atribuição ao *special master*, qual seja, de ser ele próprio o agente que implementa as medidas estruturantes, onde se inseriria a possibilidade de celebração de PPPs.

São inúmeros os aspectos positivos que poderiam ser enumerados, mas que tornariam demasiadamente cansativo o presente trabalho, cuja modesta pretensão é lançar luz sobre a possibilidade ora debatida e despertar a curio-

sidade dos operadores do Direito para estudos mais aprofundados sobre o tema.

5.5 CONCLUSÃO

Os resultados alcançados indicam que as concessões por meio das PPPs reúnem uma série de características que contribuem para os princípios informadores do processo estrutural, bem como cooperam para alcançar de forma mais eficiente os objetivos estabelecidos no plano de atuação da demanda estrutural que visa a solução de problemas sistêmicos que se instauram durante o período de gestão e execução exclusivas estatais.

Se o processo justo é aquele que almeja ser célere e eficaz e se o processo estrutural adequado é aquele que se desenvolve em bases de consensualidade, tais resultados podem ser obtidos através da celebração de parcerias público-privadas, com a constituição de sociedade que conterà em seu âmago a estrutura técnica e financeira necessária – advinda da iniciativa privada –, e a vigilância pelo atendimento de interesse coletivo – própria da Administração pública.

O que importa, na verdade, e deve ser colocado em destaque é o *resultado* da atividade jurisdicional e da efetiva proteção reconhecida como devida pelo Estado-juiz sobre um direito lesionado ou ameaçado. Importa, portanto, são os efeitos da tutela jurisdicional pretendida.

O direito processual civil hoje tem que ser interpretado à luz do Direito Constitucional, principalmente após a consagração pela EC n. 45 de 2004 do princípio da **efetividade da jurisdição** – artigo 5, inciso LXXVIII (“*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*”).

Para *reconstruir* o Estado Democrático de Direito, instituindo programas estruturantes que altere o estado de desconformidade é absolutamente imprescindível que sejam trazidos outros atores para auxiliar o Poder Judiciário nesse papel de dar efetividade à jurisdição.

Diante de uma sociedade complexa e plúrima o Direito, assim como o Poder Judiciário, tem de utilizar de formas que acompanhem essas necessidades. Há cada vez mais direitos a serem assegurados de um lado, enquanto por outro lado, cada vez menos recursos públicos disponíveis em razão da prevalência dos princípios econômicos liberais que demandam permanente inovação para aumento ad eficiência da atuação dos agentes econômicos, inclusive o Estado. Com isso, constata-se a insuficiência dos instrumentos processuais existentes de caráter estruturadamente individualista. O direito material, principalmente o obrigacional passou por profundas mudanças, levando à necessidade de reequacionamento dos instrumentos processuais

motivadas aquelas e estes pelo mesmo valor axiológico: um reequilíbrio dos que se defrontam na ordem jurídica

REFERÊNCIAS

- ALMQVIST, Roland; HÖGBERG, Olle. Public-private partnerships in social services: the example of the City of Stockholm. In HODGE, Graeme; GREVE, Carsten (Org.) **The Challenge of Public-Private Partnerships**. Northampton: Edward Elgar Publishing Limited, 2005.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, v. 29, n. 1/2, p. 70-79, jan./fev. 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/109152>. Acesso em: 27 ago. 2024.
- BRASIL. **Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 27 ago. 2024.
- BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 08 ago. 2024.
- BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 11 ago. 2024.
- BRASIL. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm. Acesso em: 27 ago. 2024.
- BRASIL. **Projeto de Lei 8.058 de 04 de novembro de 2014**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://encurtador.com.br/V5uJT>. Acesso em 09 ago. 2024.
- BRASIL. **Relatório Preliminar da Comissão de juristas responsáveis pela elaboração de anteprojeto de lei do processo estrutural no Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://portal.jota.info/wp-content/uploads/2024/09/relatorio-preliminar-cjprestr.pdf>. Acesso em 02 ago. 2024.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 75, p. 101-136, jan./mar. 2020.

- EASTON, Rober E. **The dual role of the structural injunction**. Yale Law School Legal Scholarship Repository. 1990. Disponível em: <https://core.ac.uk/works/51945950/>. Acesso em: 14 ago 2024.
- GARCIA, D.; LIMA, B. **O processo estrutural como possível instrumento de solução para litígios coletivos irradiados**. Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, v. 18, n. 37, p. 112-131, 18 dez. 2023. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/222>. Acesso em: 20 ago. 2024.
- MENEGAT, F. A **Nova LINDB e o processo estrutural como método de controle judicial de políticas públicas no Brasil: o exemplo da “ACP do Carvão”**. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 282, n. 1, p. 233-260, 2023. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/88642>. Acesso em: 28 jul. 2024.
- PINTO, Henrique Alves. **O enquadramento das decisões estruturais no novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 42, n. 271, p. 369-402, set. 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/113335>. Acesso em: 20 ago. 2024.
- SUNDFELD, Carlos Ari (Coordenador). **Parcerias Público-Privadas**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- UNITED STATES. Supreme Court. **Brown vs. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483, 1954**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/#tab-opinion-1940809>. Acesso em: 12 ago. 2024.
- VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. Revista de Processo, IBDP, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 43, n. 284, p. 333-369, out., 2018. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod_resource/content/1/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES%20\(1\).pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod_resource/content/1/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES%20(1).pdf). Acesso em: 03 ago. 2024.
- VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural – teoria e prática**. 5. Ed. Salvador: JusPodium, 2024.
- WETTENHALL, Roger. The public-private interface: surveying the history. In HODGE, Graeme; GREVE, Carsten (Org.) **The Challenge of Public-Private Partnerships**. Northampton: Edward Elgar Publishing Limited, 2005.

6

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPS) NA ÁREA DA SAÚDE: EM BUSCA DE MELHORIA DE QUALIDADE DOS SERVIÇOS DE SAÚDE NO BRASIL

*Carlos Eduardo Cancherini*¹¹³

*Célio Marcos Lopes Machado*¹¹⁴

*Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão*¹¹⁵

6.1 INTRODUÇÃO

De acordo com a OMS-Organização Mundial de Saúde, a saúde deve ser

113 Advogado. Pós-graduado em Direito Público pelo IEC-PUCMINAS. Pós-graduado em Direito da Medicina pela Universidade de Coimbra/Portugal. Mestrando em Direito das Relações Econômico-Empresariais na Faculdade Milton Campos.

114 Advogado e economista. Mestre em Administração Pública com Gestão Econômica pela Fundação João Pinheiro. Professor associado à Fundação Dom Cabral (FDC). Doutor em Direito pela PUCMINAS.

115 Advogada. Pós-doutora em Direitos Humanos pela *Universidad* de Salamanca. Doutora em Direito Público (PUCMinas/Belo Horizonte). Mestre em Direito das relações econômicoempresariais (Unifran/ São Paulo). Professora universitária. Membro da Diretoria do Colégio de Gestores em Saúde de Minas Gerais – COGESMIG.



compreendida não somente quanto à ausência de doença, mas ao completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo.

As garantias constitucionais à saúde estão estabelecidas nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal.

De acordo com o disposto no art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

No Brasil, sempre que o tema da transferência de um serviço público para o privado, seja através das privatizações, concessões, permissões de serviços públicos ou parcerias, vem à tona, começam as críticas e discussões sobre a ineficiência do Estado em prestar um serviço público, a lucratividade que terá o ente privado ao explorar um serviço que deveria “alimentar” a máquina estatal e, em tese, trazer desenvolvimento, melhor infraestrutura, enfim, fala-se das terceirizações de serviço público como se estivesse a tratar de algo novo, pouco testado na história, o que não é verdade.

A prestação de serviço público por particulares remonta à Grécia antiga, onde a Administração Pública contratava quase todos os serviços públicos de particulares.

Não era diferente no império Romano, em que serviços de responsabilidade do Estado como manutenção de estradas e exploração de portos também eram passados a empresas privadas.

A partir do século XVII, países como Reino Unido e França passaram a utilizar do capital privado por meio de descentralizações de serviços públicos, com a finalidade de obter desenvolvimento e infraestrutura, assim como é hoje.

No Brasil, a prática também não é nova, na verdade, começou a ser adotada assim que a corte portuguesa colocou os pés em solo tupiniquim e se viu em um ambiente inóspito, muito diferente da já muito desenvolvida Lisboa. Porém, talvez a forma como iniciou tenha acabado por gerar preconceito desde o seu nascedouro.

Assim que aportaram no Rio de Janeiro, D. João VI e a aristocracia portuguesa que o acompanhava depararam com a precariedade e insalubridade daquele vilarejo e, imediatamente, perceberam a urgente necessidade de realizar obras de infraestrutura capazes de dar um mínimo de condições de higiene, segurança, mobilidade, alimentação e trazer civilidade à nova moradia que, pelo menos, se aproximasse da moderna, civilizada e estruturada Lisboa.

Ao buscar empresários com capacidade de investimentos, já que a corte não dispunha de muitos recursos e tinha muita dificuldade de implantar um sistema de arrecadação de impostos eficiente, se depararam com as únicas pessoas com capital à época, os traficantes de escravos.

Pessoas que ganhavam a vida através da subjugação de seres humanos, que tinham na violência a única forma de gerar riqueza, pessoas insensíveis, aculturadas e sem nenhuma capacidade de entender o mecanismo de investir para lucrar, prestar um bom serviço para ter uma boa retribuição; e foram essas pessoas que passaram a prestar os serviços públicos, muitas das vezes em troca de títulos de nobreza que não mereciam, mas era a única moeda de troca de que dispunha a corte imperial. A forma e a qualidade nem precisam ser aqui discorridas.

Talvez daí venha a resistência da sociedade brasileira com as terceirizações de serviço público que, em tempos mais modernos, apesar de algumas experiências ruins, tem sido quebrada, pois as terceirizações vem contribuindo para uma melhora da infraestrutura e da prestação de serviços públicos, em especial após a aprovação da Lei 11.079/2004, que na prática trouxe boas experiências pelos projetos de PPPs desenvolvidos e que vem tendo uma excelente receptividade e aprovação não só pelo poder concedente, mas, principalmente, pelos usuários dos serviços.

Assim, a Lei nº 11.079/2004 estabeleceu normas gerais para licitação e contratação no âmbito União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Utilizar-se-á nessa pesquisa, a metodologia do tipo exploratória, de cunho qualitativa, com análise jurisprudencial, conjugada com revisão bibliográfica através da consulta em teses, dissertações, artigos científicos e doutrinas de autores que debatem direta ou indiretamente as questões teóricas que integram o objeto do presente estudo.

6.2 DAS CONCESSÕES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Cientes da necessidade em se ter na legislação brasileira mecanismos legais que promovessem a atração do setor privado em investir em serviços e obras públicas e romper com o modelo de concentração e inchaço do setor público através das estatais, o Constituinte de 1988 trouxe ao novo ordenamento jurídico que se iniciava o artigo 175 em que firmou os alicerces da terceirização do serviço público, a ser regulamentado por lei federal.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

A tão esperada regulamentação veio com a lei 8987/1995, que introduziu no ordenamento brasileiro a figura da concessão de serviços públicos.

Na definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a concessão é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário

ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço. (DI PIETRO, 2015, p. 267)

Não obstante a importância da figura da concessão para a atração de investimento privado e conseqüente melhora da infraestrutura dos serviços tidos como tradicionalmente públicos, pela própria definição percebe-se que o instituto limitou-se em abarcar os serviços públicos tidos como autossustentáveis, concessões de rodovias com cobrança de pedágio, por exemplo, deixando de lado serviços públicos que, não obstante possibilitem a cobrança de tarifas, essas não são suficientes para remunerar o trabalho do privado, bem como, não compreendeu aqueles serviços prestados diretamente ao poder público e, portanto, remunerados pelo erário, sem a contraprestação da tarifa do usuário.

Quanto às origens, podemos afirmar que as parcerias público-privadas não são instrumentos novos no Brasil, mas antes eram específicas para determinadas áreas, e não se utilizava estes termos, pois foi D. Pedro II (1840-1889) quem deu abertura para tal processo denominado de “concessão” na área de infraestrutura do País. Em 1835, conforme publicação do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, o Governo Imperial estabeleceu na Lei n.º 101, um modelo “concessório”; oferecendo determinadas vantagens às empresas que se comprometessem a construir estradas de ferro, porém isto não conseguiu despertar o interesse empresarial, porque não consideravam um negócio lucrativo, que pudesse compensar seus investimentos (SANTOS, 2017, p. 10).

Desde os tempos de colônia, passando pelo Império, as ordens e irmandades religiosas cuidam de assistência social, cemitérios, orfanatos e educação, recebendo dotações de cofres públicos e contribuições privadas. (PASIN; BORGES, 2003, p. 179)

A adoção das PPPs no Brasil começou a ganhar forma no final da década de 1990 e início dos anos 2000, durante um período de reestruturação econômica e administrativa do país. A necessidade de modernizar a infraestrutura e melhorar os serviços públicos, juntamente com restrições fiscais, incentivou o governo a buscar novas formas de financiamento e gestão. (LEITÃO, 2024, p. 01)

A primeira PPP (concessão patrocinada) assinada no Brasil foi o projeto para exploração da operação dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 - Amarela do Metrô de São Paulo, cujo percurso abrange desde a Estação da Luz até Taboão da Serra, com um valor de R\$ 790 milhões, entre a Companhia do Metropolitano de São Paulo - METRÔ do Estado de São Paulo e a Concessionária da Linha 4 do Metrô de São Paulo S.A. (ViaQuatro). (MATTOS; MAFFIA, 2015, p. 17)

Operações como a da Usina Hidroelétrica de Itaipu, envolvendo parceria internacional, e, posteriormente, a da Hidroelétrica de Machadinho, em

que os demandantes de energia receberam o arrendamento da usina no lugar de um contrato de garantia firme de compra da energia (*power purchase agreement*), também poderiam ser vistas como exemplos de PPP, em seu sentido mais amplo. Diversos programas de financiamento a universidades privadas, através da Financiadora de Estudos e Projetos (Finep), poderiam também ser assim classificados. (PASIN; BORGES, 2003, p. 179)

A Lei n. 11.074, de 30 de dezembro de 2004, preenche essa lacuna ao implantar o modelo de Parcerias Público Privadas no Brasil e ampliar o leque de possibilidades de serviços a serem prestados pelo Poder Público em parceria com a iniciativa privada, ao prever duas modalidades de concessão, a patrocinada e a administrativa.

Tal legislação proporcionou a confecção de contratos específicos que ainda não podiam ser feitos até então.

Num sentido amplo, as PPPs são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral. (SUNDFELD, 2011, p. 20).

Antes de aprofundar o tema, cumpre aqui esclarecer um erro que muitas vezes se comete ao tratar de concessões, que é colocar em institutos jurídicos distintos a concessão prevista na Lei 8987/1995 e as previstas na Lei 11.079/2004, patrocinada e administrativa. Trata-se de modalidades da mesma espécie, que apenas são tratadas em dispositivos legais diversos e possuem âmbito de aplicação distintos, porém, são modos de transferir atividades estatais à iniciativa privada, sendo, portanto, o mesmo instituto jurídico.

A partir da Lei Federal, que definiu o marco regulatório nacional das PPPs, a maioria dos estados e de alguns municípios também legislou sobre o tema. As premissas básicas que um contrato deve respeitar para enquadrar-se em um padrão de PPP determinam que (1) o contrato envolva a realização dos projetos de construção, financiamento, operação e transferência de bens ao poder público; (2) a duração do contrato varie entre 5 e 35 anos e seu valor seja superior a R\$20milhões¹¹⁶; (3) a possibilidade de complementar a arrecadação da tarifa com contraprestação pública; (4) o pagamento público condicionado à efetiva prestação do serviço e ao desempenho do parceiro privado; (6) o pagamento público garantido por seguro ou garantias emitidas

116 NaredaçãooriginaldaLei11.079/2004essevaloreradeR\$20.000.000,00(vintemilhõesdereais). Contudo,aLei13.529/2017alterouaredaçãoodaLei11.079/2004,**reduzindode20para10milhões de reais** o valor mínimo do contrato para que sejam celebradas Parcerias Público-Privadas (PPP).

A justificativa para alteração do valor mínimo foi porque o alto valor antes definido, dificultava, por exemplo, que municípios de pequeno porte desenvolvessem projetos importantes com ajuda da iniciativa privada.

das por fundo garantidor (Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004). (THAMER, 2015, p. 825)

A Lei 11.079/94, inclusive, faz menção à concessão da Lei 8987/1995, que em seu texto chama de comum, ao definir a concessão patrocinada.

Prevista no artigo 2º, §1ª, da Lei 11.079/2014, a concessão patrocinada vem para complementar a concessão comum, já que, assim como esta, pressupõe a cobrança de tarifa diretamente dos usuários, porém, acrescida de uma contraprestação ou um aporte do poder público que cubra parte dos investimentos.

A própria definição trazida na lei faz referência à concessão comum:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Como exemplos dessa modalidade de concessão, tem-se a construção de rodovias, que pelo alto valor investido pode ter sua construção financiada pelo poder público e sua manutenção através de tarifas cobradas dos usuários, o mesmo pode ocorrer com o transporte coletivo municipal quando o pagamento de tarifa pelos usuários não é suficiente para remunerar o parceiro privado. Da mesma forma, a exploração do sistema de água e tratamento de esgoto com tarifas pagas pelos usuários, não sendo essas suficientes, o poder público fará uma contraprestação pecuniária ao concessionário.

Em contrapartida, o § 2º do mesmo artigo 2º da Lei de PPPs, ao definir a modalidade concessão administrativa, a equipara ao contato administrativo quando prevê a possibilidade de concessão de um serviço público sem que tenha contraprestação pecuniária do privado, mesmo que esse seja o usuário direto do serviço.

[...]

§2º 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.

As diferenças entre uma contratação tradicional e a PPP podem ser resumidas no quadro abaixo, encontrado na obra Manual de Parcerias Público-Privadas e Concessões, dos autores lusitanos Carlos Oliveira Cruz e Joaquim Miranda Sarmiento (CRUZ, SARMENTO, 2020, p. 680):

Condições	Contratação Tradicional	PPP
Investimento	<ul style="list-style-type: none"> • Responsabilidade do Estado • Contrato de empreitada com uma empresa de construção • Risco de derrapagem de custos geralmente é do Estado 	<ul style="list-style-type: none"> • Responsabilidade do privado • O contrato de construção é entre o privado e outras empresas privadas • Risco de derrapagem de custos é assumido pelo privado
Financiamento	<ul style="list-style-type: none"> • Orçamento do Estado 	<ul style="list-style-type: none"> • Pagamentos anuais, após a conclusão da construção, pelo período do contrato (20-30 anos)
Custo para o Estado	<ul style="list-style-type: none"> • Custo inicial do investimento • Custo anual de manutenção do ativo 	<ul style="list-style-type: none"> • Repartidos entre o sector público e a empresa privada, adotando uma geometria variável, que é discutida no Capítulo 9
Riscos	<ul style="list-style-type: none"> • Totalmente alocados ao sector público 	

Como se vê, as Parcerias Público Privadas são um instrumento intermediário entre a delegação comum e as privatizações, em que se transfere ao privado não só a exploração do serviço, mas todos os ativos a ele relacionados de forma definitiva, ao contrário das PPPs, em que esses ativos são todos devolvidos ao final da concessão em perfeito estado de conservação.

O grande diferencial do contrato de PPP é a liberdade de atuação do particular, prestador do serviço, pois, ao contrário dos contratos comuns em que o prestador de serviços assume uma obrigação de meio, nas PPPs o particular assume uma obrigação de resultado e, para isso, goza de maior flexibilidade quanto à forma de prestação do serviço.

O concessionário atua como prestador de serviços públicos, realizando todo investimento necessário, que será amortizado em longo prazo, por remuneração a ser paga pela administração pública ou pela combinação desta com a exploração econômica do serviço. Ao contrário do que ocorre no pagamento de mera execução de obra em que o particular recebe por cada tarefa isoladamente considerada, a remuneração a que se faz referência aqui é uma contrapartida pelo serviço disponibilizado, desta forma a remuneração

varia de acordo com os índices de desempenho do contratado e da qualidade do serviço prestado.

Em resumo, as PPPs se apresentam como um modelo de contratação alternativo à contratação tradicional, mais vantajoso e menos burocrático, pois permite ao Estado focar nos objetivos dos projetos, no que ele pretende seja entregue à população, e menos nos meios utilizados para atingir tal intento.

Os contratos firmados com fulcro na Lei n. 11.079/04 ainda possuem uma divisão de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado nas várias etapas de um projeto de PPP, todavia a legislação não dispõe de critérios pré-estabelecidos para alocação destes riscos. Isso porque, no contrato de PPP, não há modelos nem de contratos, nem de editais, o que irá defini-los é o objeto da contratação que pode variar de uma hidrelétrica a um hospital; de uma plataforma para prospecção de petróleo a uma infraestrutura de saneamento. Dessa forma, a divisão de riscos entre particular e Poder Público nas PPPs é matéria contratual.

De fato, em um projeto de PPP, o poder público compra um serviço em termos e condições específicos, em que somente haverá gastos públicos na fase de operação da PPP, pois o parceiro privado assume sozinho todos os custos durante a fase de investimento, o que evita impacto imediato nas contas públicas.

Em uma contratação tradicional, o Poder Público faria todo financiamento do projeto utilizando-se de impostos e dívida pública, enquanto em uma PPP o investimento é feito por meio de capital privado, que combina construção, financiamento e operação, geralmente em um longo prazo de duração, o que dilui a retribuição pública no tempo, sem causar grandes impactos nas contas públicas. Cabe ressaltar, que o projeto de PPP é respaldado por mecanismos de garantias estabelecidos no contrato.

O usual é que esses ativos retornem ao setor público ao final da concessão com valor residual para o privado de zero.

6.3 DA COMPETÊNCIA PARA REALIZAR PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS PELA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS

Como já dito, as concessões têm sua matriz constitucional no artigo 175 da Constituição da República Federativa do Brasil que, de forma genérica, conferiu ao Poder Público a competência para realizar concessões de serviços definidos na Constituição como sendo públicos.

Outro aspecto que traz mais luz sobre o tema da PPP é o exame das esferas de poder em que o processo pode ser executado. Existiram e existem PPPs no Brasil no âmbito tanto federal quanto estadual e municipal. Os processos podem ser completamente diferentes, dependendo da esfera de competência e ainda em uma mesma esfera legal, estando sujeitos a sucessivos programas em diferentes governos. (PASIN; BORGES, 2003, p. 181)

Partindo do princípio de que competências são faculdades juridicamente atribuídas a uma entidade, órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões, a Constituição criou em seu texto um complexo sistema de repartição de competências, organizado e estruturado, é bom que se diga, em que tratou de forma diferente e bem definida as competências administrativas, legislativas e tributárias.

Por ter o Brasil adotado um sistema federativo, a repartição de competências é obrigatória entre dois níveis diferentes de governo, o central (União) e o regional (Estados), na forma concebida pelos estudos publicados por Alexander Hamilton, James Madison e Jhon Day, que deram origem à federação norte-americana. Porém, a Constituição de 1988 criou um terceiro patamar, inserindo os municípios na categoria integrante do sistema federativo, de forma que a repartição de competências no Brasil se dá entre os três entes, União, Estados e Municípios, estando os três autorizados a realizar concessões de serviços públicos. (MADISON; HAMILTON; JAY, 1987, s/p)

Assim, convivem no direito brasileiro três ordens de competência, a federal, estadual e a municipal. Dentre a competência da União existem as competências nacional e federal propriamente dita; a nacional para veicular as regras aplicáveis também a Estados e Municípios (como no caso das concessões de serviço público) e a federal, para vincular apenas a União Federal, na sua competência exclusiva e específica.

Diante disso, as competências para que convivam entre si necessitam obedecer a uma harmonização entre elas, de modo a não haver conflitos de ordens normativas que são de mesma hierarquia. Assim, para evitar esse choque entre competências elas são divididas pelo próprio legislador constitucional entre competências exclusivas, concorrentes e suplementares.

A repartição dessas competências tem como princípio básico a predominância do interesse. À União a Constituição reservou as competências de interesse geral, aos Estados regional e aos Municípios local, lembrando sempre que o Distrito Federal acumula as competências de interesse regional e local.

No que interessa aos Municípios, estes detêm a competência exclusiva de *“legislar sobre assuntos de interesse local”*, *ex-vi* do artigo 30, inciso I, da Constituição, bem como, no pertinente à saúde, a competência para *“prestar, com cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”*, conforme disposto no inciso VII do mesmo artigo 30.

Além disso, importante dizer que os Municípios são competentes para *“suplementar a legislação federal e estadual no que couber”* (artigo 30, II, CF)

Tratando-se de saúde pública, o artigo 23, II da Constituição, estabelece como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios *“cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”*.

A importância do tema saúde é evidenciado na Constituição ao ser tratado em uma Seção exclusiva do Título VIII - da Ordem Social, Seção II - Da Saúde, que nos termos do artigo 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

No terreno infraconstitucional, a principal lei que trata da regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde é a Lei 8.080/1990.

Especificamente sobre as concessões, vige a Lei 8987/1995, de caráter nacional, que regula as concessões comuns, e a Lei 11.079/2004, que criou as concessões administrativa e patrocinada, no âmbito da parceria público privada.

Quanto à competência municipal, a Constituição de 1988, no artigo 29, estabelece que os municípios reger-se-ão por lei orgânica.

6.4 DA DELEGAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE

Apesar de toda regulamentação verificada, o serviço de saúde é não exclusivo, ou seja, a sua exploração é permitida pela iniciativa privada, em especial, através de contratos, convênios ou parcerias com o poder público.

A garantia de uma prestação do serviço de saúde adequada e que esteja em consonância com as práticas mais modernas utilizadas na medicina é um grande desafio para o Estado.

O avanço tecnológico na área da medicina, somado ao envelhecimento da população, tem trazido grande dificuldade ao Poder Público em equacionar cada vez mais os escassos recursos públicos em ações efetivas para os cidadãos na área da saúde.

Em todo mundo, a solução encontrada para a melhora da promoção, proteção e recuperação da prestação do serviço de saúde tem sido o estabelecimento de parcerias com a iniciativa privada.

Países como Alemanha, Austrália, Canadá, Chile, Espanha, Inglaterra, França, Itália, Finlândia, Suécia, Polônia, Portugal, Peru, Egito, México, são alguns exemplos de países que possuem PPPs na área hospitalar, que já chegam à casa de 300 contratos assinados de Parcerias Público Privadas.

Em se tratando de gestão de unidades hospitalares, a delegação pode ser apenas dos serviços não assistenciais (*non-core services*), usualmente chamado de “bata cinza”, como no modelo inglês, em que os serviços concedidos são a construção/reforma, as atividades gerais de manutenção predial, resíduos sólidos, estacionamento, hotelaria, jardinagem, segurança, lavanderia, alimentação, recepção, etc, lá chamados de “*hard facilities*” e “*soft facilities*”.

Como pode ser feito seguindo o modelo português, que reúne a exploração dos serviços bata cinza e bata branca (*core-services*), que são os serviços prestados pelos profissionais de saúde, como médicos, enfermeiros, dentistas, fonoaudiólogos, etc, porém, em contratos distintos.

Mais audacioso é o modelo espanhol, também chamado de modelo Alzira, que conjuga em um único contrato de PPP a exploração da bata branca e da bata cinza.

O que significa dizer que, a empresa, ou grupo de empresas, Concessionária, que vencer a licitação, assumirá como um todo os serviços de bata cinza e bata branca, assumindo, portanto, todo serviço assistencial e não assistencial do Hospital.

Tal modelo é vantajoso na medida em que evita conflito entre empresas ou entidades diferentes trabalhando no mesmo local, assim como facilita eventual responsabilização civil em caso de alguma falha na prestação do serviço. O contrato é único, assim como o prestador de todos os serviços será único, portanto, a contraprestação paga pelo Poder Público será feita de forma global a um Concessionário único que se responsabilizará pelo funcionamento da unidade hospitalar também de forma global.

Esse modelo vem sendo adotado com muito êxito pelo Programa de Saúde de Madrid.

6.5 DAS VANTAJOSIDADES EM REALIZAR A CONCESSÃO DO SERVIÇO NO MODELO DE PARCERIA PÚBLICO PRIVADA

O ponto de partida ao se falar em planejamento e investimentos na área de saúde é o envelhecimento da população. Estudos demonstram que haverá uma inversão no perfil demográfico da população, havendo mais idosos do que jovens no mundo em um futuro não muito distante.

Estudos realizados pela Fiocruz projetam que em 2030 essa inversão já ocorrerá na população brasileira que terá mais idosos do que pessoas na faixa de 0 a 14 anos.

As razões são as mais variadas, passando pelo controle de natalidade cada vez mais utilizado, bem como pela evolução da medicina e maiores cuidados das pessoas com alimentação, prática de exercícios físicos, etc.

O que importa aqui é que essa realidade aumenta a necessidade de planejamento e investimentos na área de saúde, em especial na atualização de novas e mais modernas tecnologias clínicas e cirúrgicas que, por sua vez, demandam a modernização dos estabelecimentos hospitalares, movimento não acompanhado pelo Poder Público, pelo menos, não na velocidade necessária para bem atender a população em padrão igual ou semelhante ao realizado pela rede privada.

A implantação de projetos de PPP no setor de infraestrutura, segundo Marques e Berg (2011), tem gerado muitos benefícios em termos de eficiên-

cia e qualidade na provisão de bens e serviços públicos. Isso porque a atuação conjunta da iniciativa privada com o setor público pode gerar um maior *value for money*¹¹⁷ quando comparado com a forma de provisão pública tradicional (*European Commission*, 2003; *IMF*, 2004; *World Bank*, 2012). A comparação dos benefícios da intervenção econômica entre a provisão pública tradicional e a provisão privada tem sido objeto de um contínuo debate, uma vez que as PPP têm sido vistas como uma modalidade de provisão que proporciona um salto qualitativo no esforço para combinar os pontos fortes do setor público e do setor privado (HODGE; GREVE, 2007, p. 549).

Dentre os principais desafios que precisam ser enfrentados para plena alavancagem das PPPs no Brasil, é preciso, primeiramente, capacitar o setor público para lidar com a complexidade das PPPs, bem como criar procedimentos administrativos para absorver projetos dos particulares e, assim, assimilar valiosos *inputs* para o desenvolvimento do empreendimento público objeto de concessão patrocinada ou concessão administrativa. Também é preciso desenvolver a técnica de aferição de indicadores de desempenho dos parceiros privados, bem como modificar a cultura e parâmetros usualmente utilizados para definir o *value for money*. Em comum, ambos os desafios apontam para a necessidade de sofisticação no trato dos projetos de PPP, cuja celebração significa uma decisão de endividamento de longo prazo, até mesmo geracional. Um amplo processo de sensibilização para as características peculiares das PPPs, que demandam a construção de um ambiente relacional com destravamento dos modelos de garantias, precisa ser fortalecido no Brasil, passando inclusive pelas instâncias de controle – afinal, a batalha cultural nos órgãos de controle contra as PPPs é salutar. (MARQUES NETO, 2017, p. 03)

Apesar da Constituição de 1988 ter criado um sistema de prestação de serviço público de saúde integral e universal, diferente do utilizado em outros países, o investimento privado em saúde no Brasil, em especial em modernização e novas tecnologias, é maior que o público.

Para se ter uma noção, em 2018 o gasto com saúde no Brasil correspondeu a 9,51% do PIB, sendo que apenas 3,96% foram gastos do governo.

Além de fazer mais investimentos, reconhecidamente, o privado tem obtido melhores resultados na gestão e prestação dos serviços de saúde, o que exige do Poder Público buscar formas de reduzir ou, até mesmo equiparar, a eficiência do privado na prestação do serviço de saúde.

Neste cenário, é que aparecem as Parcerias Público Privadas como modelo mais eficaz de qualificar a prestação do serviço de saúde, pois dá ao Poder Público a possibilidade de explorar a maior capacidade do particular em realizar a gestão do serviço com eficiência, bem como conseguir acesso mais

117 A expressão inglesa *value for money* é utilizada na literatura sobre PPP para expressar uma melhor vantagem econômica para a Administração Pública em relação à modalidade de provisão pública tradicional.

rápido, fácil e menos burocrático às novas tecnologias e inovações tecnológicas; porém, submetendo o privado ao poder de fiscalização do Estado, que como ente concedente, insere no contrato índices de performance mínimos de exigência que interferem diretamente na remuneração final da empresa concessionária, possibilitam a aplicação de multas e até mesmo de retomada da concessão em caso de não cumprimento, garantido assim, um aumento exponencial na qualidade do serviço prestado à população.

Na saúde se concentram nas obras, provisão de serviços e gestão de unidades (hospitais). Esse tipo de parceria tem apresentado crescimento nos últimos anos e está concentrada em áreas cujo financiamento não pode ser integralmente custeado pelo Estado, seja pela complexidade crescente, seja pelo alto investimento de capital financeiro. No SUS, a implementação das PPP ainda é inicial. Já se pode citar os casos do Hospital do Subúrbio em Salvador (BA), Hospital Metropolitano da Região do Barreiro em Belo Horizonte (BH) e a Modernização da Rede Hospitalar em São Paulo (SP).¹¹⁸

Ademais, as PPPs geram investimentos, empregos, redução de custos dos serviços, profissionalização da gestão do serviço, além de incentivar a fiscalização e a transparência.

6.5.1 VANTAJOSIDADES DIRETAS

6.5.1.1 *Bundling*

A palavra inglesa *bundling*, que no âmbito das PPPs é utilizada para se referir ao “empacotamento dos serviços”, ou seja, à reunião em um único prestador de diversos serviços que são executados em um determinado seguimento, é o exemplo clássico das vantagens em se realizar a parceria público privada no âmbito da saúde, pois representa não só a desburocratização no âmbito das contratações, compras, mas, também, nas questões administrativas do dia a dia.

Ao adotar o sistema de PPP, todo planejamento, governança contratual, controle e comandos da prestação do serviço, concentram-se em um único agente, o concessionário, ou seja, concentra a administração pública em uma única empresa todos os escopos necessários para o funcionamento da unidade nosocomial.

Não obstante a possibilidade dos diferentes serviços serem prestados por um consórcio de prestadores, a responsabilidade sempre vai recair sobre a empresa concessionária, que jamais poderá, perante o poder público, alegar a transferência de responsabilidade; a responsabilidade será sempre da empresa concessionária perante o poder público.

118 *In Guia de apoio à gestão estadual do SUS*. Disponível em <https://www.conass.org.br>
Acesso em 01 de out. De 2024.

Em um serviço tão complexo quanto o hospitalar, que muitas vezes fica difícil de identificar quem foi o agente responsável pelo não ou mal funcionamento do serviço e que em grande parte dos casos a culpa é concorrente entre mais de um agente, a concentração da responsabilidade em uma única empresa representa uma economia para o poder público de tempo e dinheiro imensurável.

A grosso modo, se ocorrer uma falha, que pode ser desde uma simples, mas não menos importante, limpeza do chão, uma pintura descascada da parede, até ao não funcionamento de um equipamento essencial à prestação do serviço, como tomógrafo, ultrassom, raio X ou qualquer outro previsto no contrato como de obrigação da concessionária, o responsável será o mesmo, o concessionário. Não interessa se o problema foi gerado pelo funcionário da limpeza que jogou água no equipamento, ou foi o técnico que utilizou mal o equipamento, ou, até mesmo, se houve um pico de energia que queimou o aparelho, o concessionário tem que, no prazo previsto no contrato, reativar a prestação do serviço para não sofrer penalização.

Só essa circunstância evita ao Poder Público a mobilização de diversos agentes para apuração e investigação da responsabilidade, eventual processo administrativo ou judicial, desgaste com aplicação de punição ao prestador de serviço, abertura de processo licitatório para compra de peças ou conserto, contestação do preço pago ou da qualidade do serviço prestado, enfim, estas são apenas algumas das inúmeras circunstâncias que acabam por travar o rápido restabelecimento do serviço, além de deixá-lo mais oneroso.

No contrato de PPP a única coisa que interessa ao Poder Público é o pronto restabelecimento do serviço dentro do estabelecido no contrato, ou seja, na PPP o que importa ao Poder Público, e obviamente à população, é o fim proposto, a eficiente prestação do serviço; os meios que serão empregados para que esse serviço seja prestado a tempo e modo conforme o contrato, ficam a cargo do concessionário.

Deste modo, as questões essencialmente administrativas, voltadas à manutenção e serviços acessórios (bata cinza), por ficarem a cargo do concessionário, possibilitam ao gestor público voltar seu tempo às atividades assistenciais, foco principal da atividade de saúde.

6.5.1.2 Controle do serviço por indicadores de desempenho.

Grande aliado da governança contratual, o estabelecimento de indicadores de desempenho baseado em metas e resultados é um garantidor da boa prestação do serviço, pois o seu resultado impacta diretamente na remuneração recebida pela empresa concessionária, estimulando assim a eficiência na prestação.

Tais indicadores, como já dito, se baseiam no resultado final e funcionam de forma muito simples e inteligente através da observação do serviço prestado, mensuração da eficiência e penalização pelo resultado final.

A somatória de indicadores inteligentes e muito bem definidos com o procedimento faseado descrito acima, deixam pouca margem ao contraditório da empresa concessionária, o que é determinante para o comprometimento na prestação eficiente do serviço, pois dele depende a sua remuneração.

6.5.1.3 Longevidade dos contratos de PPP

Os contratos de Parceria Público Privada podem ser realizados entre 5 e 35 anos¹¹⁹.

Apesar da lei prever a possibilidade de contratos relativamente curtos, 5 anos, a realidade que se tem observado não só no Brasil, mas em todo mundo, são contratos mais longevos, que ultrapassam os 20 anos.

A possibilidade de se firmar contratos com uma longevidade muito maior que os contratos tradicionais traz para a PPP uma vantagem imensa quando se olha pelo lado do investimento.

Contratos mais longevos permitem a realização de investimentos mais pesados no início da concessão, com a amortização do pagamento ao longo de toda duração do contrato.

Com isso, garante-se à população atendida a prestação do serviço de saúde naquele estabelecimento em toda sua plenitude desde o início da concessão e não com uma efetividade e qualidade progressiva como é de costume em contratos tradicionais.

De forma exemplificativa, em um caso específico, que envolva reforma e construção, que é o mais comum, em um contrato tradicional o pagamento seria feito por medição, ou seja, o contratado recebe na medida que vai entregando parcelas da obra, podendo durante a execução vir a questionar sobrecustos e até paralisar a obra, já que não possui vinculação ou qualquer responsabilidade com o serviço prestado.

No contrato de PPP essa lógica é inversa, o concessionário assume a responsabilidade pelo serviço prestado, de forma que não poderá alegar eventual sobrecusto da obra para estender o prazo de construção, pois esse risco está imputado na matriz de risco do contrato, respondendo o concessionário pelo atraso ou qualquer imperfeição na prestação do serviço, visto

119 O prazo mínimo de um contrato de PPP previsto na Lei 11.079/2004 é de 5 anos (art. 2º, § 4º, inc. I), não podendo ser superior a 35 anos, incluindo eventual prorrogação (art. 5º, inc. I). Desse modo, trata-se de um contrato com prazo diferido, distendido o suficiente para viabilizar o retorno dos investimentos ou para amortizar a verba orçamentária pública empenhada no projeto de PPP.

que na PPP, nunca é demais repetir, o concessionário se compromete pelo resultado final.

6.6 CONCLUSÃO

A experiência tem demonstrado que as concessões no modelo de Parceria Público Privada no âmbito da saúde, seja através do modelo inglês de transferência apenas dos serviços não assistenciais (bata cinza), ou com a transferência também dos serviços assistenciais (bata branca), como no modelo português e espanhol, que se diferenciam somente na forma de o fazer, em contrato único ou separado, representam excelente alternativa para melhora na prestação do serviço de saúde, em especial em razão da rápida evolução tecnológica que demanda altos investimentos de forma imediata.

Mesmo com as diferenças no modelo de contratação, o que se percebe é que as concessões no modelo de parceria público privada tem sido usada pelos países europeus como forma de modernizar o Sistema Nacional de Saúde.

Somente a concessão na forma de parceria público privada é capaz de unir a eficiência e desburocratização do privado com a forte fiscalização do poder público através do estabelecimento de rigorosos índices de desempenho, para que o serviço de saúde alcance os ideais da Constituição de 1988 em tornar a saúde um serviço universal e de qualidade para todos.

A parceria entre empresas privadas e instituições públicas através de incentivos fiscais em diversas áreas pode ser um catalisador para a expansão e aprimoramento de vários setores, além de gerar benefícios para ambas as partes, pois as empresas privadas se beneficiam do acesso aos recursos públicos, as instituições públicas promovem a inovação, o desenvolvimento econômico, impulsiona o desenvolvimento de tecnologias médicas revolucionárias e, conseqüentemente, quem ganha é a sociedade, com a melhoria da qualidade dos serviços de saúde.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública. 2008.** Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2008.

BRASIL. **Guia de apoio à gestão estadual do SUS.** Disponível em <https://www.conass.org.br> Acesso em 01 de out. De 2024.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.** Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

- BRASIL. Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, **institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Diário Oficial, Brasília, 22 jun. 1993.
- BRASIL. Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o **regime de concessão e permissão da prestação de serviço público** previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 14 fev. 1995.
- BRITO, Bárbara Moreira Barbosa de; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. **Parceria público-privada**: compreendendo o modelo brasileiro. Revista do Serviço Público. Brasília, n. 56, v. 1, p. 7-21, jan/mar 2005.
- BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- CAMPOS, Danielly Cristine Barbosa de; DAMASCENO Alberto. Parceria público-privada (PPP): trajetória histórica no Brasil e sua inserção na política educacional brasileira. **Revista Perspectiva**, v. 38., v. 1, Florianópolis, jan/mar. 2020.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- CRETELLA NETO, J. **Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda. **Manual de Parcerias Público-Privadas e Congressos**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. Ed., São Paulo: Atlas, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- HODGE, Graeme A.; GREVE, Carsten. **Public-Private Partnerships: an international performance review**. Public Administration Review, v. 67, n. 3.
- JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael. **Manual de Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2023.
- KLIJN E. H.; KOPPENJAN, J. **Performance of public – private partnerships (PPPs) The impact of contract characteristics on the performance of public – private partnerships (PPPs)**. *Public Money & Management*, 36(6), 954–962, 2016, Disponível em <https://doi.org/10.1080/09540962.2016.1206756> Acesso em 25 de set. de 2024.
- LEITÃO, GISELLA. **Parcerias Público Privadas**: saiba o que é e suas características. Publicado em 25 de julho de 2024. Disponível em www.conlicitacao.com.br Acesso em 24 de set. de 2024.

- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas 1787-1788**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parcerias público-privadas: conceito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: **Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/32/edicao-1/parcerias-publico-privadas:-conceito> Acesso em 30 de set. de 2024.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- OLIVEIRA, G.; OLIVEIRA FILHO, L. C. **Parcerias Público-Privadas: Experiências, Desafios e Propostas**. Rio de Janeiro: Editora LTC, 2013.
- PASSIN, Jorge Antônio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de Parceria Público-Privada e sua aplicabilidade na gestão de infraestrutura pública. **Revista do BNDS**, v. 10, n. 20, Rio de Janeiro: 2003, p. 173-196.
- PIETRO, Maria; SUNDFELD, Carlos. **Serviços públicos e poder de polícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/servicos-publicos-e-poder-de-policia/1499821101>. Acesso em: 27 de set. 2024.
- SANTOS, Terezinha Fátima Andrade Monteiro dos. **As parcerias público-privadas no contexto educacional amazônico: novas formas para velhas questões**. **Revista Interdisciplinar**. V. 11, n. 16, julho, 2017, p. 09-24.
- SUNDFELD, Carlos Ary. **Fundamentos de direito público**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SUNDFELD, Carlos Ary. Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ary **Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- THAMER, Rogério; LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. Projetos de parceria público-privada: fatores que influenciaram o avanço dessas iniciativas. **Revista de Administração Pública**, ano 49, São Paulo: jul-ago 2015.
- THAMER, Rogério; OGASAVARA, Mário Henrique. Parcerias público-privadas: construindo relações entre sua governança e custos de transação. **Revista Eletrônica de Ciência Administrativa**, v. 22, n. 1, Curitiba: IBEPES, 2023.
- VERNALHA, F. G. **PPP: Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

7

A UTILIZAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO- PRIVADAS COMO INSTRUMENTO COMPLEMENTAR PARA A GARANTIA DO ACESSO À SAÚDE

*Rafael Vinicius Normandia Cruz*¹²⁰

*Antônio Augusto Silva Borges*¹²¹

*Sabrina Nunes Borges*¹²²

7.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito à saúde é assegurado pela Constituição Federal do Brasil como um

120 Advogado. Graduado pela Faculdade de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM). Pós-Graduado em Direito Tributário com ênfase em Magistério Superior pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela UNIDERP. E-mail: rafaelnormandia@terra.com.br.

121 Advogado. Graduado pela Faculdade de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM), e-mail: antoniosborges4@gmail.com.

122 Advogada. Doutora e Mestre em Direito Processual Coletivo. Especialista em Direito Público. Professora titular do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM). Membro da Comissão de Processo Civil da OAB/MG. Membro da Associação Brasileira Elas no Processo (ABEP). e-mail: sabrinanb@unipam.edu.br.



direito fundamental e inalienável, sendo do Estado, a responsabilidade de garantir seu acesso universal e igualitário. No entanto, a implementação prática deste direito enfrenta desafios significativos, incluindo a limitação de recursos e questões de gestão.

Diante desse cenário, as parcerias público-privadas (PPPs) emergem como uma estratégia legal e administrativa para ampliar a infraestrutura e a eficiência dos serviços de saúde.

O presente estudo tem como foco a análise da natureza jurídica das PPPs e sua função como mecanismo para a concretização do direito à saúde no Brasil. A pesquisa, assim, investiga as bases legais que fundamentam as PPPs, abordando tanto a legislação específica que rege essas parcerias quanto os dispositivos constitucionais relativos à saúde. O estudo propõe-se a examinar como as PPPs, enquanto modelo híbrido de colaboração entre o setor público e o privado, podem se alinhar aos princípios do direito administrativo e constitucional para superar os obstáculos operacionais e financeiros do sistema de saúde.

Assim, pretende-se analisar as implicações legais das PPPs na oferta do serviço público de saúde, destacando os benefícios e as controvérsias que acompanham sua implementação. Além disso, será dada atenção especial aos desafios jurídicos enfrentados na configuração dessas parcerias, incluindo questões de transparência, eficácia contratual e responsabilidade fiscal.

O objetivo é fornecer uma perspectiva crítica sobre o papel das PPPs na saúde pública, avaliando se e até mesmo como tal mecanismo podem contribuir efetivamente para o cumprimento da obrigação constitucionalmente assumida pelo Estado, buscando-se oferecer contribuições significativas para o debate acerca da (in)viabilidade das PPPs, enquanto instrumento jurídico e administrativo na melhoria do sistema de saúde brasileiro, proporcionando uma base sólida para decisões políticas e administrativas informadas.

7.2 O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE NO BRASIL

O artigo 196 da Constituição Federal de 1988 é preciso ao garantir que “a saúde é direito de todos e dever do Estado [...]”. De modo subsequente, o constituinte originário se prestou em positivar, no artigo 197, que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle [...]”.

Essa previsão legal não apenas incorpora a saúde como um direito humano essencial, instruindo, também, o Estado a garantir esse direito através de políticas sociais e econômicas que busquem a redução de riscos de doenças e outros agravos, além de promover o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

A consagração constitucional do direito à saúde representa uma resposta direta às desigualdades históricas no acesso a serviços de saúde de quali-

dade e reflete um compromisso ético e social do Estado para com a dignidade da pessoa humana.

Este compromisso está intrinsecamente ligado ao princípio da universalidade, sendo que, com a redemocratização e a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que veio trazendo expressamente o direito à saúde como uma garantia, o legislador infraconstitucional, atendendo às nuances da época, veio a editar a Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, sendo o marco de criação do Sistema Único de Saúde.

O SUS, então, foi criado com o objetivo de eliminar as barreiras ao acesso e garantir que todos os cidadãos, independentemente de sua condição socioeconômica, possam usufruir de serviços de saúde de qualidade sem qualquer custo no ponto de uso. Tal marco é fundamental no contexto histórico brasileiro, onde disparidades econômicas e sociais significativas sempre trouxeram óbices ao acesso equitativo dos serviços de saúde.

A garantia do direito à saúde pela Constituição vai além da mera prestação de serviços médicos; ela engloba uma ampla gama de prevenções e intervenções sociais que visam a promoção da saúde e o bem-estar geral.

Inclusive, o *caput* do artigo 4º da Lei Federal nº 8.080/90, denominada de Lei Orgânica da Saúde, conceitua o SUS e suas respectivas atribuições, ao prever que “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)”.

No dispositivo seguinte, estão discriminados os objetivos do SUS, vejamos:

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Portanto, a legislação brasileira reconhece que a saúde é um direito interdependente que requer a colaboração de várias esferas da atuação estatal, bem como de setores da sociedade para ser efetivamente garantido.

O §1º do dispositivo, o qual o inciso II do artigo 5º faz alusão, prevê, basicamente, que o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formu-

lação e execução de políticas econômicas e sociais que visem a redução de riscos de doenças, assegurando um acesso universal e igualitário às ações e aos serviços promovidos.

Decerto, o legislador não mediu esforços em criar uma obrigação legal ao Estado, atribuindo-o quase que exclusivamente o dever de ofertar uma saúde universal e satisfatória. Não somente em relação à saúde, o surgimento de direitos sociais, consequentemente concebidos como fundamentais, se deram através de expressa previsão constitucional.

Sarlet e Figueiredo (2007, p. 174), apontam uma ótica dos direitos sociais sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vejamos:

[...] o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais) sociais, o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional) acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais.

Observa-se, de imediato, que pela posição jurídica dos direitos sociais no ordenamento constitucional, enquanto expressamente reconhecidos, há uma evidente necessidade de uma prestação positiva pelo Estado, este que é elencado como garantidor de tais direitos, como anteriormente enfrentado acerca do direito à saúde.

Contudo, apesar da robusta previsão legal e dos esforços contínuos para sua implementação, a concretização do direito à saúde enfrenta numerosos desafios práticos. A falta de recursos financeiros suficientes, a gestão ineficaz, a corrupção, as desigualdades regionais na distribuição de recursos de saúde e a crescente judicialização desse direito são algumas das principais barreiras que ainda persistem.

A judicialização, em particular, tem emergido como uma resposta popular às deficiências do sistema, onde os cidadãos buscam na justiça a garantia de acesso a tratamentos e medicamentos muitas vezes não disponibilizados pelo SUS.

Barroso (2012, p. 31) afirma que a judicialização decorre do modelo de Constituição da República analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais, bem como que “a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte”.

Esse contexto evidencia a complexidade de uma plena concretização do direito à saúde no Brasil e destaca a necessidade de uma gestão mais eficiente e de reformas estruturais que possam fortalecer o sistema de saúde pública.

O dever do estado em propiciar um cenário de efetivo desenvolvimento humano, enquanto sujeito inserido em um contexto social, como também, em questões essencialmente políticas, é ainda mais profundo.

Não se pode olvidar, ainda, que o Poder Constituinte zelará em positivar tais garantias, que tem por objetivo conferir ao cidadão tais condições mínimas de dignidade, sendo certo que, a existência de deveres e direitos dotados de força constitucional têm, com ainda maior facilidade, natureza de exigibilidade.

Isto porque, qualquer espécie de omissão ou ilegalidade cometida pelo Poder Público em detrimento desses direitos, elencados pelo próprio texto constitucional como fundamentais, especialmente aqueles mínimos à dignidade humana, contradiz a sua própria razão de ser.

Barroso (2009, p. 6) por bem assevera que direitos contemplados pela própria Constituição da República, inclusive aqueles de caráter social, são imediatamente exigíveis por via das ações constitucionais e infraconstitucionais cabíveis, conferindo ao Poder Judiciário função importante na concretização e efetivação daquele mesmo direito invocado, especialmente se ferido o mínimo existencial humano.

Contudo, como alternativa de intervenção de igual imediatez face à tais problemas, as parcerias público-privadas surgem como oportunidades para superar essas barreiras, mobilizando recursos do setor privado para a oferta do serviço de saúde pública.

No entanto, elas devem ser cuidadosamente reguladas e fiscalizadas para assegurar uma contribuição positiva para o objetivo de oferta de saúde universal, não comprometendo os princípios de equidade e universalidade do SUS.

7.3 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

As parcerias público-privadas são instrumentos de colaboração entre o setor público e o privado, estabelecidos com o objetivo de realizar projetos ou ofertar serviços de interesse público com eficiência e qualidade aprimoradas, em razão dos problemas já abordados acima.

O conceito de parceria público-privada engloba mais do que simples contratos de terceirização ou concessões tradicionais; ele se refere a uma cooperação de longo prazo, na qual os riscos e benefícios são compartilhados entre os parceiros público e privado.

Juridicamente, as PPPs no Brasil são regidas pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que estabelece um marco regulatório específico para sua implementação. No próprio artigo 1º, dispõe que a instituição de normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito

dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, delegando a execução de obras ou serviços públicos a empresas privadas que assumem a responsabilidade de gerenciar essas iniciativas, bem como de financiá-las, recebendo em contrapartida uma remuneração vinculada.

Pelas lições de Marinela (2017, p. 634):

A Parceria Público-Privada é acordo firmado entre a Administração Pública e a pessoa do setor privado, com objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes. Trata-se de uma espécie de concessão de serviço público, denominada concessão especial.

Como bem assevera Meirelles (2007, p. 402), trata-se de nova forma de participação do setor privado na implantação, melhoria e gestão da infraestrutura pública, como alternativa à falta de recursos estatais para investimentos nessas áreas.

Contudo, ainda que se mostre como sendo uma medida remediadora à falta de recursos, há que se considerar a necessidade de contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, não constituindo parceria público-privada a concessão comum, nos termos do §3º do artigo 2º da Lei nº 11.079/04. Inclusive, no pelo §4º, inciso I, é vedada a celebração de contrato de parceria público-privada cujo valor do contrato seja inferior a R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais).

O artigo 2º da Lei nº 11.079/04 estabelece que a “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”. A distinção entre a concessão na modalidade patrocinada e administrativa é estabelecida pelo §1º e §2º do dispositivo, respectivamente.

Em resumo, será na modalidade patrocinada quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, diferindo-se da administrativa, que, se dará quando a Administração Pública é a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Guimarães (2007, p. 237) explica a justificativa da escolha de concessões patrocinadas com resultado da necessidade de capital particular em projetos financeiramente deficitários. É dizer, que neste modelo exsurge a necessidade de se instituir uma receita tarifária conjunta ao financiamento estatal, que não se mostra suficiente para a produção de um projeto autossustentável, sendo que ambas as receitas, neste caso, se complementariam.

Carvalho Filho (2014, p. 433) afirma que a concessão patrocinada se caracteriza pelo fato de o concessionário perceber recursos de duas fontes, uma decorrente do pagamento das respectivas tarifas pelos usuários e outra,

de caráter adicional e outra, de caráter adicional, oriunda de contraprestação pecuniária devida pelo poder concedente [...].

Quanto às concessões administrativas, Meirelles (2007, p. 402) aduz que:

Esta concessão administrativa é um contrato de prestação de serviços de que a Administração é a usuária direta ou indireta, conforme a defina a lei. Daí, por que a remuneração é paga integralmente pela própria Administração. Destina-se, ao que parece, a permitir a inserção do setor privado em serviços até agora pouco atrativos, como a construção e administração de presídios, hospitais, escolas e outros setores.

Ou seja, sendo a Administração Pública a usuária – uma vez que assume para si o dever de oferta de saúde gratuita e universal – não há a razão para que se tenha receita gerada através de tarifas a serem pagas pelo administrado. Sendo assim, certo é que a parceria público-privada no âmbito da oferta de saúde pública, se dará na modalidade de concessão administrativa.

De suma importância evidenciar que o artigo 4º da Lei nº 11.079/04 estabelece as diretrizes a serem observadas para a adoção das PPPs:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

V – transparência dos procedimentos e das decisões;

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Cabe destacar e, conseqüentemente elucidar, a expressa necessidade de repartição objetiva de riscos entre as partes. Decerto, os riscos são atribuídos ao parceiro que está em melhor posição para gerenciá-los, o que é crucial para a sustentabilidade e eficácia do projeto. Por exemplo, riscos relacionados à construção e à tecnologia geralmente recaem sobre o parceiro privado,

enquanto riscos inerentes à demanda ou à política pública passam a ser assumidos pelo parceiro público.

Além disso, observa-se que transparência e a consequente fiscalização contínua são componentes essenciais da estrutura jurídica das PPPs, que deverão ser submetidas a uma gestão e monitoramento constantes, visando assegurar que as parcerias sejam conduzidas de maneira ética e que os objetivos sejam atingidos.

Decerto, a estrutura jurídica das PPPs é desenhada para assegurar que o interesse público prevaleça, garantindo ao mesmo tempo que os investimentos privados sejam protegidos, se estabelecendo rigorosos requisitos para a celebração de contratos, incluindo estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental, além da realização de licitações públicas para escolha do parceiro privado, que serão abordados mais adiante.

7.4 A APLICAÇÃO DAS PPPS NA ÁREA DA SAÚDE: REQUISITOS LEGAIS

As concessões, repita-se, na modalidade administrativa – por se tratar de oferta de serviço de saúde pública sem receita tarifária –, permitem que entidades privadas participem na prestação de serviços públicos, em caráter complementar, tendo a própria Constituição Federal, no artigo 199, §1º, estabelecido tal possibilidade, vejamos:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Ademais, o legislador infraconstitucional cuidou em reforçar, na própria Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90), no artigo 4º, §2º que “a iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar”.

Assim, se oferece a flexibilidade de recursos adicionais para a gestão da saúde pública, sem retirar a titularidade do Estado sobre o serviço.

Em suma, enquanto as PPPs representam uma oportunidade inovadora para melhorar a oferta de serviços de saúde no Brasil, elas exigem uma abordagem equilibrada que considere cuidadosamente os riscos, as recompensas e as responsabilidades de ambos os parceiros. A estrutura jurídica dessas parcerias deve ser meticulosamente planejada e implementada para garantir que os benefícios potenciais sejam plenamente realizados enquanto se protege o acesso universal e equitativo aos serviços de saúde essenciais.

Observamos anteriormente que a Lei nº 11.079/2004, que regulamenta as PPPs, permite tanto concessões patrocinadas quanto administrativas, sendo esta última adequada para o setor de saúde, pois não exige contraprestação por parte do usuário final: o cidadão.

Rovai e Bonetti (2006, p. 293), quanto a finalidade da parceria público-privada, afirmam que:

Pode-se dizer, pois, que em uma PPP a Administração Pública, visando à satisfação do interesse público, tendo constatado sua incapacidade de cumprir o princípio constitucional da eficiência, mediante seus limites orçamentários, estabelece a parceria com o setor privado – que, por sua vez, almeja o lucro, mas não tem condições de por si só enfrentar o risco inerente à atividade final destinada ao público –, de maneira a viabilizar, então, a consecução de uma atividade que a ela, Administração Pública, cabia originalmente executar.

Cabe, assim, elucidarmos algumas questões inerentes à adoção de PPPs, notadamente quanto aos requisitos formais estabelecidos pela legislação correlata, que cuidou em evidenciá-los de forma específica.

Por exemplo, o artigo 5º, inciso I, da Lei nº 11.079/2004 estabelece o prazo de vigência contratual como sendo de mínimo de 5 (cinco) anos e máximo de 35 (trinta e cinco) anos.

Quanto à divisão de riscos entre os parceiros (público e privado), observa-se, pela própria redação do inciso III do artigo 5º, que deverá necessariamente constar do contrato a repartição dos riscos entre as partes, inclusive em caso fortuito, força maior e álea econômica extraordinária.

Necessário elucidar que, para a celebração das parcerias público-privadas, é necessária a abertura anterior de procedimento licitatório, na modalidade de concorrência pública, nos termos do artigo 10 da Lei nº 11.079/2004, que estabelece, também, requisitos prévios. Spitzcovsky (2021, p. 378) pontua que da leitura do dispositivo, extrai-se a preocupação do legislador com a compatibilidade das parceiras com as diretrizes da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Além disso, consta da redação do artigo 10, inciso I, da Lei nº 11.079 a expressa necessidade de estudos técnicos prévios, vejamos:

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

Cumprido destacar que, além de estabelecer que o procedimento licitatório deverá obedecer à legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos, o artigo 12 da Lei nº 11.079/2004 estabelece, ainda, regras específicas para licitações em âmbito de parcerias público-privadas, destacando-se a possibilidade do julgamento ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes, à teor do inciso I.

Ademais, à teor do inciso II, poderá se observar o menor valor da contraprestação a ser paga Administração Pública como critério norteador, bem como a análise da melhor proposta, de acordo com os pesos estabelecidos no edital, entre a contraprestação e a melhor técnica, à teor do inciso II.

Importante ressaltar que o artigo 13, inciso IV estabelece que o objeto será adjudicado ao vencedor, nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas no trâmite do procedimento licitatório.

Por outro lado, para que seja concretizada a parceria público-privada, o artigo 9º da Lei nº 11.079/2004 estabelece que “deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria”.

Spitzcovsky (2021, p. 381), quanto à Sociedade de Propósito Específico leciona que:

Encerrada a licitação e apurada a proposta vencedora, com intuito de oferecer credibilidade a essas parcerias, o legislador houve por bem condicionar sua celebração à constituição de uma sociedade de propósito específico, com a finalidade única de implantar e gerir o objeto do ajuste [...]. Essa sociedade, por indicação do legislador, poderá assumir a forma de companhia aberta (art. 9º, §2º), ficando, por expressa determinação legal, o parceiro público impedido de ter a titularidade da maioria do capital votante, de acordo com a redação estabelecida no §4º, aspecto que, sem dúvida, também contribuirá para atrair o investidor privado.

Observa-se que o Estado passa a intervir direta ou indiretamente em atividades econômicas com o objetivo de promover políticas públicas volta-

das ao bem-estar social. Isto porque, para garantir o acesso universal a bens e serviços essenciais, foram criados diversos mecanismos para a substituição, em muitos casos, do setor privado que anteriormente tomava para si a execução de funções públicas.

Segundo Tavares (2006, p. 57), o chamado “Estado Social” emergiu para atender às demandas de cunho assistencial, oferecendo suporte àqueles que não conseguiam sustentar-se adequadamente, resultando em um grande crescimento da intervenção estatal em várias áreas, inclusive na prestação de serviços de saúde.

No entanto, o crescimento estatal não foi suficiente para atender à demanda de maneira eficaz, sendo que a incapacidade do setor público de fornecer sozinho os serviços de saúde com a agilidade e eficiência necessárias abriu margem à implementação das parcerias público-privadas.

7.5 ASPECTOS JURÍDICOS DOS CONTRATOS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Os contratos de parcerias público-privadas estão fundamentados em um regime jurídico complexo e rigoroso, estabelecido pela Lei nº 11.079/2004, que define a estrutura legal necessária para a formalização e execução dessas parcerias.

Anteriormente, destacamos que a própria legislação detalha algumas particularidades dos processos de licitação, formalização, execução e fiscalização das PPPs, garantindo que as colaborações entre os setores público e privado ocorram de maneira transparente e eficiente, alinhada aos interesses públicos, sendo que, a estruturação legal e a formalização dos contratos de parceria público-privada exigem a elaboração de um projeto de viabilidade, incluindo estudos técnicos, econômicos e ambientais, que fundamentam a necessidade e a viabilidade da parceria, assegurando que o projeto seja não apenas sustentável e benéfico para a comunidade, mas também viável do ponto de vista econômico.

Na mesma linha lógica, os contratos devem especificar de forma clara e detalhada os termos da parceria, abordando o objeto, o período de vigência, os modos de financiamento e as consequências jurídicas para casos de inadimplemento. Além disso, não é demais reforçar que é crucial que os contratos prevejam cláusulas que tratem da distribuição de riscos, metas de desempenho e indicadores de qualidade, assegurando que haja um equilíbrio justo entre as responsabilidades assumidas pelo setor privado e os interesses públicos a serem atendidos.

Cumprir destacar que o legislador se prestou a estabelecer cláusulas essenciais à contratos de parceria público-privada no artigo 5º da Lei nº 11.079/2004, estipulando, ainda, a aplicação subsidiária da Lei nº 8.937/95,

que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

Cabe, assim, reproduzir o texto do artigo 5º da Lei nº 11.079/2004:

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

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

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

IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

XI - o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificada a hipótese do § 2º do art. 6º desta Lei.

Spitzcovsky (2021, p. 382) destaca “a inclusão de diversas matérias que não aparecem nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93, com o claro objetivo de atrair a iniciativa privada para empreendimentos de grande porte”, bem como a existência de uma “novidade de enorme importância, consistente na possibilidade de aplicação de penalidades à Administração Pública, em casos de inadimplemento contratual”.

Por outro lado, a fiscalização do cumprimento dos contratos, conforme previsto na Lei nº 11.079/2004, é um outro ponto importante na gestão das parcerias público-privadas.

Por óbvio, a administração pública deve implementar mecanismos eficazes para monitorar continuamente a execução do contrato, utilizando indicadores de desempenho preestabelecidos. A realização de auditorias regulares e que os resultados dessas auditorias sejam publicamente acessíveis, garantindo assim a transparência e permitindo que a sociedade civil participe e fiscalize as atividades desenvolvidas, é de extremo rigor.

O artigo 15 da Lei nº 11.079/2004 prevê expressamente a competência dos Ministérios e Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, para submeter o edital de licitação ao órgão gestor, bem como para proceder à licitação e acompanhar e fiscalizar os contratos.

Toda esta estrutura jurídica delineada é essencial para garantir que as PPPs sejam executadas dentro de um quadro de alta integridade e responsabilidade, respeitando tanto os princípios de eficiência e qualidade no fornecimento dos serviços quanto as normas de transparência e equidade.

Portanto, a lei não apenas facilita a implementação de projetos colaborativos entre os setores público e privado, mas também protege os interesses da população, garantindo que os serviços prestados atendam às necessidades e expectativas da comunidade de maneira eficaz e ética.

7.6 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SETOR DA SAÚDE

A análise da compatibilidade das parcerias público-privadas com os mandamentos constitucionais é essencial para assegurar que essas iniciativas se alinhem aos fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange ao fornecimento de serviços públicos essenciais, como é o caso da saúde.

Afinal, as PPPs, enquanto mecanismo de colaboração entre os setores público e privado, devem ser cuidadosamente avaliadas à luz dos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que regem a administração pública.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas que visem à redução de riscos de doenças e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Do ponto de vista essencialmente jurídico, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a validade das PPPs como um meio de a Administração Pública cumprir suas obrigações constitucionais, especialmente em áreas que demandam alto investimento e gestão especializada, como é o caso da saúde.

Em várias decisões, o STF destacou que as PPPs devem, contudo, ser implementadas de forma a garantir não apenas a eficiência na prestação dos serviços, mas também a observância dos princípios de transparência, competitividade e igualdade de condições entre os participantes nos processos licitatórios.

Conforme destaca Mânica (2016, p. 4), nos termos da ADI nº 1923, cujo objeto era a discussão acerca da constitucionalidade do modelo de gestão por Organizações Sociais, no voto vencedor, proferido pelo Ministro Luiz Fux, extrai-se recortes importantes acerca do tema, vejamos:

Com efeito, a intervenção do Estado no domínio econômico e social pode ocorrer de forma direta ou indireta, como ensina Floriano Azevedo Marques Neto: enquanto na primeira hipótese cabe ao aparelho estatal a disponibilização de utilidades materiais aos beneficiários, na segunda hipótese o Estado faz uso de seu instrumental jurídico para estimular a que os próprios particulares executem atividades de interesses públicos, seja através da regulação, com coercitividade, seja através do fomento, fazendo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

Observa-se que princípio da eficiência é particularmente relevante, pois as PPPs são muitas vezes justificadas pela capacidade do setor privado de oferecer serviços de maneira mais eficaz e inovadora. No entanto, isso não pode ser alcançado às custas dos princípios de impessoalidade e moralidade.

Nos termos do voto, o Ministro Luiz Fux ainda pontuou a desnecessidade de atuação direta do Poder Público, que pode se valer de parcerias com a iniciativa privada, em atuação indireta, através do fomento, para garantir a oferta de serviços essenciais: (Mânica, 2016, p. 5)

Em outros termos, a Constituição não exige que o Poder Público atue, nesses campos, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde (CF, art. 199, §2º, interpretado a *contrario sensu* – “é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”) e educação (...), mas que se estende por identidade de razões a todos os serviços sociais.

Cabe mencionar o voto do Ministro Dias Toffoli, relator do RE nº 581.488/RS, que, seguido de forma unânime pela C orte, reforçou o entendimento de ser cabível a concretização de parcerias perante empresas privadas, para fins de ampliar, completar ou intensificar as ações na área da saúde, vejamos:

A ação complementar não implica que o privado se torne público ou que o público se torne privado. Cuida-se de um processo político e administrativo em que o Estado agrega novos parceiros com os particulares, ou seja, com a sociedade civil, buscando ampliar, completar, ou intensificar as ações na área da saúde. Não significa, sob o espectro constitucional, que somente o poder público deva executar diretamente os serviços de saúde - por meio de uma rede própria dos entes federativos -, tampouco que o poder público só possa contratar instituições privadas para prestar atividades meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnicos especializados, como os inerentes aos hemocentros, como sustentado por parte da doutrina. [...]

Isso não implica que haja supremacia da Administração sobre o particular, que pode atuar, em parceria com o setor público, obedecendo sempre, como mencionado, os critérios da consensualidade e da aderência às regras públicas. Como se constata pelas exitosas experiências em países como Alemanha, Canadá, Espanha, França, Holanda, Portugal e Reino Unido, dentre outros, na área da saúde, importantes requisitos das parcerias, como contratualização, flexibilidade, possibilidade de negociação, consensualismo, eficiência e colaboração são fundamentais para que os serviços possam ser prestados de forma ao menos satisfatória.

Destaca-se a manifesta reafirmação do disposto no artigo 199 da Constituição Federal de 1988, bem como da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90), no artigo 4 ,  2 , em que se possibilita à iniciativa privada a participação na saúde pública, sem representar qualquer afronta à supremacia do interesse público.

7.7 VANTAGENS E DESVANTAGENS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO ÂMBITO DA SAÚDE PÚBLICA: UM PONTO DE VISTA CRÍTICO

Conforme acima evidenciado, as parcerias público-privadas surgem como uma resposta inovadora aos desafios enfrentados pelo setor público na oferta de serviços de saúde, incorporando práticas de eficiência do setor privado para melhorar a infraestrutura e a qualidade do atendimento.

Uma das principais contribuições das PPPs é a capacidade de superar as restrições orçamentárias que muitas vezes limitam os investimentos públicos em saúde. Com a participação do setor privado, torna-se possível reali-

zar investimentos significativos na modernização e construção de estabelecimentos de saúde, acessando tecnologias avançadas e adotando práticas de gestão mais eficazes.

A Lei nº 11.079/2004, que regulamenta as PPPs no Brasil, estabelece um marco legal para a implementação dessas parcerias, assegurando que o setor privado não apenas financie, mas também participe ativamente na gestão de serviços de saúde, trazendo inovações tecnológicas e administrativas. Essas inovações são essenciais para aumentar a eficiência operacional e a qualidade dos cuidados de saúde, aspectos que são críticos para o sucesso das PPPs.

A legislação também enfatiza a necessidade de uma gestão eficiente de recursos, permitindo que operações não clínicas, como manutenção e segurança, sejam gerenciadas pelo setor privado, o que pode liberar recursos valiosos e permitir que o setor público concentre seus esforços na efetiva prestação de cuidados médicos.

Outro aspecto de suma importância das PPPs é a distribuição de riscos. A legislação preconiza que os riscos devem ser compartilhados entre os parceiros de forma justa e equitativa, dependendo da capacidade de cada parte para gerenciá-los. Isso inclui riscos financeiros, operacionais e tecnológicos, contribuindo para a conclusão dos projetos dentro do prazo e do orçamento estabelecido.

A sustentabilidade financeira é outra vantagem significativa proporcionada pelas PPPs. Ao distribuir os custos de capital ao longo do tempo, essas parcerias ajudam a estabilizar o orçamento de saúde e melhorar a previsibilidade dos gastos públicos, tornando o financiamento da saúde pública mais sustentável a longo prazo, dada a necessidade de investimentos contínuos em saúde para atender às demandas crescentes da população.

Embora as parcerias público-privadas ofereçam diversas vantagens para a melhoria da infraestrutura e gestão dos serviços de saúde, elas também apresentam limitações e riscos que precisam ser cuidadosamente gerenciados para evitar impactos negativos sobre o serviço público de saúde.

Um dos principais riscos associados às PPPs na saúde é a possibilidade de priorização do lucro em detrimento da qualidade e do acesso aos serviços de saúde. O modelo de remuneração baseado no desempenho pode, em alguns casos, levar à minimização de serviços menos rentáveis ou à redução na qualidade do atendimento para maximizar os retornos financeiros, podendo eventualmente contrariar o princípio da universalidade do acesso à saúde, fundamental no sistema de saúde brasileiro, como garantido pela Constituição Federal.

Além disso, as PPPs requerem contratos complexos e de longo prazo que podem impor desafios significativos em termos de flexibilidade e adaptação às mudanças nas demandas de saúde e nas condições econômicas ao

longo do tempo. Mudanças na política de saúde, alterações demográficas ou crises econômicas podem afetar a sustentabilidade das PPPs, resultando em encargos financeiros adicionais para o Estado ou na necessidade de renegociação dos termos contratuais, que podem ser onerosos e complexos legalmente.

A transparência emerge como preocupação crítica, dada a complexidade dos acordos e a participação de múltiplos atores, dificultando o monitoramento e a fiscalização efetiva por parte do público e dos órgãos de controle, podendo levar a uma percepção de falta de transparência e potencialmente a casos de corrupção.

Os riscos legais são igualmente significativos. As PPPs envolvem a alocação de responsabilidades entre os parceiros público e privado, e a inadequada definição de responsabilidades pode resultar em litígios prolongados e onerosos. Além disso, a dependência de um parceiro privado para serviços essenciais de saúde pode colocar o sistema de saúde em uma posição vulnerável em caso de falência ou não cumprimento dos termos contratuais pelo parceiro privado.

Finalmente, a implementação de PPPs na saúde requer uma capacidade institucional robusta para projetar, gerenciar e monitorar esses acordos. A falta de expertise técnica e administrativa para gerir tais parcerias pode levar a negociações desfavoráveis e a acordos que não maximizam os benefícios para o público.

Portanto, enquanto as PPPs possuem o potencial de trazer melhorias significativas para o sistema de saúde público, elas também trazem consigo uma série de desafios legais e operacionais que precisam ser meticulosamente gerenciados para garantir que essas parcerias cumpram seus objetivos de forma eficaz e ética, sempre alinhadas aos princípios de equidade e universalidade do sistema de saúde brasileiro.

7.8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo partiu da análise histórico-material da saúde brasileira, que, em inédita inovação, foi contemplada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como um direito de todos e um dever do Estado, que se tornou responsável, através de uma atuação positiva, em assegurar a concretização não só deste direito social, mas de outros direitos, de ordem econômica e cultural, inclusive.

As parcerias público-privadas têm se mostrado como sendo instrumentos essenciais na estratégia de modernização e expansão dos serviços públicos no Brasil, particularmente no setor de saúde. A Lei nº 11.079/2004, que fundamenta essas parcerias, estabelece um arcabouço jurídico detalhado e robusto, desenhado para assegurar que as PPPs sejam implementadas de

forma transparente, eficiente e alinhada com os princípios constitucionais e administrativos que regem a gestão pública.

A implementação das PPPs permite que o setor público se beneficie da eficiência, capital e inovação tecnológica do setor privado, contribuindo para a construção de infraestruturas de saúde mais avançadas e a prestação de serviços mais eficazes. Contudo, apesar dessas vantagens, a complexidade inerente aos contratos de longo prazo das PPPs e a necessidade de uma gestão e fiscalização contínuas impõem desafios jurídicos e administrativos significativos.

Juridicamente, é imprescindível que os contratos sejam estruturados com uma minuciosa atenção à divisão de responsabilidades, riscos e benefícios. A Lei nº 11.079/2004 enfatiza que esses contratos devem incluir cláusulas detalhadas sobre a fiscalização e a performance, estabelecendo critérios claros e mensuráveis de qualidade e eficiência. Esses critérios são fundamentais para garantir que os serviços prestados atendam às necessidades da população e que o parceiro privado seja remunerado de forma justa, baseada em seu desempenho real.

A exigência de licitação pública visa prevenir favoritismos e garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública, um princípio central na legislação brasileira sobre contratos públicos.

Além disso, a parte jurídica das PPPs deve sempre refletir uma preocupação com a probidade administrativa e a moralidade, exigindo que tanto o governo quanto os parceiros privados operem dentro de um quadro de alta integridade e transparência. Auditorias regulares, realizadas por órgãos independentes, e a obrigação de divulgar publicamente os relatórios de monitoramento e avaliação são medidas vitais para manter a confiança pública e a legitimidade das PPPs.

Em termos de fiscalização, a Lei nº 11.079/2004 determina que a administração pública deve adotar mecanismos de controle eficazes para supervisionar a execução dos contratos. Isso envolve a implementação de sistemas de acompanhamento que permitam uma avaliação contínua da qualidade dos serviços prestados e do cumprimento das obrigações contratadas pelo parceiro privado. A transparência dessas avaliações é crucial para garantir que qualquer falha ou desvio seja prontamente identificado e corrigido.

Portanto, enquanto as PPPs apresentam uma oportunidade valiosa para a melhoria dos serviços públicos de saúde, a sua eficácia depende de uma implementação rigorosamente alinhada aos preceitos jurídicos. A observância dos princípios legais, juntamente com uma gestão pública competente e transparente, são indispensáveis para assegurar que as parcerias público-privadas cumpram seus objetivos estratégicos e fortaleçam o sistema de saúde brasileiro de maneira sustentável.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Porto Alegre: Revista de Direito Social, v. 2, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. v. 5, número especial, Rio de Janeiro: [Syn]Thesis, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 27 set. 2024.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2024.
- BRASIL. **Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11079compilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2024.
- BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 30 set. 2024.
- BRASIL. **Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 30 set. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF**. Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17 dez. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 581.488/RS**. Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. Diário de Justiça da União, 8 abr. 2016.
- CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada: Caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico**. 2008. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/16949>>. Acesso em: 30 set. de 2024.

- MÂNICA, Fernando Borges. **Parcerias Público-Privadas no setor da Saúde: um panorama das concessões administrativas no Brasil e no mundo**. 2016. Disponível em <<https://fernandomanica.com.br/parcerias-publico-privadas-no-setor-da-saude-um-panorama-das-concessoes-administrativas-no-brasil-e-no-mundo/>>. Acesso em 30 set. 2024.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ROVAI, Armando Luiz; BONETTI, Karina. **Da necessidade de construir Sociedade de Propósito Específico, segundo as regras dispostas nos arts. 1.039 a 1.092 do novo Código Civil**. In: PAVANI, Sérgio Augusto Zampol; ANDRADE, Rogério Emilio (coords.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: MP, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 1, n. 1, Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <<https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>>. Acesso em 27 set. 2024.
- SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo**. – coord. Pedro Lenza. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. Ed. São Paulo: Método, 2006.

8

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPs) NA SAÚDE: BENEFÍCIOS E DESAFIOS

*Célio Marcos Lopes Machado*¹²³

*Leandro Martins Faria Sousa*¹²⁴

*Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão*¹²⁵

8.1 INTRODUÇÃO

De acordo com a Constituição Federal, a saúde constitui um direito de todos e um dever do Estado (CF, art. 196)¹²⁶. Em observância a este princípio fundamental, o Poder Público tem como sua obrigação precípua o fornecimento de serviços de saúde à população. Adicionalmente, o nosso ordenamento jurídico

¹²³ Advogado e economista. Mestre em Administração Pública com Gestão Econômica pela Fundação João Pinheiro. Professor associado à Fundação Dom Cabral (FDC). Doutor em Direito pela PUCMINAS.

¹²⁴ Assessor judiciário no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-graduado em Direito Civil Contemporâneo pela Universidade Anhuera/UNIDERP.

¹²⁵ Advogada. Pós-doutora em Direitos Humanos pela *Universidad de Salamanca*. Doutora em Direito Público (PUCMinas/Belo Horizonte). Mestre em Direito das relações econômicoempresariais (Unifran/ São Paulo). Professora universitária. Membro da Diretoria do Colégio de Gestores em Saúde de Minas Gerais – COGESMIG.

¹²⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.



autoriza a participação complementar/suplementar da iniciativa privada na prestação de serviços de saúde, desde que em conformidade com as normas inerentes ao sistema de saúde (CF, art. 197 e art. 199).

A Lei 8.080/1990¹²⁷ regula, em todo o território brasileiro, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado. Ela estabelece as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, e determina que a atuação direta do Estado na saúde é a regra, sendo subsidiária a participação da iniciativa privada. Portanto, a participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde (SUS) deve obedecer rigorosamente às normas estabelecidas, de modo a garantir a eficácia e a qualidade dos serviços prestados à população. Conforme observado por Fernando Borges Manica (2016, p. 10), a saúde é uma responsabilidade do Estado, que deve buscar modelos administrativos mais eficientes para a disponibilização de serviços nessa área.

Nesse cenário, surgem as parcerias público-privadas (PPPs), reguladas pela Lei nº 11.079/2004, que estabeleceu normas gerais para licitação e contratação no âmbito União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Como destacado por José dos Santos Carvalho Filho (2023, p. 342), as parcerias público-privadas (PPPs) podem ser justificadas por: I) limitação ou esgotamento da capacidade de endividamento público, II) necessidade de prestação

127 Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada. Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público. Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS). Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde. § 1º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados. § 2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. § 3º (Vetado). § 4º Aos proprietários, administradores e dirigentes de entidades ou serviços contratados é vedado exercer cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde (SUS). § 5º Os valores a que se refere o caput deste artigo, para o conjunto das remunerações dos serviços de saúde, serão definidos no mês de dezembro de cada ano, por meio de ato do Ministério da Saúde, devendo-se buscar a garantia da qualidade do atendimento, o equilíbrio econômico-financeiro na prestação dos serviços e a preservação do valor real destinado à remuneração de serviços, observada a disponibilidade orçamentária e financeira". BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, 20 set. 1990.

de serviços públicos não autossustentáveis e III) princípio da subsidiariedade e necessidade de eficiência do serviço público.

Sobre o tema, lecionam Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Aline Lícia Klein e Floriano de Azevedo Marques Neto (2022, p. 156):

[...] a Lei das PPP (Lei Federal 11.079/2004) foi introduzida, entre nós, basicamente com três grandes propósitos principais: (i) sacramentar a possibilidade de realização de pagamentos de subsídios pela Administração Pública aos concessionários de serviços públicos (o que, apesar de já estar previsto no art. 17 da Lei 8.987/1995, era visto como hipótese excepcional e dependente de lei); (ii) viabilizar o oferecimento de garantia do adimplemento da obrigação pecuniária assumida pelo poder concedente nessas novas modalidades; e (iii) ampliar o leque de serviços sujeitos à concessão à iniciativa privada, permitindo a aplicação da lógica contratual da concessão para outros objetos, inclusive serviços administrativos em geral (concessão administrativa).

Para atingir tais desideratos, a nova lei criou duas novas modalidades de concessão no ordenamento jurídico brasileiro: a concessão patrocinada, descrita pelo § 1.º do art. 2.º como “a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987, de 13.02.1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”; e a concessão administrativa, definida como “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” (art. 2.º, § 2.º), sem eliminar, por certo, a concessão “comum” regida pela Lei 8.987/1995, “não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987, de 13.02.1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.” (art. 2.º, § 3.º) (PIETRO, 2022, p. 157).

Henrique Savonitti Miranda (2021, p. 232) elucida que no âmbito do Direito Público Comparado, a expressão PPP é uma nomenclatura que caracteriza uma forma de cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada, com o objetivo de projetar, financiar, construir ou administrar obras, ou prestar serviços de interesse público, mediante financiamento total ou parcial a cargo da iniciativa privada. Por sua vez, Fernando Vernalha Guimarães (2013, p. 25), ressalta que as parcerias público-privadas (PPPs) são novas modalidades de contratos administrativos que introduzem complexidades interpretativas e precisam ser adequadas ao regime jurídico da contratação administrativa.

Com efeito, elas devem representar um equilíbrio entre o setor público e o privado, unindo o interesse coletivo com o objetivo de lucro do parceiro privado. Para garantir o benefício público, especialmente na área da saúde, que é um direito fundamental, essas parcerias precisam ser conduzidas de

forma responsável e transparente, assegurando o acesso da população a serviços de qualidade, muitas vezes escassos. (PIVETTA, 2022, p. 12)

A partir do surgimento das parcerias público-privadas (PPPs), a Administração Pública tem encontrado na celebração delas uma alternativa para a garantia de direitos fundamentais à população, como o direito à saúde. Consoante afirmam Maria Tereza Fonseca Dias e Maria Elisa Braz Barbosa (2021, p. 07) elas são uma alternativa para garantir acesso universal e qualidade nos serviços de saúde no Brasil.

Bruno Miragem (2017, p. 548) enfatiza que há a necessidade de novas abordagens na Administração Pública para melhorar a eficiência e a cooperação com o setor privado. Confira-se:

[...] o acúmulo de tarefas assumidas pela Administração, e sua não correspondência com os recursos necessários à realização das mesmas, fez com que o modelo cultivado nas últimas décadas do século passado fosse colocado em xeque, exigindo uma profunda alteração quantitativa e qualitativa do papel do Estado e de suas relações com os particulares, dando origem a uma sucessão de reformas administrativas com o visível objetivo de conferir maior eficiência à atividade estatal. Estas de sua vez, concentradas na redução dos custos do Estado, procuraram igualmente ressaltar e promover a cooperação entre os diferentes entes públicos, e destes com os particulares, através de diversos instrumentos capazes de promover, igualmente, a otimização dos recursos disponíveis, como é o caso dos convênios, contratos e consórcios administrativos.

Daí é que a transformação do perfil da Administração Pública brasileira impôs o reconhecimento de novos métodos de atuação administrativa, partindo-se a noção de coordenação gerencial num âmbito de cooperação (interno) e em outro de colaboração (externo). A cooperação, interna à própria estrutura da Administração – em seus diversos entes e órgãos –, realizando-se por intermédio da autonomia gerencial do órgão, ou pela gestão associada de diversos órgãos. Já a colaboração, a partir do que a Administração associa-se a outros entes – públicos ou privados – para consecução de interesse público, opera através de duas espécies de gestão: a gestão em parceria e a gestão admitida. (Miragem, 2017, p. 548)

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho (FILHO, 2023, p. 342), as parcerias público-privadas (PPPs) têm sido adotadas com êxito em diversos países, como Portugal, Espanha, Inglaterra e Irlanda, e “apresentam como justificativa dois pontos fundamentais, sobretudo em relação aos países ainda em desenvolvimento: a falta de disponibilidade de recursos financeiros e a eficiência da gestão do setor privado”¹²⁸.

128 O Reino Unido foi pioneiro na utilização de PPPs para a construção e operação de hospitais através da *Private Finance Initiative* (PFI). O [NHS LIFT](#) (*Local Improvement Finance Trust*) foi uma iniciativa para renovar e construir centros de saúde comunitários.

Destarte, o estudo das parcerias público-privadas (PPPs) nos serviços de saúde é fundamental para auxiliar no aprimoramento das políticas públicas, de modo a garantir acesso universal, com eficiência e qualidade. A análise dos aspectos legais e a observação de casos concretos já implementados no Brasil, como o Hospital Metropolitano Doutor Célio de Castro em Belo Horizonte/MG, contribuem sobremaneira para esse progresso.

Utilizar-se-á nessa pesquisa, a metodologia do tipo exploratória, de cunho qualitativa, com análise jurisprudencial, conjugada com revisão bibliográfica através da consulta em teses, dissertações, artigos científicos e doutrinas de autores que debatem direta ou indiretamente as questões teóricas que integram o objeto do presente estudo.

8.2 CONCEITO E ASPECTOS LEGAIS

Em 30 de dezembro de 2004, foi sancionada a Lei Federal nº 11.079¹²⁹, conhecida como Lei das Parcerias Público-Privadas (PPPs). Antes disso, os Estados de Minas Gerais, com a Lei Estadual nº 14.868/2003¹³⁰, e São Paulo, com a Lei Estadual nº 11.688/2004¹³¹, já haviam estabelecido normas estaduais, que se adiantaram à legislação federal sobre o tema.

Quanto às origens, podemos afirmar que as parcerias público-privadas não são instrumentos novos no Brasil, mas antes eram específicas para determinadas áreas, e não se utilizava estes termos, pois foi D. Pedro II (1840-1889) quem deu abertura para tal processo denominado de “concessão” na área de infraestrutura do País. Em 1835, conforme publicação do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, o Governo Imperial estabeleceu na Lei n.º 101, um modelo “concessório”; oferecendo determinadas vantagens às empresas que se comprometessem a construir estradas de ferro, porém isto não conseguiu despertar o interesse empresarial, porque não consideravam um negócio lucrativo, que pudesse compensar seus investimentos. (SANTOS, 2017, p. 10).

Conforme o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 11.079/2004, suas disposições são aplicáveis a órgãos da administração pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, além de fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades

129 BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 30 dez. 2004.

130 MINAS GERAIS. Lei nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos no Estado. Diário do Executivo, Minas Gerais.

131 SÃO PAULO. Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004 Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas (PPP) e dá outras providências.

controladas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A lei define PPP como um contrato administrativo de concessão, nas modalidades patrocinada ou administrativa. A concessão patrocinada refere-se à prestação de serviços públicos ou obras públicas, conforme a Lei nº 8.987/1995¹³², quando envolve, além da tarifa dos usuários, contraprestação financeira do ente público ao parceiro privado. Já a concessão administrativa caracteriza-se pela prestação de serviços em que a Administração Pública é usuária direta ou indireta, mesmo que envolva execução de obras ou fornecimento de bens (art. 2º, §§ 1º e 2º)¹³³.

A Lei nº 11.079/2004 também especifica que a concessão comum, conforme a Lei nº 8.987/1995, que não implica contraprestação financeira do ente público ao parceiro privado, não constitui uma parceria público-privada (PPP) (art. 2º, § 3º). A propósito, José dos Santos Carvalho Filho esclarece que, em virtude da caracterização da PPP como contrato administrativo de concessão, “melhor caracterizá-las como concessões especiais, para distingui-las das concessões comuns” (FILHO, 2013, p. 542).

O artigo 2º da Lei nº 11.079/2004 elenca duas formas possíveis de parcerias público-privadas: **concessão patrocinada**, delineada como a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, que, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, admite a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; e **concessão administrativa**, configurada como a prestação de serviços em que a administração pública é usuária direta ou indireta e não há tarifa a ser exigida.

Segundo Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind (2023, p. 03), a “Lei das PPPs” primeiramente estabeleceu um arcabouço legal que permite ao setor privado investir na criação e gestão de infraestrutura pública, não apenas para serviços direcionados aos usuários, como previsto na Lei 8.987/1995, mas também para serviços voltados diretamente à Administração Pública. Nesses casos, onde não há cobrança direta de tarifas - como em

132 BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

133 Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. § 2º 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. § 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. (BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 30 dez. 2004).

penitenciárias, centros de atendimento ao cidadão, unidades básicas de saúde e hospitais - a compensação financeira vem da Administração Pública (art. 2º, § 2º). Da mesma forma, a lei aprimorou o modelo de concessões, permitindo a combinação de tarifas com subsídios adicionais da Administração, inovação em relação à Lei de Concessões, que possibilitam o aporte de subsídios para complementar o pagamento à concessionária (art. 11).¹³⁴

Outro desiderato da lei é impedir a administração pública de comprometer recursos de forma temerária (art. 4º, IV¹³⁵, c/c arts. 10¹³⁶,

134 Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 ; II – (VETADO) III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato. Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.

135 Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; V – transparência dos procedimentos e das decisões; VI – repartição objetiva de riscos entre as partes; VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

136 Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: (Redação dada pela Lei nº 14.133, de 2021) I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre: a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada; b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato; II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada; III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual; IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública; V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado; VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo

22¹³⁷ e 28¹³⁸) e criar um ambiente mais atrativo para o investimento privado, assegurando o cumprimento dos compromissos financeiros assumidos (art. 8º)¹³⁹. Conforme apontam Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Ari Sund-

menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir: § 1º A comprovação referida nas alíneas b e c do inciso I do caput deste artigo conterà as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, observadas as normas gerais para consolidação das contas públicas, sem prejuízo do exame de compatibilidade das despesas com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias. § 2º Sempre que a assinatura do contrato ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, deverá ser precedida da atualização dos estudos e demonstrações a que se referem os incisos I a IV do caput deste artigo. § 3º As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica. § 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

137 Art. 22. A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

138 Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. (Redação dada pela Lei nº 12.766, de 2012) § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que contratarem empreendimentos por intermédio de parcerias público-privadas deverão encaminhar ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação, as informações necessárias para cumprimento do previsto no caput deste artigo. § 2º Na aplicação do limite previsto no caput deste artigo, serão computadas as despesas derivadas de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo respectivo ente, excluídas as empresas estatais não dependentes. (Redação dada pela Lei nº 12.024, de 2009)

139 Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: (Vide Lei nº 13.043, de 2014) Vigência I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal; II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras; (Redação dada pela Lei nº 14.227, de 2021) V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; VI – outros mecanismos admitidos em lei.

feld (2012), estabeleceu-se uma repartição objetiva de riscos entre as partes, de modo que “a atribuição de cada espécie de risco deve ser feita à parte mais capacitada para administrá-lo” (DI PIETRO; SUNDFELD, 2012, p. 91).

José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 342) destaca três características essenciais das PPPs que as distinguem dos contratos administrativos tradicionais: I) o parceiro privado deve investir com recursos próprios ou de terceiros, sem que o Poder Público cubra integralmente os custos; II) os riscos são compartilhados entre o Poder Público e o parceiro privado, o que exige controle eficiente; III) o Estado oferece contrapartidas ao parceiro privado, como pagamentos diretos e concessão de direitos ou créditos não tributários.

Segundo Irene Patrícia Diom Nohra (2022), a Lei nº 11.079/2004 é um exemplo de diploma normativo simultaneamente nacional e federal”, pois suas normas gerais são aplicáveis a todos os entes federativos, mas dispositivos como os arts. 14 a 22 são restritos à União. (NOHARA, 2022, p. 76)

As inovações da Lei nº 11.079/2004 representam uma mudança de paradigma nos contratos administrativos, focando na autonomia da vontade e reconhecendo que as parcerias são uma fonte de obrigações para ambos os lados. Nesse diapasão, as licitações para essa modalidade de contratação devem seguir a legislação geral de licitações e contratos administrativos, mas com especificidades, sendo realizadas exclusivamente na modalidade de concorrência. O processo exige, entre outras condições, a autorização da autoridade competente, adequação às exigências orçamentárias, submissão à consulta pública e obtenção de licença ambiental prévia. Também foi instituído o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP) para garantir o pagamento das obrigações pecuniárias dos parceiros públicos federais. (DI PIETRO; SUNDFELD, 2012, p. 93)

Na área da saúde, os contratos celebrados a título de parcerias público-privadas são tangenciados pela Lei nº 8.080/1990¹⁴⁰, que estabelece as diretrizes para ações e serviços de saúde, autorizando a participação da iniciativa privada em caráter subsidiário. E também pela Lei nº 8.142/1990¹⁴¹, que regulamentou a participação popular na gestão do SUS e estabeleceu critérios para a transferência de recursos financeiros entre esferas governamentais.

140 BRASIL. Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 20 set. 1990.

141 BRASIL. Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 31 dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm.

A Lei nº 14.133/2021¹⁴², que institui a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, e outras normas, como a Lei nº 13.303/2016¹⁴³ e o Decreto nº 7.746/2012¹⁴⁴, complementam o quadro regulatório que tangenciam as parcerias público-privadas, sempre buscando promover a transparência e a sustentabilidade nas contratações públicas.

Também é possível citar a Lei nº 9.637/1999¹⁴⁵, que trata das Organizações Sociais (OSs), bem como a Lei nº 9.790/1999¹⁴⁶, que dispõe sobre as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs). Tais normas tratam das entidades privadas sem fins lucrativos que podem atuar em colaboração com o poder público na prestação de serviços de saúde.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal (STF) já proferiu decisões importantes relacionadas à questão, como a ADI 1923, que reconheceu a constitucionalidade das parcerias entre a Administração Pública e as Organizações Sociais, e o RE 581.488/RS, que considerou inconstitucional a diferenciação de acomodações no SUS mediante pagamento adicional. O julgamento da ADI 1923¹⁴⁷, em 16 de abril de 2015, validou a dispensa de

142 BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Dispõe sobre a licitação e contratação de serviços pela administração pública. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 1º abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm.

143 BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 1º jul. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm.

144 BRASIL. Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012. Estabelece critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 6 jun. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7746.htm.

145 BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1999. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 18 maio 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm.

146 BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, e institui e disciplina o Termo de Parceria. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 24 mar. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm.

147 [...] As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos. 16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados

licitação para contratos de gestão, desde que sujeitos à fiscalização de órgãos como o Ministério Público e o Tribunal de Contas. Já o RE 581.488/RS, julgado em 03 de dezembro de 2015, reafirmou o princípio de equidade no SUS, proibindo diferenciações de classe nos atendimentos.

Diante de todo o exposto, verifica-se que, a partir da Lei das parcerias público-privadas (PPPs), o Poder Público passou a contar com uma ferramenta importante para a prestação de serviços de saúde à população com qualidade e eficiência. Isso porque a Lei permite que o Estado, por meio de contratos bem estruturados, possa contar com o apoio da iniciativa privada, sobretudo quando suas próprias capacidades são insuficientes em uma demanda crescente.

8.3 VANTAGENS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPS) NA SAÚDE

As parcerias público-privadas (PPPs) têm se mostrado um instrumento eficaz para aprimorar a qualidade dos serviços de saúde em diversos países, proporcionando benefícios substanciais, como aumento da eficiência, inovação tecnológica, ampliação do acesso a serviços de qualidade, redução de custos e melhoria da infraestrutura.

Uma grande vantagem é a ampliação do acesso à saúde em áreas onde o governo não consegue atender toda a demanda, garantindo cuidados conforme determina a Constituição Federal (art. 196 e seguintes). Ao reduzirem os custos operacionais e permitirem o melhor uso dos recursos públicos, as parcerias proporcionam a disponibilização de mais dinheiro para outros investimentos públicos, como a construção e manutenção de novos hospitais e centros de saúde.

Bruno Miragem (2017, p. 267) ressalta que as PPPs oferecem formas inovadoras de cooperação entre o Estado e o setor privado, com foco em sustentabilidade e gestão de riscos. Conforme o autor, elas proporcionam “um balanceamento e distribuição de riscos entre o Poder Público e o empreendedor privado, assim como preveem novos instrumentos de eficiência e transparência da gestão de concessões públicas, o que se manifesta claramente por intermédio das Sociedades de Propósito Específico, previstas como responsáveis exclusivas pela administração da concessão” (MIRAGEM, 2017, p. 267).

privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal. (STF - ADI: 1923 DF, Relator: AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 16/04/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 17/12/2015)

Para Meyer (2021, p. 56) as PPPs permitem que empresas privadas se envolvam em serviços públicos e tragam benefícios ao setor público, como novas habilidades e técnicas de gestão. O autor ainda acrescenta que “uma vez que a administração pública conta, em geral, com recursos limitados e corpo técnico pouco dinâmico, essas parcerias com o setor privado podem se tornar uma forma de oxigenar a burocracia estatal com novos conhecimentos, técnicas e habilidades” (MEYER, 2021, p. 56).

As parcerias público-privadas também representam uma alternativa de financiamento que distribui os custos ao longo do tempo, evitando a alocação imediata do valor total no orçamento. Assim, o setor público pode contornar limitações financeiras de curto prazo, repartindo os pagamentos ao longo do tempo. Segundo Justen Filho e Schwind (2023), “se de um lado as PPPs aliviam o orçamento público, de outro mobilizam mais interesses privados de terceiros, notadamente daqueles que endividarão a contratada no financiamento de seu capital”. (FILHO; SCHWIND, 2023, p. 123)

A sustentabilidade e a melhoria dos serviços oferecem ao Poder Público uma forma de superar as limitações orçamentárias e reduzir o endividamento. Embora se discuta que o investimento público diminua com o aumento do investimento privado, na prática as PPPs complementam, em vez de substituir, investimentos públicos tradicionais, com a implementação de uma infraestrutura que seria inviável. (FILHO; SCHWIND, 2023).

Além de melhorar a oferta de serviços, as PPPs permitem um planejamento mais eficiente de políticas e regulamentação, e aumentam a transparência por meio das consultas públicas obrigatórias, que são realizadas antes das licitações/contratações. A experiência acumulada também orienta futuras decisões, proporcionando um *benchmark* para novos projetos e influenciando práticas em outras modalidades (FILHO; SCHWIND, 2023). Meyer (2017, p. 95) ainda destaca que as PPPs possibilitam a utilização da “contraprestação pública como forma de se garantir a modicidade tarifária nos valores cobrados do público. Em outras palavras, o governo garante tarifas mais baixas por meio de suas contraprestações ao concessionário, as quais servem para subsidiar as tarifas praticadas”.

Assim, todos esses benefícios demonstram como as parcerias público-privadas (PPPs) podem ser uma estratégia eficaz para melhorar a qualidade e a eficiência dos imprescindíveis serviços de saúde, proporcionando vantagens tanto para os pacientes quanto para o Sistema Único de Saúde (SUS) como um todo.

8.4 DESAFIOS E RISCOS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVAS (PPPS) NA ÁREA DA SAÚDE

Entretanto, existem alguns desafios enfrentados pelas parcerias público-privadas (PPPs) na saúde pública, que requerem atenção. O sistema

público de saúde no Brasil (SUS) enfrenta atualmente diversos problemas relacionados ao financiamento, eficiência operacional, gestão, qualidade dos serviços, capacidade de resolução de problemas, segurança dos pacientes e equidade no acesso aos recursos. Assim, é exigida das parcerias uma compreensão profunda das necessidades do sistema, com alinhamento dos objetivos do setor privado e público. Isso porque a iniciativa privada se preocupa primordialmente com resultados financeiros, perenidade da relação contratual, e formas para assegurar juridicamente o cumprimento das obrigações assumidas. (BARBOSA; MALIK, 2014, p. 38)

A implementação das parcerias público-privadas (PPPs) enfrenta questões legais, políticas e culturais, que dificultam a adaptação do marco regulatório aos casos concretos. Além disso, quando uma parceria não demonstra melhorias significativas na qualidade dos serviços disponibilizados aos cidadãos, sua legitimidade é comprometida. (MEYER, 2021, p. 97)

A definição precisa e eficaz dos papéis e responsabilidades que cada participante da parceria público-privada deve assumir é fundamental, pois visa mitigar possíveis conflitos ou lacunas na prestação de serviços essenciais à sociedade. Além disso, o gerenciamento eficiente dos recursos humanos e materiais é crucial para o funcionamento dessas parcerias, assim como a hígidez da infraestrutura, que deve estar sempre em condições adequadas para atender à comunidade. A garantia da qualidade dos serviços prestados também se revela de extrema importância. Também podemos citar a transparência nas relações estabelecidas, devendo existir prestação de contas, comunicação aberta entre os parceiros, associados a mecanismos eficazes de resolução de conflitos, fundamentais para assegurar o sucesso e a sustentabilidade das parcerias público-privadas no campo da saúde pública. Sem dúvidas, a deficiência da governança dificulta a definição de metas claras para a prestação desses serviços.

Sob a perspectiva da governança, a implantação das PPPs frequentemente ignora os impactos das renegociações e rescisões contratuais. Assim, é necessária a padronização de elementos contratuais e a inclusão de mecanismos para reduzir custos e melhorar o desempenho dos projetos, promovendo um alinhamento mais eficaz entre os participantes e contribuindo para o sucesso das iniciativas no Brasil (THAMER & OGASAVARA, 2023, p. 10). Com efeito, sem a correta supervisão pelos órgãos competentes, podem ocorrer impactos negativos à população. Da mesma forma, grupos vulneráveis da população podem ficar prejudicados se não for assegurada a equidade no acesso aos serviços de saúde. Igualmente, a transferência desequilibrada de recursos públicos para o setor privado pode comprometer a sustentabilidade do sistema de saúde (SUS).

Como os contratos na área saúde envolvem uma diversidade de serviços prestados, a negociação entre os contratantes e a atribuição de responsabilidades pode ser mais difícil e demorada. Da mesma forma, causa preocupação

a eventual ocorrência de apropriação indevida de recursos públicos, um problema infelizmente persistente no contexto brasileiro.

A gestão eficaz das parcerias público-privadas (PPPs), requer um modelo robusto, que lide com a complexidade dos contratos e seus longos prazos. Da mesma forma, o sucesso das concessões depende da capacidade de negociação e flexibilidade, necessários à plena execução.

A respeito, destaca Bernardo Meyer:

Os governos também não estão preparados e estruturados para gerenciar as PPPs. Geralmente o que se observa é a ausência de vários elementos necessários para gerir parcerias. Destacam-se quatro elementos essenciais: processos, estrutura, pessoas e tecnologia. Muitas vezes não há processos sistematizados para realizar esta gestão de forma organizada e sistemática. Assim como é comum não haver uma estrutura dedicada à gestão de PPPs. Aliás, é recorrente constatar a ausência de órgãos especializados em PPPs na administração pública. Neste quadro observa-se a carência de profissionais qualificados para trabalharem com parcerias. A fragilidade técnica de projetos é, muitas vezes, originária da ausência de profissionais e times especializados. Por último, mas não menos importante, faltam recursos tecnológicos para controlar, acompanhar e facilitar a gestão do desempenho dos parceiros.

[...] Desavenças em torno de revisões contratuais são também uma realidade no universo das PPPs. Os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, por sua vez, estão entre as mais recorrentes razões de intensas discussões entre os parceiros. Este é um tema que muitas vezes pode demandar a necessidade de mediação externa de modo que se possa formar um entendimento que não inviabilize a participação de nenhuma das partes envolvidas.

[...] Definitivamente não se trata de algo simples, rápido e fácil de ser estruturado. Entretanto, isso não causa surpresa ao se considerar que se trata de contratos complexos, com diferentes serviços, necessidades de grandes investimentos e longa vigência.

[...] Os longos prazos das PPPs abrem espaço para muitas intercorrências, que podem impactar, de diferentes formas, o desempenho do parceiro. Por isso, faz-se necessária a existência desta capacidade negociativa entre os parceiros no intuito de buscar as melhores saídas frente aos desafios que surgem. Contratos bem estruturados com previsões de revisões programadas e com especificação de riscos também são itens críticos para auxiliar a administração pública a gerenciar as PPPs de forma mais harmônica e conscienciosa. (MEYER, 2021, p.95)

Um outro risco das parcerias público-privadas (PPPs) é a potencial distorção da agenda de saúde, quando são priorizados interesses corporativos em detrimento das necessidades reais dos cidadãos. Isso pode comprometer

a eficácia das políticas de saúde pública, em razão do desvio de recursos de áreas prioritárias para beneficiar empresas privadas. Embora apresentem como uma forma de otimização de recursos, as PPPs são criticadas por negligenciarem os determinantes sociais da saúde. Ao priorizar interesses privados, essas parcerias podem resultar na mercantilização da saúde, em confronto com os princípios de universalidade e equidade que fundamentam o SUS. (CARNUT; FERRAZ, 2021, p. 04).

Segundo Carvalhosa e Kuyven (2020, p. 03), é desafiador definir regras rígidas para a alocação de riscos em contratos de concessão e parcerias público-privadas, pois há diferentes abordagens econômicas e contratuais. Embora a matriz de riscos do contrato deva ser considerada para avaliar o equilíbrio econômico-financeiro, a legislação permite flexibilidade na distribuição dos riscos. Eventos como a pandemia de Covid-19 influenciam sobremaneira os aspectos contratuais dessas parcerias. O parceiro privado pode eventualmente buscar o reequilíbrio contratual, com a concessão de direitos adicionais, em razão de atos governamentais desproporcionais.

Em virtude de todos esses desafios, é necessária a implementação cuidadosa das parcerias entre setor público e privado na saúde pública. Para isso, é muito importante a capacitação da Administração Pública, que deve tomar decisões transparentes, fundamentadas e adequadas, em respeito às garantias inerentes aos serviços de saúde (art.196 e seguintes da CF). Não se pode olvidar que a estruturação, execução e fiscalização rigorosa das parcerias público-privadas (PPPs) mitigam os riscos e asseguraram que os objetivos de eficiência e transparência sejam alcançados de forma sustentável.

8.5 CASOS ESPECÍFICOS DA IMPLANTAÇÃO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPS) NA ÁREA DA SAÚDE NO BRASIL

Desde o advento da Lei nº 11.079/2004, inúmeros Estados criaram leis versando sobre PPPs.

A adoção das PPPs no Brasil começou a ganhar forma no final da década de 1990 e início dos anos 2000, durante um período de reestruturação econômica e administrativa do país. A necessidade de modernizar a infraestrutura e melhorar os serviços públicos, juntamente com restrições fiscais, incentivou o governo a buscar novas formas de financiamento e gestão. (LEITÃO, 2024, p. 01)

A primeira PPP (concessão patrocinada) assinada no Brasil foi o projeto para exploração da operação dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 - Amarela do Metrô de São Paulo, cujo percurso abrange desde a Estação da Luz até Taboão da Serra, com um valor de R\$ 790 milhões, entre a Companhia do Metropolitano de São Paulo - METRÔ do Estado de São

Paulo e a Concessionária da Linha 4 do Metrô de São Paulo S.A. (ViaQuatro). (MATTOS; MAFFIA, 2015, p. 17)

O Estado pioneiro a legislar sobre as PPPs foi Minas Gerais¹⁴⁸, mediante a Lei nº 14.686, de 16 de dezembro de 2003, seguido por Santa Catarina (Lei nº 12.930, de 04 de fevereiro de 2004), São Paulo (Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004), Goiás (Lei nº 14.910, de 11 de agosto de 2004) e Bahia (Lei nº 9.290, de 27 de dezembro de 2004).

As Parcerias Público-Privadas (PPPs) na área da saúde estão sendo implementadas em diversos pontos do Brasil, tais como em Belo Horizonte/MG, no intuito de fortalecer o sistema de saúde, ampliar o acesso aos serviços e promover uma gestão mais eficiente.

O Hospital Regional Metropolitano de Belo Horizonte/MG, conhecido como Hospital Metropolitano Doutor Célio de Castro (HMDCC) - localizado no Barreiro, região da Capital que conta com aproximadamente 300 mil habitantes distribuídos por 54 bairros e 18 vilas - foi construído mediante a implantação de uma parceria público-privada, conforme as disposições da Lei Municipal Nº 10.754/2014¹⁴⁹, que estabeleceu suas diretrizes de gestão.

A parceria público-privada foi firmada entre a Prefeitura de Belo Horizonte e a Opy Health¹⁵⁰, sendo que o HMDCC é um Serviço Social Autôno-

148 O Estado de Minas Gerais é precursor na elaboração de Parcerias Público-Privadas no Brasil. Ao longo dos 15 anos de existência do Programa Estadual foram assinados 10 contratos de PPP, resultando em mais de 4,5 bilhões de reais privados investidos. O Programa PPP de Minas Gerais já foi reconhecido pelo *World Finance* como o melhor programa de PPPs do Mundo (2012), além de ter reconhecida a sua equipe como o time do ano (2015). (Informações disponíveis em www.mg.gov.br Acesso em 01 de out. de 2024). Em Belo Horizonte destacam-se a BeFlay Minascentro, a Serraria Souza Pinto e a Rodoviária de BH como modelos exitosos de parceria entre as esferas pública e privada. Em Araxá: o Grande Hotel de Araxá e em Poços de Caldas, o Palace Poços de Caldas (cartão postal do município). Em fevereiro de 2014, o Governo de Minas, por meio da Secretaria de Estado de Infraestrutura, Mobilidade e Parcerias, e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) foram premiados no evento Prêmio P3C, que reconhece as melhores iniciativas em parcerias público-privadas no país. O Programa de Rodovias Mineiras já concedeu cerca de 2.500 km em seis lotes de rodovias. O Estado de Minas Gerais possui a maior malha rodoviária do país, com mais de 22 mil km a serem mantidos, operados e ampliados. O projeto de iluminação pública através de PPPs de Ribeirão das Neves incluiu instalação de luminária de LED em toda a cidade, proporcionando uma iluminação uniforme e de alta qualidade, além de otimizar o consumo de energia. (Informação disponível em www.infraestrutura.mg.gov.br Acesso em 01 de out. de 2024)

149 **BRASIL.** Belo Horizonte. Lei nº 10.754, de 30 de setembro de 2014. Autoriza o Poder Executivo a instituir o serviço social autônomo Hospital Metropolitano Doutor Célio de Castro e dá outras providências. Diário Oficial do Município de Belo Horizonte, Belo Horizonte, 30 set. 2014.

150 Antes da Opy Health assumir a concessão do Hospital Metropolitano Dr. Célio de Castro, a comissão responsável era o Novo Metropolitano S/A. Esta empresa gerenciava os serviços não assistenciais, como limpeza, alimentação, segurança e logística. Em 2020, a Opy Health adquiriu 100% das ações do Novo Metropolitano, integrando-a completamente à sua operação. Com essa

mo (SSA-HMDCC) que presta serviços assistenciais com exclusividade para o SUS.¹⁵¹ Já a Opy Health ficou como responsável pela prestação de serviços não assistenciais como manutenção predial, de equipamentos e mobiliário, tecnologia e informação, higiene e limpeza, estacionamento, hotelaria, serviço de nutrição dietética, segurança, entre outros.

No Contrato de Concessão Administrativa¹⁵² do Hospital Metropolitan Doutor. Célio de Castro, o poder concedente estabeleceu um procedimento licitatório na modalidade de concorrência pública para a delegação dos serviços e obras de engenharia e prestação dos serviços de apoio ao funcionamento do nosocômio, excluídos os serviços assistenciais de saúde.

As operações do HMDCC tiveram início em 12 de dezembro de 2015 com 47 leitos. A primeira ampliação ocorreu em setembro de 2016, quando o hospital passou a contar com 90 leitos. Em agosto de 2017, foram adicionados mais 100 leitos, e, em dezembro do mesmo ano, o hospital atingiu sua capacidade plena de funcionamento com 460 leitos. Atualmente, o hospital mantém esses 460 leitos, sendo 80 de UTI, além daqueles dedicados a clínica médica, cirurgia e tratamento de AVC, entre outros. O atendimento é 100% regulado pela Central de Internação de Belo Horizonte. Ao longo de mais de oito anos de funcionamento, o hospital atendeu aproximadamente 100 mil pacientes internados, realizou 46.190 cirurgias e efetuou 638.865 exames de imagem. Ainda disponibilizou 5.128 oportunidades de estágio para universitários da área da saúde, e formou 438 residentes desde a criação do Núcleo de Ensino, Pesquisa e Extensão (NEPE) em 2018¹⁵³.

De acordo com a pesquisa de satisfação Net Promoter Score (NPS)¹⁵⁴, o Hospital Municipal Doutor Célio de Castro obteve 95,92% de aprovação

mudança, a entrega foi renomeada para ONM Health, parte do plano estratégico da Opy para melhorar a infraestrutura hospitalar e os serviços de apoio (Saúde OPY) (saúde negócios) (Saúde OPY). (OPY Saúde. Após ser adquirida, compra Novo Metropolitan agora é ONM Health. Disponível em: <https://opyhealth.com.br/concessionaria-novo-metropolitano-agora-e-onm-health>. Acesso em 11 de setembro de 2024).

151 HMDCC. **Hospital Célio de Castro recebe visita do Governo de Tocantins**. HMDCC, [s.d.]. Disponível em: <https://www.hmdcc.com.br/hospital-celio-de-castro-recebe-visita-do-governo-de-tocantins>. Acesso em: 07 set. 2024.

152 PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. **Hospital Metropolitan de Belo Horizonte**. Prefeitura de Belo Horizonte, [s.d.]. Disponível em: <https://prefeitura.pbh.gov.br/transparencia/acoes-e-programas/parcerias-publico-privadas/hospital-metropolitano-de-belo-horizonte>. Acesso em: 07 set. 2024.

153 HOSPITAL METROPOLITANO DR. CÉLIO DE CASTRO. **História. Hospital Metropolitan Doutor Celio de Castro**. Disponível em <https://www.hmdcc.com.br/hist>. Acesso em 27 de julho de 2024.

154 HOSPITAIS BRASIL. O Hospital Metropolitan Dr. Célio de Castro mantém padrão de excelência em pesquisa de satisfação pelo terceiro ano consecutivo. Portal Hospitais Brasil, São Paulo, há 30 anos. 2023. Disponível em: <https://portalhospitaisbrasil.com.br/hospital->

em 2023, superando suas notas de 93,77% em 2022 e 93,83% em 2021, bem acima do nível de excelência (75%). A pesquisa foi realizada com pacientes e acompanhantes durante a internação, e avaliou a probabilidade de recomendação e a qualidade dos serviços médicos e não assistenciais, como alimentação, limpeza e instalações.

Por outro lado, um estudo realizado durante o biênio 2018/2019 por Fernandes e Bordin (2022), com base em dados secundários do Sistema de Internações Hospitalares e do Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde, revelou que o HMDCC não se mostrou superior em nenhum dos indicadores de desempenho em relação a outras instituições com modelos de gestão diversos¹⁵⁵.

Por sua vez, na Rede de Atenção Primária à Saúde de Belo Horizonte, é possível citar as parcerias público-privadas celebradas pela Prefeitura Municipal na modalidade de concessão administrativa, de serviços não assistenciais de apoio e infraestrutura, precedidos de obras de reconstrução e construção de novas unidades.

Como cediço, o Sistema Único de Saúde em Belo Horizonte é organizado em uma rede que inclui vários tipos de serviços e estruturas. A Atenção Primária funciona como o núcleo desta rede, coordenando diversas ações de saúde tanto no nível individual quanto coletivo. Essas ações abrangem promoção, prevenção, vigilância, diagnóstico, tratamento e reabilitação, seguindo consagrados princípios como universalidade, acessibilidade, continuidade, integralidade, responsabilização, humanização, vínculo, equidade e participação social. Nesse sentido, é importante ressaltar que os Centros de Saúde oferecem uma gama de serviços, incluindo atendimentos clínicos, visitas domiciliares e atividades de prevenção e promoção da saúde. As equipes, que incluem médicos, enfermeiros e outros profissionais de saúde, realizam diversas tarefas, como administração de medicamentos, curativos, imunização e encaminhamentos para especialidades.

metropolitano-dr-celio-de-castro-mantem-padro-de-excelencia-em-pesquisa-de-satisfacao-pelo-terceiro-ano-consecutivo / . Acesso em: 11 de setembro de 2024.

155 A opção por um modelo de gestão hospitalar no SUS necessita de análise criteriosa dos resultados que ele entrega à sociedade. Este trabalho teve como objetivo analisar um conjunto de indicadores mínimos, mas ao mesmo tempo relevantes, para avaliar o desempenho dos serviços. Nesta análise a gestão por PPP não mostrou desempenho superior aos outros modelos existentes no SUS. O cenário da pandemia, ou outros possíveis cenários vindouros, que altera a ordem sanitária, econômica, política ou social, pode comprometer a gestão deste modelo. A EC nº 95/2016 (BRASIL, 2016) projetou uma retração do investimento em saúde para vinte anos que, aliado a contextos históricos desfavoráveis, deve influenciar nos resultados e no valor necessário para manter o custeio de uma PPP. Em outros países, como na França por exemplo, o governo teve de criar fundos garantidores devido às contas impagáveis de PPPs que foram devolvidas ao Estado (SIMONET, 2014). (FERNANDES, 2022).

Diante disso, a implantação das referidas parcerias público-privadas teve como grande objetivo a melhoria das instalações e serviços de apoio dos Centros de Saúde (CS), Centros de Material e Esterilização (CME) e Laboratórios da cidade, elevando a qualidade dos serviços prestados. O Projeto de Qualificação da Infraestrutura da Atenção Primária à Saúde de Belo Horizonte¹⁵⁶ descreve e detalha todos os serviços não assistenciais e obrigações a cargo da concessionária em virtude do contrato de concessão, divididos em 7 (sete) grandes grupos: a) Obra Civil, que inclui a construção, reconstrução e implantação dos projetos técnicos de instalações e infraestrutura para os CS, CME e Laboratório; b) Equipamentos e Mobiliário, o que envolve a aquisição, instalação e manutenção dos equipamentos e mobiliários necessários para o funcionamento dos CS, CME e Laboratório; c) Engenharia e Manutenção, que abrange os serviços de engenharia e manutenção predial, incluindo a gestão eficiente dos recursos; d) Rastreabilidade, que refere-se à identificação de instrumentais, artigos de assistência ventilatória e a identificação visual na CME; e) Higiene e Limpeza, que envolve serviços de higiene, limpeza, jardinagem e controle de pragas nos CS, CME e Laboratório; f) Central de Atendimento, que compreende o serviço de Help Desk para suporte às atividades da concessão; g) Portaria: Inclui os serviços de portaria necessários para o funcionamento dos CS, CME e Laboratório; h) Vigilância Eletrônica (CFTV), que envolve o serviço de segurança por meio de Circuito Fechado de Televisão (CFTV) para os CS, CME e Laboratório¹⁵⁷.

Segundo Martins e Machado (2018, p. 04), as parcerias público-privadas celebradas na Rede de Atenção Primária à Saúde de Belo Horizonte foi fundamental para a reestruturação de 147 Centros de Saúde, sete laboratórios e uma Central de Material Esterilizado, promovendo a modernização da infraestrutura e a melhoria dos serviços não assistenciais, como limpeza, segurança e manutenção. Os autores afirmam que “o aumento do investimento na infraestrutura da Atenção Primária à Saúde é crucial para alcançarmos

156 PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. **Projeto de Qualificação da Infraestrutura da Atenção Primária à Saúde de Belo Horizonte**: especificações mínimas dos serviços. Prefeitura de Belo Horizonte, 2014. Disponível em: https://prefeitura.pbh.gov.br/sites/default/files/estrutura-de-governo/controladoria/transparencia/documentos/PPP_atencao_basica/6.%20Anexo%20V%20Especificacao%20A7%20A3o%20Servico%20A7os%20UBS%20DOM%20271214.pdf. Acesso em: 07 set. 2024. MINAS GERAIS. Ato de autorização FHEMIG/FUNED N° 01/2023. [s.l.], 2023. Disponível em: http://www.ppp.mg.gov.br/images/SEL_73954983_Ato_2899_1.pdf. Acesso em: 07 set. 2024.

157 PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. **Projeto de Qualificação da Infraestrutura da Atenção Primária à Saúde de Belo Horizonte**: especificações mínimas dos serviços. Prefeitura de Belo Horizonte, 2014. Disponível em: https://prefeitura.pbh.gov.br/sites/default/files/estrutura-de-governo/controladoria/transparencia/documentos/PPP_atencao_basica/6.%20Anexo%20V%20Especificacao%20A7%20A3o%20Servico%20A7os%20UBS%20DOM%20271214.pdf. Acesso em: 07 set. 2024.

uma atenção resolutiva e de qualidade”, destacando que a parceria visou exclusivamente áreas de suporte, preservando a gestão pública das ações assistenciais (MARTINS; MACHADO, 2018).

Também podemos citar que o Secretário de Estado de Saúde de Minas Gerais, Fábio Baccheretti, anunciou recentemente a criação da primeira Parceria Público-Privada (PPP) na área da saúde no estado. Esta iniciativa envolve a construção de um grande complexo hospitalar em Belo Horizonte, no local onde antes estava o Hospital Galba Veloso, na Gameleira. O investimento previsto é de aproximadamente R\$ 200 milhões, financiados pelo acordo de reparação pelos danos causados pelo desastre de Brumadinho. O governo espera que o contrato da PPP seja assinado em 2025 e que a construção do complexo seja concluída até 2028.

O novo complexo hospitalar terá capacidade para mais de 300 leitos, podendo expandir para mais de 400. O parceiro privado será responsável tanto pela construção quanto pela gestão administrativa do complexo. Baccheretti enfatizou que essa parceria não se trata de privatização, mas sim de uma forma de viabilizar uma obra que demanda um alto investimento público. Além de agregar várias unidades de saúde, como a área de oncologia do Hospital Alberto Cavalcanti, a pediatria do Hospital João Paulo II, a maternidade do Odete Valadares e o novo laboratório central da Funed (Fundação Ezequiel Dias), o complexo também está sendo projetado com o objetivo de fortalecer a resposta a futuras epidemias ou pandemias.

De acordo com o Ato De Autorização FHEMIG/FUNED N° 01/2023, a Companhia de Desenvolvimento de Minas Gerais – Codemge foi encarregada de “planejar e estruturar projeto de concessão e Parceria Público-Privada (PPP) para o novo Complexo de Saúde a ser erguido no terreno do antigo Hospital Galba Velloso com objetivo de promover o fortalecimento do Sistema Único de Saúde (SUS) no âmbito de atuação da Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais (Fhemig) e da Fundação Ezequiel Dias (Funed)”. Os estudos para o projeto estão sendo conduzidos pelo Governo de Minas Gerais, através de várias entidades, incluindo a Fundação Hospitalar de Minas Gerais (Fhemig), a Fundação Ezequiel Dias (Funed), a Companhia de Desenvolvimento de Minas Gerais (Codemge) e a Secretaria de Infraestrutura, Mobilidade e Parcerias (Seinfra). O novo complexo será construído em parceria público-privada (PPP) e estará localizado no bairro Gameleira, na região oeste da capital mineira.¹⁵⁸

Segundo o referido modelo de PPP, os serviços assistenciais de saúde serão gerenciados pela Fhemig e oferecidos gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), enquanto os serviços não assistenciais serão de res-

158 MINAS GERAIS. **Projetos em estruturação** – Saúde. Portal PPP Minas Gerais, 2023. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/projetos/projetos-em-estruturacao/saude>. Acesso em: 8 set. 2024.

ponsabilidade do parceiro privado. O investimento e o financiamento para a construção do Novo Complexo de Saúde também serão de responsabilidade do parceiro privado.

Recentemente, em 24 de setembro de 2024, o Prefeito Municipal de Belo Horizonte, encaminhou à Câmara Municipal texto de projeto de lei¹⁵⁹ que “Autoriza contratação, mediante processo licitatório, de parceria público-privada para prestação de serviços de apoio e de infraestrutura para a implantação de Centros de Referência de Assistência Social – CRAS –, Centros de Referência da Pessoa Idosa – CRPI – e Centros de Referência Esportiva para Pessoa com Deficiência – CREPPD”. O projeto de lei visa ampliar os serviços sociais do Município através dos CRAS, CRPI e CREPPD, promovendo eficiência e inclusão social, especialmente para Pessoas com Deficiência (PCD). A parceria público-privada (PPP) permitirá que o parceiro privado cuide das atividades de suporte à prestação dos serviços e de infraestrutura, ou seja, a construção de novas unidades, a manutenção, a conservação e a ampliação dos imóveis onde funcionam os Cras, CRPI e CREPPD e as demais atividades necessárias ao bom funcionamento e ao regular atendimento dos usuários, enquanto a gestão dos serviços públicos ficará com o Poder Executivo Municipal.

Por fim, pertinente mencionar outras parcerias público-privadas na saúde, como: I) UBS da Família de Manaus/AM; II) Hospital da Zona Norte de Manaus/AM; III) Instituto Couto Maia da Bahia (2013); IV) Complexos Hospitalares de São Paulo/SP; V) Hospital Regional Metropolitano – HRM/CE; VI) Diagnóstico por Imagem/BA (2015); VII) Central de Material Esterilizado/AM; VIII) Hospital do Subúrbio em Salvador. (DIAS & Barbosa, 2021, p. 13)

Dentre os referidos casos, verifica-se que o Hospital do Subúrbio de Salvador/BA¹⁶⁰, é considerado a primeira parceria público-privada na saúde do Brasil, cujo processo de implantação se iniciou em 2009. De acordo com os objetivos estabelecidos no contrato de concessão administrativa do hospital, os serviços de saúde devem ser prestados de forma gratuita e universal pelo SUS, englobando o gerenciamento de suprimentos, conservação de bens, aquisição e operação de equipamentos médico-hospitalares, contratação e administração de profissionais. Nas obrigações assumidas também estão o

159 BELO HORIZONTE. **Mensagem nº 20, Encaminhamento à Câmara Municipal de Belo Horizonte de texto de projeto de lei**, de 24 de setembro de 2024. Diário Oficial do Município de Belo Horizonte, 2024. Disponível em: <https://dom-web.pbh.gov.br/visualizacao/ato/448148>. Acesso em: 27 de setembro de 2024.

160 BAHIA. **CONCESSÃO ADMINISTRATIVA – PPP hospital do Subúrbio**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3446912/mod_resource/content/2/Concess%C3%A3o%20Administrativa%20-%20PPP%20hospital%20do%20Suburbio%20%282%29.pdf>. Acesso em 13 de setembro de 2024.

fornecimento de alimentação, higienização e segurança. A gestão atualmente é feita pela “Promédica Patrimonial”.

Segundo pesquisa realizada por Andrade e Pinto, o processo político em torno da decisão do modelo PPP para gestão do Hospital do Subúrbio contou com intensa participação de atores governamentais e não governamentais, e foi atravessado por diferentes jogos de poder, especialmente o político, macro-organizacional, econômico, das ciências, comunicação e jogo dos valores. (ANDRADE; PINTO, 2022, p.10) As parcerias são uma alternativa viável para melhorar o acesso e a qualidade dos serviços de saúde, mas precisam de maior transparência e monitoramento, principalmente quanto ao impacto no desempenho clínico e às questões financeiras. O caso do Hospital do Subúrbio exemplifica como esses processos são complexos.

Um outro estudo feito por Almerinda Luedy e Fabio Lisboa Barreto¹⁶¹ (2016), demonstrou os resultados da parceria realizada no Hospital do Subúrbio de Salvador. Vislumbra-se que ao longo de cinco anos, o hospital realizou mais de 500 mil atendimentos na ala de emergência e ambulatórios, além de 64.384 internações e aproximadamente dois milhões de exames complementares. Com mais de 45 mil cirurgias realizadas, restou evidenciada sua capacidade de atender a uma demanda significativa. Os indicadores de qualidade também foram notáveis, com uma taxa de retorno de pacientes devido a infecções relacionadas à assistência (IRAS) de apenas 0,54%, bem abaixo da meta contratual de 2,3%. Além disso, o Hospital se destacou como o primeiro hospital público acreditado na Bahia pela Organização Nacional de Acreditação (ONA), atestando a qualidade dos serviços prestados.

8.6 CONCLUSÃO

Para concluir a análise sobre as parcerias público-privadas (PPPs) no setor de saúde, é imprescindível reconhecer tanto os benefícios quanto os desafios inerentes a essa forma de prestação de serviços públicos. As parcerias são indubitavelmente uma ferramenta promissora para aumentar a eficiência, qualidade e acessibilidade dos serviços de saúde, especialmente em cenários onde o setor público enfrenta limitações financeiras e estruturais.

A inovação, aplicação de tecnologias avançadas e práticas de gestão mais eficazes pelo setor privado tem grande potencial de transformar a prestação de serviços de saúde, gerando melhores resultados e benefícios aos cidadãos. Noutro giro, a complexidade gerencial invariavelmente tende a aumentar, em virtude das novas estruturas e processos envolvidos.

161 LUEDY, Almerinda, BARRETO, Fabio Lisboa. **Parceria Público-Privada em Saúde: Os Resultados do Hospital do Subúrbio (Salvador-Bahia)**, 2016. CONSAD. Disponível em: consad.org.br/wp-content/uploads/2016/06. Acesso em 17 de setembro de 2024.

Observou-se ser imprescindível que existam unidades bem capacitadas e organizadas, a fim de que as parcerias funcionem de maneira eficiente.

No Brasil, a consolidação das PPPs como uma estratégia eficaz requer não apenas mudanças significativas na Administração Pública, mas também a disseminação de melhores práticas entre os envolvidos. Para que gerem resultados positivos, a elaboração, implementação e gestão dos contratos deve ser eficiente, notadamente no cenário de recuperação econômica pós-pandemia do COVID-19.

No que tange ao instituto das PPPs não se olvida a existência de benefícios potenciais, contudo, a implementação apresenta riscos e desafios, em virtude da complexidade dos contratos e variados conflitos de interesse entre os envolvidos, razão pela qual, há necessidade de supervisão rigorosa do poder público.

A alocação dos riscos entre as partes deve ser feita contratualmente, até mesmo porque o parceiro privado assume os riscos (principalmente financeiros) associados ao projeto. Um contrato bem elaborado é essencial, para que parte fique responsável por uma parcela de risco que tenha melhores condições de gerenciar, bem como o poder público efetue a devida fiscalização.

Diante disso, é essencial que tanto o setor público quanto o privado trabalhem em harmonia, focando em objetivos comuns e comprometendo-se com a transparência e equidade no acesso aos serviços de saúde. As parcerias não devem ser vistas apenas como uma solução para atrair investimentos, mas como uma ferramenta para garantir a prestação contínua e de qualidade dos serviços públicos de saúde.

Os casos específicos de PPPs no Brasil demonstram o potencial dessa estratégia para melhorar o sistema de saúde. O Hospital Metropolitano Dr. Célio de Castro, em Belo Horizonte, é um exemplo de como a colaboração entre o setor público e privado pode viabilizar a construção e operação de hospitais modernos, resultando em atendimento mais eficiente e acessível.

Outrossim, a experiência obtida com a reestruturação da Rede de Atenção Primária em Belo Horizonte também pode nortear novas parcerias, pois é inegável que o Município conseguiu melhorar a qualidade dos serviços prestados nos centros de saúde, modernizando a infraestrutura e expandindo o acesso para diversas áreas da cidade.

Em síntese, quando implementadas de forma estratégica, essas parcerias têm o potencial de transformar o sistema de saúde brasileiro, tornando-o mais eficiente, acessível e preparado para enfrentar desafios futuros. A colaboração entre os setores público e privado, aliada à transparência e à participação comunitária, é essencial para atender às necessidades da população sempre respeitando os princípios do Sistema Único de Saúde (SUS), universalidade, equidade e integralidade.

Muito embora o Estado seja o principal responsável pela saúde pública, a participação privada se torna muito importante em cenários onde o Sistema Único de Saúde (SUS) tem deficiência na prestação de seus serviços, visando primordialmente a qualidade, universalidade e regularidade. É preciso muita capacidade técnica e cuidado redobrado para lidar com a iniciativa privada, cujo objetivo principal indubitavelmente é o lucro.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Celia. Parcerias público-privadas (PPP) no setor saúde: processos globais e dinâmicas nacionais. **Cadernos de Saúde Pública** [online]. 2017, v. 33, n. Suppl 2 [Acessado 17 Setembro 2024], e00197316. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00197316>>. Epub 02 Out 2017. ISSN 1678-4464. <https://doi.org/10.1590/0102-311X00197316>.
- ANDRADE, L. R. de, & PINTO, I. C. de M. Parceria público-privada na gestão hospitalar no Sistema Único de Saúde da Bahia, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, 2022, 38(2). Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/Zmqm95pKkCJmksCC8hH6wdj/?lang=pt#>. Acesso em 13 de setembro de 2024.
- ANDRADE, Laíse Rezende de. **A escolha de parceria público-privada para gestão hospitalar na Bahia: atores, interesses e estratégias**. Salvador: L.R. Andrade, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/32204?mode=full>. Acesso em 14 de setembro de 2024.
- BARBOSA AP, MALIK AM. Desafios na organização de parcerias público-privadas em saúde no Brasil. Análise de projetos estruturados entre janeiro de 2010 e março de 2014. **Revista de Administração Pública**. 2015Sep;49(5):1143-65. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0034-7612136177>. Acesso em 20 de agosto de 2024.
- BELO HORIZONTE. Mensagem nº 20, **Encaminhamento à Câmara Municipal de Belo Horizonte de texto de projeto de lei**, de 24 de setembro de 2024. Diário Oficial do Município de Belo Horizonte, 2024. Disponível em: <https://dom-web.pbh.gov.br/visualizacao/ato/448148>. Acesso em: 27 de setembro de 2024.
- BORGES MÂNICA, Fernando. **Os Três Modelos de Parcerias Público-Privadas no Setor de Saúde: um breve olhar para a experiência internacional**. Disponível em: <https://fernandomanica.com.br/wp-content/uploads/2024/01/2016.09-Os-tres-modelos-de-parcerias-publico-privadas-no-setor-da-saude.pdf>. Acesso em: 27 maio 2024.
- BORGES MÂNICA, Fernando. **Parcerias Público-Privadas no Setor de Saúde: um panorama das concessões administrativas no Brasil e no mundo**. Disponível em: <https://fernandomanica.com.br/wp-content/uploads/2023/04/2016.12-Parcerias-Publico-Privadas-no-setor-da-Saude-um>

-panorama-das-concessoes-administrativas-no-Brasil-e-no-mundo.pdf.

Acesso em: 27 maio 2024.

- BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 30 dez. 2004.
- CARNEIRO JUNIOR N, NASCIMENTO VB do, COSTA IMC. **Relação entre Público e Privado na Atenção Primária à Saúde**: considerações preliminares. Saude soc [Internet]. 2011Oct;20(4):971–9. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-12902011000400014>. Acesso em 30 de agosto de 2024.
- CARNUT, Leonardo e FERRAZ, Camila Bianchi. **Necessidades em(de) saúde**: conceitos, implicações e desafios para o Sistema Único de Saúde. Saúde em Debate [online]. v. 45, n. 129, pp. 451-466. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0103-1104202112916>>. ISSN 2358-2898. <https://doi.org/10.1590/0103-1104202112916>. Acesso em 26 setembro 2024.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774265. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774265/>. Acesso em: 29 maio 2024.
- CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Luiz. **Impactos Jurídicos e Econômicos da Covid-19**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/impactos-juridicos-e-economicos-da-covid-19/1199169536>. Acesso em: 29 maio 2024.
- CASTRO, Ana Luísa Barros de. **Atenção primária e relações público-privadas no sistema de saúde do Brasil**. 2015. 173f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/12822>. Acesso em 17 de setembro de 2024.
- CEGATTI, F.; CARNUT, L.; MENDES, Áquilas. **Terceirizações na área da saúde no Brasil**: reflexos no SUS, nas políticas sociais e nos trabalhadores. J Manag Prim Health Care, v.12, p.1-41, 23 out. 2020. Disponível em: <https://www.jmphc.com.br/jmphc/article/view/978>. Acesso em: 27 maio 2024.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca; BARBOSA, Maria Elisa Braz. **Parcerias Público-Privadas na saúde**: análise comparativa da experiência do Brasil e do Reino Unido. Belo Horizonte: Expert, 2021.
- FERNANDES, Fernanda dos Santos; BORDIN, Ronaldo. **Desempenho da gestão hospitalar por parcerias público-privadas no Sistema Único de Saúde**. READ - Revista Eletrônica de Administração, Porto Alegre, v. 28, n. 3, p. 754-769, set./dez. 2022. <http://dx.doi.org/10.1590/1413-2311.367.122332>. Acesso em 11 de setembro de 2024.

- GUIMARÃES, Fernando V. **Parceria público-privada**, 2. Ed. [S.l.]: SRV Editora LTDA, 2013. E-book. ISBN 9788502207950. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502207950/>. Acesso em: 29 maio 2024.
- HOSPITAL METROPOLITANO DOUTOR CELIO DE CASTRO. **Hospital Metropolitano Doutor Celio De Castro**. <https://www.hmdcc.com.br>. Acesso em 11 de setembro de 2024.
- JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2023.
- LIMA, Rodrigo Azevedo e SOUSA, Fernando Jorge (2021). PPP e modernização da atenção primária à saúde em Belo Horizonte. **Cadernos de Saúde Pública**, 37(12), 130-140. Disponível em <https://www.scielo.br/j/csp/>. Acesso em 15 de agosto de 2024.
- LUEDY, Almerinda, BARRETO, Fabio Lisboa. **Parceria Público-Privada em Saúde: Os Resultados do Hospital do Subúrbio (Salvador-Bahia)**, 2016. CONSAD. Disponível em: consad.org.br/wp-content/uploads/2016/06. Acesso em 17 de setembro de 2024.
- MANICA, Fernando Borges, **Parcerias Público-Privadas no setor da Saúde: um panorama das concessões administrativas no Brasil e no mundo**. 2016. Disponível em: <https://fernandomanica.com.br/wp-content/uploads/2023/04/2016.12-Parcerias-Publico-Privadas-no-setor-da-Saude-um-panorama-das-concessoes-administrativas-no-Brasil-e-no-mundo.pdf>. Acesso em 17 de setembro de 2024.
- MARTINS, Cristina Maria da Paz Oliveira, & MACHADO, Carla Jorge. **Parceria Pública Privada para a Prestação de Serviços não Assistenciais da Atenção Primária de Saúde de Belo Horizonte**. Conhecer: Debate Entre o Público e o Privado, 8(20), 2018, p. 100-117. Disponível em: <https://doi.org/10.32335/2238-0426.2018.8.20.1052>. Acesso em 03 de agosto de 2024.
- MATTOS, César; MAFFIA, DÉBORA VELOSO. **Aspectos jurídicos/econômicos das Parcerias Público-Privadas**, Brasília: Câmara dos Deputados, junho de 2015.
- MEYER, Bernardo. **Parcerias Público Privadas: Uma estratégia governamental**. [S.l.]: Grupo Almedina, 2021. E-book. ISBN 9786587019123. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786587019123/>. Acesso em: 29 maio 2024.
- MINAS GERAIS. **PPP em Minas Gerais**. Disponível em www.mg.gov.br. Acesso em 01 de out. de 2024.
- MINAS GERAIS. **Projetos em estruturação – Saúde**. Portal PPP Minas Gerais, 2023. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/projetos/projetos-em-estruturacao/saude>. Acesso em: 8 set. 2024.

- MIRAGEM, Bruno. **Direito administrativo aplicado**. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-administrativo-aplicado/1256010361>. Acesso em: 29 maio 2024.
- MIRANDA, Henrique. **Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/licitacoes-e-contratos-administrativos/1339454170>. Acesso em: 29 maio 2024.
- NOHARA, Irene. **Licitação e Contratos Administrativos - Vol. 6 - Ed. 2022**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/licitacao-e-contratos-administrativos-vol-6-ed-2022/1712827906>. Acesso em: 29 maio 2024.
- OPY Saúde. **Após ser adquirida, compra Novo Metropolitano agora é ONM Health**. Disponível em: <https://opyhealth.com.br/concessionaria-novo-metropolitano-afora-e-onm-health>. Acesso em 11 de setembro de 2024.
- PAIVA, Danuza Aparecida de. **Fiscalização da execução contratual de parcerias público-privadas e o papel dos verificadores independentes**. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/47309>. Acesso em 13 de setembro de 2024.
- PIETRO, Maria; SUNDFELD, Carlos. **Serviços públicos e poder de polícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/servicos-publicos-e-poder-de-policia/1499821101>. Acesso em: 29 maio 2024.
- PINHEIRO, F. M. G., PINHO, J. A. G. de ., & Bruni, A. L. **Accountability em parcerias público-privadas: espaços para avanços em unidades hospitalares sob gestão direta e em regime de parceria**. Organizações & Sociedade, 25(84), 2018, p. 155–174. Disponível em <https://doi.org/10.1590/1984-9240848>. Acesso em 22 de agosto de 2024.
- PIVETTA, Saulo. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-fundamental-a-saude-regime-juridico-politicas-publicas-e-controle-judicial/1327381728>. Acesso em: 27 maio 2024.
- RADAR PPP. **Resumo de contratos de PPPs: Hospital Metropolitano de Belo Horizonte – Belo Horizonte**. Radar PPP, [sd]. Disponível em: <<https://radarppp.com/resumo-de-contratos-de-ppps/hospital-metropolitano-de-belo-horizonte-belo-horizonte/>>. Acesso em: 11 de setembro de 2024.
- REVISTA VIVER BRASIL. Belo Horizonte deve ganhar novo complexo de saúde por meio de PPP. **Revista Viver Brasil**, <https://revistaviverbrasil.com.br>.

com.br/belo-horizonte-deve-ganhar-novo-complexo-de-saude-por-meio-de-ppp. Acesso em 11 de setembro de 2024.

SANTOS, Terezinha Fátima Andrade Monteiro dos. **As parcerias público-privadas no contexto educacional amazônico: novas formas para velhas questões.** *Revista Interdisciplinar*. V. 11, n. 16, julho, 2017, p. 09-24.

SILVA, VL. da C.; TURCI, S.R.B.; OLIVEIRA, A.P.N. de; RICHTER, A.P. O risco de parcerias público-privadas em saúde pública pode ser classificado? **Caderno de Saúde Pública**, v.33, e00086316, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00086316>. Acesso em: 27 maio 2024.

STF. **ADI 1923 DF**. Relator: Ayres Britto. Julgado em: 16 abr. 2015. Publicado em: 17 dez. 2015. Tribunal Pleno.

STF. **Recurso Extraordinário nº 581.488**. Relator: Dias Toffoli. Julgado em: 3 dez. 2015. Publicado em: 8 abr. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF estabelece novo entendimento sobre a aplicação do conceito de “pequeno valor”**. Portal STF, 6 set. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289678&ori=1>. Acesso em: 7 set. 2024.

THAMER, Rogério, OGASAVARA - RECADM, 2023 - dialnet.unirioja.es. **Parcerias público privadas: construindo relações entre sua governança e custos de transação.** Disponível em: <https://www.periodicosibepes.org.br/index.php/recadm/article/view/3638>. Acesso em 26 de setembro de 2024.

9

OS DESAFIOS DA ATENÇÃO INTEGRAL À SAÚDE MENTAL NO BRASIL, POLÍTICAS PÚBLICAS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

*Láís Locatelli*¹⁶²

9.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A atenção integral à saúde mental apresenta muitos desafios para ser efetivada em sua totalidade, especialmente após o movimento da reforma psiquiátrica, quando se amplia a atenção aos cuidados a um “conjunto de transformações de práticas, saberes, valores culturais e sociais em torno do ‘louco’ e da ‘loucura’, mas especialmente em torno das políticas públicas para lidar com a questão”. (BRASIL, 2004, p. 58)

A reforma psiquiátrica culminou na Lei Antimanicômio que, desde 2001, propõe o fechamento dos manicômios e dos hospitais de custódia no Brasil. Tal

162 Advogada e Psicanalista; Pós-doutora e Doutora em Direitos Humanos USAL/Espanha; Pós-doutora em Direitos Sociais USAL/Espanha; Mestre em Ciências Jurídico-Políticas UAL/Portugal; Pós-graduada em Direito Público e Privado URI/Brasil; Mestre em psicanálise UniLeón/Espanha; Pós-graduada em Terapia Psicanalítica UB/Espanha. Email laislocatelli@gmail.com.



Lei trouxe consigo a preocupação de dar um bom destino para as pessoas que necessitam tratamentos continuados, seja em decorrência da sua periculosidade ou devido a necessidade de ajuda externa para a própria segurança, autonomia e manutenção de uma vida saudável.

Importa destacar que a saúde mental abrange o bem-estar mental, integridade psíquica e pleno desenvolvimento intelectual e emocional, sendo um direito consagrado pela Constituição Federal brasileira, e recomendada aos países signatários pela Organização das Nações Unidas (OMS).

Assim como outros importantes e fundamentais direitos dos cidadãos, o direito à saúde mental depende de políticas públicas, expressão máxima da atuação do poder executivo, um dos três poderes que caracterizam os estados democráticos de direito, destinadas à prevenção, redução do risco e ao tratamento com acesso universal e igualitário. Para tanto, é essencial que os gestores públicos especifiquem em seus planos e programas de governo como e quais ações serão realizadas, os serviços de atenção que serão prestados e a estrutura que será utilizada para os atendimentos e cuidados à saúde mental.

Tais esforços, para serem efetivos, devem ter um amplo alcance, levando em conta os obstáculos e as oportunidades tanto da lei vigente quanto dos recursos disponíveis. (SUBIRATS, 2012, p. 10)

Como a atenção de cuidados mentais deve ter o caráter contínuo e estável, com uma rede de atenção integral, o Estado é o ente, por excelência, responsável por proporcionar os meios necessários para tanto.

No entanto, o Estado poderá realizar com parcerias público-privadas, regulamentadas desde 2004 no Brasil, através da Lei 11.079, contando com investimento privado para proporcionar uma melhor oferta de cuidados, especialmente na área da saúde.

É por esse motivo que se busca, nesse trabalho, elucidar o que é saúde mental, bem como pensar nas políticas públicas e nas parcerias público-privadas que podem colaborar para que o ente público responda adequadamente às demandas e necessidades referentes a saúde mental da população.

Para tanto, a presente pesquisa foi realizada qualitativamente, com uma perspectiva centrada na compreensão da saúde mental, no sistema público e nas parcerias público-privadas.

9.2 AFINAL, O QUE É SAÚDE MENTAL?

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (WHO, 22), a saúde mental é, além de um direito humano fundamental, um estado de bem-estar que possibilita as pessoas atravessarem momentos de estresse, estabelecer relações, desenvolver suas habilidades, ter a possibilidade de aprender, trabalhar e contribuir para a comunidade. Ou seja, mais que somente a nível

individual, também impacta o desenvolvimento comunitário e socioeconômico, uma definição bastante ampla que abarca outros direitos fundamentais.

A importância da atenção à saúde mental encontra respaldo na própria gravidade tanto dos impactos na vida das pessoas que padecem com patologias ou sofrimentos psíquicos, como da grande quantidade de pessoas que necessitam atenção e cuidados psíquicos.

A Organização Pan Americana de Saúde (OPAS, 2023) estima que quase 1 bilhão de pessoas (uma sétima parte da população mundial) sofre com alguma doença mental - patologias, sintomas ou perturbações mentais.

Esse quadro pode ser ainda mais sério considerando que há situações que não podem ser revertidas, como os casos de suicídios: a cada 40 pessoas, estima-se que duas tiram a própria vida.

Diante desse cenário, urge pontuar que entre 76 e 85% dos potenciais pacientes em países de baixa e média renda¹⁶³ não recebem tratamento adequado, enquanto que, nos países de alta renda estima-se que entre 35% e 50% das pessoas não recebem o tratamento em situações clínicas equivalentes.

De acordo com a OMS, o Brasil tem o maior número de pessoas com depressão da América Latina, dentro de um quadro global de 300 milhões de pessoas com esse diagnóstico sendo, ainda, considerado um dos países com mais pessoas que padecem de ansiedade no mundo.

Soma-se a essa fórmula as adições, especialmente os dependentes de álcool e drogas, cuja estrutura para recebê-los e tratá-los demanda recursos de internação e acompanhamento terapêutico a longo prazo. Estima-se que mais de 12 milhões de pessoas sejam dependentes químicos no Brasil, cerca de 6% da população, o que envolve quase 30 milhões de famílias, afetando diretamente a dinâmica, economia e a saúde mental dos familiares. (PARAZZI, 2023)

Além dos casos mais sérios e explícitos, como as psicoses e as patologias mentais crônicas e graves, outros sintomas e sofrimentos necessitam cuidados profissionais. Para atender a ambos os casos, fez-se necessária a criação de uma Rede de Atenção Integral¹⁶⁴, “um conjunto de dispositivos sanitários e socioculturais (com) uma visão integrada de variadas dimensões da vida do indivíduo, em diferentes e múltiplos âmbitos de intervenção: educativo, assistencial e reabilitação”¹⁶⁵.

163 De acordo com o relatório de Desenvolvimento Humano 2021/2022, o Brasil ocupa a 87ª posição entre 191 nações. (INFOMONEY, 2024)

164 Como exemplo, “a lei estadual nº 9.716 (RS, 1992), que dispõe sobre a Reforma Psiquiátrica no Rio Grande do Sul, aponta alguns desses dispositivos: ambulatórios, emergências psiquiátricas em hospitais gerais, leitos ou unidades de internação psiquiátrica em hospitais gerais, hospitais-dia, hospitais-noite, centros de convivência, centros comunitários, centros de atenção psicossocial, centros residenciais de cuidados intensivos, lares abrigados, pensões públicas comunitárias, oficinas de atividades construtivas e similares”. (ZAMBENEDETTI; PERRONE, 2008, p. 278).

165 Conforme definido na II Conferência Nacional de Saúde Mental. (BRASIL, 1992, p. 07).

Ademais, importa pensar nos contornos sociais sobre o que é definido como normal e o que é definido como patológico, uma vez que as enfermidades elencadas no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM - *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), que é publicado pela Associação Psiquiátrica Americana, agregou mais de 100 novos transtornos mentais em menos de 30 anos.

Cada um desses transtornos costuma ser hipermedicado e, cada vez mais, em idades precoces. Contudo, a medicação, além dos casos psiquiátricos sérios, servem como estabilização dos sintomas, não como cura, sendo necessário um acompanhamento terapêutico para tratar o sofrimento e desenvolver ferramentas e capacidades psíquicas que abrandem ou erradiquem as causas desses sofrimentos.

As patologias e dificuldades psíquicas tem, também, um estigma social¹⁶⁶ que abrange não somente a questão médica, mas também impactam a parte laboral, social e econômica da vida dos sujeitos.

É um desafio para o Estado responder de uma forma efetiva tais demandas, sendo necessário um trabalho complexo, com disponibilização de estruturas físicas e especialistas para atendê-los, além da mudança de paradigma de ver o paciente como um sujeito a ser isolado da sociedade ou um mero consumidor de medicamentos.

9.3 FECHAMENTO DOS MANICÔMIOS E HOSPITAIS DE CUSTÓDIA

Com a chegada do Dr. Pinel, médico francês que trouxe o paradigma da patologia mental, levantou-se a questão que, onde há uma doença, deve haver um tratamento e não um depósito, em um lugar afastado do convívio social.

O Brasil, em meados de 1900, introduziu na medicina a ideia dos manicômios, adaptando a ideia francesa. No entanto, os espaços institucionais ficaram rapidamente superlotados, via de regra com pouco espaço terapêutico, escuta e laço social, essenciais para que os pacientes mantenham seu status de sujeito¹⁶⁷.

As internações passaram, em grande medida, de ser um espaço temporário de tratamento a se transformarem em um lar substituto, com o rompimento dos laços familiares. Muitos internos sofreram um abandono absoluto enquanto outros recebiam meras visitas ocasionais dos seus consanguíneos, e a responsabilidade de cuidá-los e atendê-los, em todas as estâncias, foi entregue totalmente ao Estado.

166 Vale destacar que o tema do Enem de 2021 foi “O estigma associado à saúde mental no Brasil” trouxe à tona esse tópico entre os jovens.

167 Como exemplo, o livro “Holocausto Brasileiro”, da autora Daniela Arbex, traz o caso da morte de mais de 60.000 pessoas no hospital psiquiátrico de Barbacena.

O fato é que a psiquiatria pode ser usada como um meio de diagnosticar o que a sociedade, em um determinado tempo e espaço, compreende como um distúrbio. A pergunta que ainda hoje é necessária fazer é: se tratam de distúrbios sociais ou mentais?

A questão central sobre os manicômios e os hospitais de custódia está na finalidade dessas instituições e essa resposta é encontrada na própria história. Por um lado, ambas buscaram responder as demandas de enfermidades psíquicas mas, por outro, serviram como um espaço para afastar socialmente o que era inapto ao convívio social ou, ainda, do que era considerado diferente, fora do padrão comportamental exigido em cada época. E o diferente é, e sempre foi, um problema de manejo social.

Pelo fato dos manicômios e dos hospitais de custódia nem sempre serem espaços destinados ao cuidado de patologias mentais, como escreve Foucault no livro “Ensaio da Loucura”, muitas vezes também se tornavam um espaço onde habitavam os excluídos socialmente, o que desvirtuava a sua função.

Nesse sentido, Luis Lanfradi (BANDEIRA, 2024) esclarece como isso se dava nos hospitais de custódia:

Diferentemente de uma pena, medidas de segurança não têm tempo específico de vigência. Podem durar toda uma vida. E essas pessoas podem ficar esquecidas lá dentro, onde terminam por perder seus vínculos familiares. Do que mais elas precisam é de equipamentos adequados. De pessoas preparadas e que as submetam a protocolos condizentes com seus projetos terapêuticos singulares. Essa necessidade, elas nunca vão encontrar em um ambiente com conotação prisional, informado pela lógica do cumprimento de penas de prisão. Elas precisam de um tratamento curativo que lhes permita superar as disfunções psicossomáticas que experimentam. Hospitais de custódia não são hospitais, nem têm se apresentado como espaços de tratamento para cumprir essas finalidades. São locais onde impera o improvisado, a precariedade. A regulamentação editada pelo CNJ volta a nos lembrar da Lei Antimanicomial, que vem sendo ignorada há 22 anos. Todos precisamos atuar para vencermos as limitações de um modelo que não aproveita a ninguém, nem a própria sociedade.

Por tais razões, a política antimanicomial foi sendo aplicada no Brasil com uma série de premissas normativas¹⁶⁸ que regulam a matéria e determinam as medidas que devem ser tomadas para tanto.

168 Lei da Reforma Psiquiátrica, Lei n. 10.216/2001, que veda a internação de pessoas com transtornos mentais em instituições com características asilares; Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis ou Degradantes (1984) e o Protocolo Facultativo (2002), por meio dos quais o Estado brasileiro assumiu a obrigação de combater práticas que produzam sofrimento e violação de direitos humanos em instituições de tratamento de saúde mental; Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (internalizada pelo Decreto n. 6.949/2009), que assegura o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência; Resolução CNPCP n.

Quanto ao fechamento dos manicômios e dos hospitais de custódia surge a questão do que está sendo feito com os pacientes que estavam internados ou na iminência de saírem dos mesmos e como que vai ser possível atender terapêuticamente todos que necessitam.

De acordo com Bandeira (2024) o número de pessoas que cumprem medida de segurança atualmente abarca 0,4% da população (em privação de liberdade), aproximadamente duas mil, sendo que ao redor de 600 são atendidas ambulatorialmente, especialmente nos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS)¹⁶⁹. Esse número deve aumentar quando todos os hospitais de custódia forem fechados, o prazo estipulado é até agosto de 2024, quando será implementada a Política Antimanicomial em sua totalidade, demandando do Estado novos atendimentos e tratamentos que levem em consideração a periculosidade de muitos desses internos.

O Brasil conta com quase três mil CAPS atendendo, especialmente, os transtornos mentais graves ou persistentes e dependentes químicos.

No entanto, alguns pacientes demandam cuidado intensivo pela ausência de autonomia, cujo número deve aumentar com a efetivação da política Antimanicomial pois nem todos podem ser contidos em casa, somente pelos familiares, sendo necessário serviços em rede de atenção integrados.

Ademais, a Portaria nº 2.840, de 2014, criou o Programa de Desinstitucionalização, integrante do componente Estratégias de Desinstitucionalização da Rede de Atenção Psicossocial¹⁷⁰ (RAPS), no âmbito do Sistema

4/2010, que estabelece prazo de dez anos para que o Poder Executivo, em parceria com o Poder Judiciário, conclua a substituição do modelo manicomial de cumprimento de medida de segurança pelo modelo antimanicomial; Resolução CNJ n. 113/2010, que dispõe sobre os procedimentos relativos à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança; Recomendação CNJ n. 35/2011, que estabelece diretrizes para a desinstitucionalização e o redirecionamento do modelo assistencial à saúde mental em serviços substitutivos em meio aberto; Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.416/2015), que reafirma a determinação do reconhecimento da capacidade legal da população com deficiência, erradicando a discriminação de qualquer pessoa por motivo de deficiência; Resolução CNDH n. 08/2019, que dispõe sobre soluções preventivas de violação e garantidoras de direitos aos portadores de transtornos mentais e usuários problemáticos de álcool e outras drogas; Resolução CNJ n. 487/2023, que institui a Política Antimanicomial do Poder Judiciário. (CNJ, 2023)

169 “Os CAPS, atualmente regulamentados pela Portaria n. 336/GM, de 19 de fevereiro de 2002, constituem o principal equipamento do processo de reforma psiquiátrica no País. São destinados a acolher as pessoas com transtornos mentais severos e persistentes, de forma a inseri-las na vida comunitária e familiar, buscando, assim, a sua autonomia. Funcionam como porta de entrada aos serviços para ações relacionadas à saúde mental, sendo um articulador com outras redes que oferecem serviços a este público, como o Programa de Saúde da Família, Núcleos de Apoio à Saúde da Família, ambulatórios, Residências Terapêuticas, abertura de leitos em saúde mental/atenção psicossocial em hospitais gerais, entre outros”. (BEZERRA DA SILVA; ROSA, 2014, p. 264)

170 A Rede de Atenção é “uma teia que engloba todos os serviços de saúde, mecanismo que pode promover autonomia e cidadania das pessoas com transtornos mentais”. (OLIVEIRA; MARTINHAGO; MORAES, 2009, p. 39)

Único de Saúde (SUS), e instituiu o respectivo incentivo financeiro de custeio mensal.

O ex-secretário de Atenção Especializada à Saúde, Helvécio Magalhães, declarou em 2023 que estava prevista a assinatura de um Plano Nacional de Desinstitucionalização de pacientes, a ser pactuado com Estados e municípios, com financiamento federal para equipes multidisciplinares. Abarcaria avaliação, integração dos pacientes em um ponto da rede de atenção, contando com a parceria do CNJ, juízes e SUS.

Tais parcerias e estabelecimento de planos são essenciais para “mobilizar como atores os sujeitos sociais envolvidos, modificar as relações de poder entre os usuários e as instituições e produzir diversas ações de saúde mental substitutivas à internação no hospital psiquiátrico”. (OLIVEIRA; MARTINHAGO; MORAES, 2009, p. 33)

Para tanto, é essencial a elaboração de políticas públicas para atender a população que necessita cuidados e tratamento mental, considerando que o número de pacientes a serem atendidos será ainda maior com o encerramento dos hospitais de custódia e a implementação completa da política Antimanicomial.

9.4 A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A PREVENÇÃO E CUIDADOS DE SAÚDE MENTAL

O impacto da falta de saúde mental compatível com uma vida suficientemente saudável está presente não somente nos dados e estatísticas, mas também no discurso dos governos. As organizações internacionais pressionam os governos para elaborarem e implementarem políticas públicas específicas¹⁷¹, apresentando uma preocupação com a questão da saúde mental a nível mundial, pensando em um completo bem-estar físico, mental e social, não somente ausência de patologias ou de enfermidades.

A dinâmica das elaborações e efetivações das políticas públicas muitas vezes parecem estar distante e desconectada dos indivíduos, no entanto elas fazem parte do dia a dia, intervindo na qualidade de vida, direcionando opiniões e determinando ações do Estado.

Ademias, como destaca Subirats (2012, p. 10), “proporciona elementos de comprensión, e incluso de respuesta, a los interrogantes fundamentales acerca de la legitimidad, la eficacia y la continuidad o sostenibilidad de las acciones públicas”. A importância deste entendimento está no fato do desenvolvimento da cidadania e, com isso, da dignidade da pessoa humana depender, em grande medida, da sua efetividade.

171 Souza (2006, p. 20) escreve que “desenhar políticas públicas não são fáceis nem claras ou consensuais. Elas dependem de muitos fatores externos e internos”. Neste sentido, pode-se dizer que está presente a transnacionalidade já que os Estados estão submetidos a fortes pressões internacionais.

É importante ter presente a complexidade da elaboração das políticas públicas, que engloba planos, programas, projetos, estratégias de ação, sistemas de dados e de pesquisas ou de informação, entre outros, e posterior implementação, quando, então, podem ser acompanhadas e avaliadas através dos seus resultados, se conseguem resolver o problema para o qual foram criadas.

De acordo com Godinho e Silveira (2004, p. 07), é recorrente a preocupação com a fragmentação das políticas públicas, não se tratando somente de uma fonte de normas, mas precursora de mudanças, além da relevância dos recursos orçamentários.¹⁷²

Nesse sentido, Asth destaca que “o principal desafio é a limitação do orçamento¹⁷³, que é central para a implementação dos serviços da Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), para que seja, de fato, promovido o acolhimento em saúde necessário nas políticas de saúde mental”. (WEISE, 2024)

João Mendes, coordenador de Desinstitucionalização e Direitos Humanos do Departamento de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas do Ministério da Saúde, afirma que a saúde mental é uma prioridade: “Existe ao menos um serviço de saúde mental em 75% dos municípios elegíveis para serviços especializados. A retomada da política de saúde mental, a partir de 2023, está impulsionando a expansão e a interiorização dos serviços, mas ainda há alguns vazios assistenciais”. (WEISE, 2024)

Ainda, importa ressaltar que a Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) n. 487/2023, estabelece que as pessoas em conflito com a lei que necessitam cuidados e atendimento de saúde mental sejam encaminhadas pela autoridade judicial aos centros de atenção para tratamento adequado (Centros de Atenção Psicossocial, Serviços Residenciais Terapêuticos ou Hospitais Gerais), indo ao encontro com a política Antimanicomial e dos preceitos das organizações internacionais no que se refere ao tema.

O juiz Luís Geraldo Lanfredi¹⁷⁴ (BANDEIRA, 2024) afirmou, nesse sentido, que tal resolução busca zelar “pelo endereçamento adequado do compromisso com novos modelos terapêuticos que nos permitam tratar com dignidade pessoas que necessitam ter um tratamento de saúde compatível com seus quadros clínicos”.

Esse processo só será possível com políticas públicas específicas, pois “as dificuldades e ações conceituais e materiais são da ordem da construção

172 De acordo com a OPAS, na América Latina e no Caribe, o orçamento destinados à saúde mental se aproximam de 2% do orçamento destinado as áreas da saúde.

173 O Ministério da Saúde recompôs o orçamento da política de saúde mental: “Comparado com 2022, este ano há previsão de investimento de novos R\$ 425 milhões anuais no custeio da RAPS”. (WEISE, 2024)

174 Coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas.

da saúde mental no Brasil” (ZAMBENEDETTI; PERRONE, 2008, p. 277). Ainda, é essencial a disponibilização de recursos orçamentários para que a rede de saúde esteja apta a oferecer os tratamentos necessários àqueles que cumprem medidas de segurança, visando dar uma resposta efetiva aos novos paradigmas que demandam esforços do Poder Executivo, em específico do Ministério da Saúde e das secretarias estaduais e municipais.

9.5 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA SAÚDE MENTAL

O texto da Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu artigo 196, a saúde como direito de todos e dever do Estado. Para garantir tal direito, na década de 90 foi criado o Sistema Único de Saúde, tendo como base os princípios de universalidade, integralidade e igualdade resguardados na própria Constituição.

De acordo com o Conselho Nacional de Saúde, o SUS atende aproximadamente 190 milhões de pessoas, entre as quais 80% dependem unicamente do sistema público para receber atenção médica. Regina Benevides (2005, p. 24) salienta a necessidade de inventar novos modos de fazer acontecer os eixos SUS estipulados na Carta Magna.

Visando melhorar e ampliar os serviços prestados pelo SUS, a Emenda da Saúde (Emenda Constitucional n.º. 29) garantiu a co-participação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no que se refere ao financiamento das ações e serviços básicos de saúde pública, estipulando que 12% da receita bruta dos Estados e Municípios fossem destinados para esse fim.

No entanto, o orçamento estatal destinado ao SUS se tornou um desafio desde a sua criação, o que acarreta e acumula problemas para cobrir todas as necessidades no que se refere ao cuidado da saúde da população.

Diante dessa realidade entram em cena as parcerias público-privadas (PPP)¹⁷⁵, contratos públicos de concessão, um serviço público com a possibilidade de exploração econômica de um parceiro privado. Di Pietro (2014, p. 116) nomeia esse sistema como serviço público comercial ou industrial “que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para atender às necessidades coletivas de ordem econômica”.

Ainda, de acordo com Marques Neto, as PPP (2017) são entendidas como:

175 A primeira PPP criada no Brasil foi o Hospital de Subúrbio (HS) na Bahia, em 2010. É uma PPP integral em que a concessionária é responsável tanto pela gestão predial e administrativa (bata cinza) quanto pelo atendimento médico aos usuários (bata branca) por dez anos, renováveis por mais dez, e investiu R\$ 36 milhões na implantação do Hospital, além dos R\$54 milhões financiados pelo agente público. No final do contrato, todos os bens que integram a estrutura do local serão revertidos ao Governo do Estado da Bahia. (ALMEIDA, 2017, p. 11)

O ajuste firmado entre Administração Pública e a iniciativa privada, tendo por objeto a implantação e a oferta de empreendimento destinado à fruição direta ou indireta da coletividade, incumbindo-se a iniciativa privada da sua estruturação, financiamento, execução, conservação e operação, durante todo o prazo estipulado para a parceria, e cumprindo ao Poder Público assegurar as condições de exploração e remuneração pelo parceiro privado, nos termos do que for ajustado, e respeitada a parcela de risco assumida por uma e outra das partes.

Segundo Oliveira, o princípio subjacente às PPP seria a ampliação da capacidade de investimento do setor público, em que a autoridade pública continua responsável pelo serviço prestado ao cidadão, mas não necessariamente por todo o investimento. O desembolso de recursos públicos é diluído no tempo e se inicia após a disponibilização da infraestrutura criada e cumpridas as exigências contratuais pelo parceiro privado. O processo de decisão é complexo em todas as fases: a lei institui um Comitê Gestor da Parceria Público-privada e Fundos Garantidores das PPP, de natureza privada e patrimônio próprio, para garantia das contraprestações (ALMEIDA, 2017, p. 11).

Em tese, as PPP são uma boa solução¹⁷⁶: garantia da assistência gratuita para a população, com a “utilização de ferramentas privadas de gestão, que podem aumentar a eficácia e qualidade dos serviços prestados” (PEREIRA, 2023). Em contrapartida, as instituições privadas absorveriam o conhecimento e experiências do setor público, bem como a possibilidade de formar mais profissionais, considerando que são contratos de longo termo.

Os benefícios econômicos e sociais devem ter um equilíbrio, para não serem desvirtualizados do objetivo para o qual a PPP foi criada, o que engloba os preceitos constitucionais brasileiros elencados na Carta Magna de 1988. Para tanto, o propósito da criação das PPP é que o Estado cumpra com a sua obrigação de possibilitar respostas adequadas e eficazes para garantir os direitos consagrados aos cidadãos.

Entre alguns exemplos relacionados com a saúde mental estão os hospitais públicos e os presídios (como o Complexo Penal em Minas Gerais), que, em grande medida, contam com atendimento psicológico ou emergência psiquiátrica.

Também como exemplo dessa parceria público-privada pode-se destacar o Einstein, que realiza, em São Paulo, a gestão de duas Residências Terapêuticas (que abrigam pacientes com transtornos mentais graves, após a saída de internações psiquiátricas), quatro Centros de Atenção Psicossocial

176 São exemplos a criação do modelo de contratos de gestão e termos de colaboração – no qual Organizações Sociais de Saúde e instituições filantrópicas gerenciam serviços de saúde pública, em parceria com secretarias municipais e estaduais – e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional do Sistema Único de Saúde – uma aliança entre hospitais considerados de excelência pelo Ministério da Saúde para apoiar e aprimorar o SUS. (PEREIRA, 2023)

(Caps), catorze Unidades Básicas de Saúde (UBS), duas Unidades de Pronto Atendimento (UPA) e três Assistências Médicas Ambulatoriais e uma de Especialidade. (PEREIRA, 2023)

O resultado que vem sendo consolidado nas parcerias público-privado parece possibilitar a ampliação dessa modalidade na área da saúde, um setor fundamental para garantir os direitos consagrados na Constituição, uma vez que o Estado encontra dificuldades de mobilizar financiamento, estrutura e realizar a administração das instituições de saúde.

9.6 CONCLUSÕES

A saúde mental abrange uma complexidade de fatores para ser garantida no caso de enfermidades, patologias ou sofrimentos psíquicos, uma vez que não se trata somente de tratamentos, mas tem um conceito bem mais amplo: abarca a independência e a qualidade de vida das pessoas, sendo um direito cada vez mais reconhecido, tanto nacionalmente como internacionalmente.

Um dos principais desafios para tanto é de ordem econômica, especialmente depois da reforma psiquiátrica e da implementação da política anti-manicomial, a partir das quais a atenção integral à saúde mental tem tomado novas dimensões, em termos quantitativos e, também, pela complexidade dos pacientes que devem ser atendidos, contando para tanto com o Sistema Único de Saúde.

Em decorrência da reforma psiquiátrica, que modificou o cenário dos manicômios e hospitais de custódia no território nacional, o Estado está convocado a dar novas respostas e soluções para o problema do cuidado e tratamento de quem padece de patologias sérias, com limitações de autonomia, além de ser necessário considerar a periculosidade em uma parcela significativa dos casos dos hoje internos dos hospitais de custódia.

Para tanto, são necessárias políticas públicas que proporcionem um atendimento com atenção integral em rede, o que envolve mudança de paradigmas sobre as questões de saúde mental, uma vez que os internos passam a ser atendidos externamente.

No entanto, as dificuldades orçamentárias, que prejudicam tanto o investimento em estrutura como de profissionais e espaços múltiplos e variados, levam o Estado a enfrentar desafios importantes. Uma forma de conseguir responder melhor a demanda da atenção integral à saúde mental é realizar parcerias público-privadas, contando, dessa forma, com investimento privado para cobrir os deveres do Estado e garantir os direitos dos cidadãos, tendo uma contraprestação de ordem administrativa, de espaços, de experiência, etc.

É importante ressaltar que as parcerias público-privadas são uma possibilidade de expandir e melhorar o atendimento, considerando que o sistema

público conta com recursos limitados para investimentos na área de saúde, uma vez que a saúde deve estar garantida para todos, de maneira gratuita e universal, como estipula a Carta Magna brasileira.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Célia. Parcerias público-privadas (PPP) no setor saúde: processos globais e dinâmicas nacionais. **Cadernos de Saúde Pública** **33**. 23 março 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/drk3GQCxZMTsnw-QWxRjJdNQ/?format=pdf&lang=pt/>. Acesso em: 28 junho 2024.
- BANDEIRA, Regina. No Senado, CNJ destaca esforço junto ao Poder Executivo para fechamento dos hospitais de custódia. **Agência CNJ de Notícias**. 08 maio 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/no-senado-cnj-des-taca-esforco-junto-ao-poder-executivo-para-fechamento-dos-hospitais-de-custodia/>. Acesso em: 26 junho 2024.
- BENEVIDES, Regina. A Psicologia e o Sistema Único de Saúde: quais interfaces? **Psicologia e Sociedade**, v. 17, n. 2, p. 21-25, 2005.
- BEZERRA DA SILVA, Ellayne Karoline; ROSA, Lúcia Cristina dos Santos. Desinstitucionalização Psiquiátrica no Brasil: riscos de desresponsabilização do Estado? **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 17, n. 2, p. 252-260, jul./dez. 2014.
- BRASIL. Conselho Nacional De Saúde. **SUS vinte anos**. Disponível em: https://conselho.saude.gov.br/web_sus20anos/sus.html/. Acesso em: 26 junho 2024.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Saúde Mental no SUS: os Centros de Atenção Psicossocial**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.
- BRASIL. **Relatório Final da II Conferência Nacional de Saúde Mental**. Brasília: MS, 1992.
- CNJ. **Política Antimanicomial do Poder Judiciário**. 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/direitos-humanos/politica-antimanicomial-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 23 junho 2024.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GODINHO, Tatau; SILVEIRA, Maria Lúcia (Org.). **Políticas públicas e igualdade de gênero**. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004.
- INFOMONEY. **Ranking do IDH: os 10 melhores (e piores) países segundo a ONU**. 16 abril 2024. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mundo/ranking-do-idh-os-10-melhores-e-piores-paises-segundo-a-onu>. Acesso em: 23 junho 2024.

- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parcerias público-privadas: conceito. 01 abril 2017. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/32/edicao-1/parcerias-publico-privadas:-conceito>>. Acesso em: 28 junho 2024.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Parceria público-privada e direito ao desenvolvimento: uma abordagem necessária. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, 2005, (3). Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-henrique-justino-de-oliveira/parceria-publico-privada-e-direito-ao-desenvolvimento-uma-abordagem-necessaria>>. Acesso em: 28 junho 2024.
- OLIVEIRA, Walter Ferreira de; MARTINHAGO, Fernanda.; MORAES, R. **Entendendo o processo da reforma psiquiátrica: a construção da rede de atenção à saúde mental**. Florianópolis: Abrasme; UFSC, 2009.
- OPAS. Organização Pan Americana de Saúde. *Transtornos mentais*. 2023. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/topicos/transtornos-mentais>>. Acesso em: 23 junho 2024.
- PARAZZI, Marcelo. **Dependência química: dados apontam 35 milhões de pessoas sofrendo com transtornos**. 16 fevereiro 2023. Disponível em: <<https://www.marceloparazzi.com.br/blog/dependencia-quimica-dados-apon-tam-35-milhoes-de-pessoas-sofrendo-com-transtornos/>>. Acesso em: 29 junho 2024.
- PEREIRA, Ana Carolina. Parcerias público-privadas na saúde caminham para novos modelos que avaliem indicadores de saúde da população. 08 de fevereiro 2023. **Futuro da Saúde**. Disponível em: <<https://futurodasaude.com.br/parcerias-publico-privadas-na-saude-einstein/>>. Acesso em: 23 junho 2024.
- SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Revista Sociologia**. Porto Alegre: ano 8, nº 16, jul./dez. 2006.
- SUBIRATS, Joan, et al. *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Ariel, 2012.
- WEISE, Angélica. Os passos do Brasil para tornar saúde mental uma pauta prioritária. *Futuro da Saúde*. 25 abril 2024. 08 fevereiro 2023.
- WHO. **Salud mental: fortalecer nuestra respuesta**. 17 de junio de 2022. Disponível em: <<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-health-strengthening-our-response>>. Acesso em: 22 junho 2024.
- ZAMBENEDETTI, Gustavo; PERRONE, Claudia Maria Perrone. O Processo de Construção de uma Rede de Atenção em Saúde Mental: desafios e potencialidades no processo de Reforma Psiquiátrica. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 18 [2]: 277-293, 2008.



10

PROGRAMAS DE PPP PARA A SAÚDE MENTAL DAS CRIANÇAS REFUGIADAS

*Patricia Gorisch*¹⁷⁷
*Paula Carpes Victório*¹⁷⁸



10.1 INTRODUÇÃO

As crianças refugiadas enfrentam uma série de desafios complexos que afetam diretamente seu desenvolvimento físico, psicológico e social. O deslocamento forçado, a perda de familiares e amigos, a exposição a traumas e a insegurança quanto ao futuro são fatores que

177 Advogada. Pós Doutora em Direitos Humanos pela Universidad de Salamanca. Pós Doutora em Direito da Saúde pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutora e Mestre em Direito Internacional. Coordenadora do Observatório dos Direitos do Migrante da Unisanta. Presidente da Comissão Nacional dos Direitos dos Refugiados do IBDFAM. Email: patricia@patriciagorisch.adv.br. <https://lattes.cnpq.br/6889818850592542> Orcid:<https://orcid.org/0000-0003-0543-9840>

178 Farmacêutica e bioquímica com Habilitação em Análises Clínicas e Mestrado em Toxicologia e Análises Toxicológicas pela Universidade de São Paulo; Advogada; Professora do curso de Medicina na Universidade do Oeste Paulista/Guarujá/SP; Sócia no escritório de advocacia Patricia Gorisch e Paula Carpes Victório; Perita Judicial no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Perita Farmacêutica da Receita Federal do Brasil. Email: paula.carpes@sociedadeadvogadas.com.br CV: <http://lattes.cnpq.br/5320025764271127> <https://orcid.org/0009-0000-8686-7139>

contribuem para um cenário de extrema vulnerabilidade (UNICEF, 2017). Esse contexto adverso não apenas impacta a saúde mental dessas crianças, mas também interfere em sua capacidade de adaptação e integração em novos ambientes (Miller & Rasmussen, 2017).

Entre os principais desafios enfrentados pelas crianças refugiadas, destacam-se o trauma e o estresse pós-traumático, decorrentes da exposição a experiências traumáticas, como violência, guerra e perseguição, que frequentemente resultam em transtornos mentais, como estresse pós-traumático, ansiedade e depressão (Fazel, Reed, Panter-Brick & Stein, 2012). Além disso, muitas dessas crianças enfrentam barreiras ao acesso à educação, direito fundamental frequentemente comprometido pela falta de documentos, barreiras linguísticas, discriminação e escassez de recursos em campos de refugiados ou nas comunidades de acolhimento (Dryden-Peterson, 2016). A discriminação e a exclusão social, comuns em países de acolhimento, agravam o isolamento social dessas crianças e dificultam seu processo de integração (Kirova, 2019).

As condições precárias em que vivem, incluindo a falta de acesso a serviços básicos de saúde, agravam problemas de saúde existentes e contribuem para o surgimento de novos problemas, tanto físicos quanto mentais (Woodland, Burgner, Paxton & Zwi, 2010). A instabilidade política e social em suas regiões de origem, combinada com a incerteza sobre seu status legal e futuro, também contribui para um estado constante de insegurança, afetando seu bem-estar psicológico (Betancourt, Newnham, Layne, Kim, Steinberg, Ellis & Birman, 2012).

A saúde mental dessas crianças é crucial, pois influencia diretamente sua capacidade de se adaptar e prosperar em novos ambientes (Vostanis, 2016). Programas de apoio psicológico e emocional são essenciais para ajudá-las a superar o trauma e desenvolver resiliência. A intervenção precoce é fundamental para prevenir problemas de saúde mental a longo prazo e facilitar sua integração social e educacional (Hodes, 2000). No entanto, a implementação desses programas enfrenta desafios significativos, como a falta de recursos financeiros e humanos, a necessidade contínua de capacitação de profissionais para lidar com as necessidades específicas das crianças refugiadas, e a falta de coordenação eficaz entre governos, ONGs e entidades privadas, o que pode levar à duplicação de esforços ou lacunas nos serviços oferecidos (Zwi & Woodland, 2007).

Nesse contexto, as Parcerias Público-Privadas (PPP) têm se mostrado uma estratégia eficaz na promoção da saúde mental das crianças refugiadas (Patel, 2010). Essas parcerias permitem a mobilização de recursos e expertise de diferentes setores, proporcionando um suporte mais abrangente e sustentável. Por meio das PPP, é possível oferecer intervenções terapêuticas culturalmente apropriadas, garantir o acesso contínuo a serviços de saúde

mental e promover a capacitação de profissionais (Watkins, Swidler, Hannan & Goodman, 2012). A integração de esforços entre governos, ONGs e o setor privado é essencial para a criação de programas eficazes e duradouros, que possam mitigar os impactos do trauma e promover o desenvolvimento saudável dessas crianças (Ager, Metzler, Vojta & Savage, 2013).

A saúde mental das crianças refugiadas está intimamente ligada ao seu desenvolvimento geral, incluindo sua capacidade de aprender, formar relacionamentos saudáveis e se adaptar a novos ambientes. Estudos indicam que o trauma experimentado por essas crianças pode levar a dificuldades significativas em áreas como o desempenho acadêmico, a socialização e a regulação emocional (Bronstein & Montgomery, 2011). Essas dificuldades são exacerbadas pela interrupção na continuidade educacional e pela falta de apoio emocional adequado, o que pode criar um ciclo de vulnerabilidade que afeta a trajetória de vida dessas crianças a longo prazo (Sirin & Rogers-Sirin, 2015). Portanto, a promoção da saúde mental não é apenas uma questão de bem-estar imediato, mas também de investir no futuro dessas crianças e, por extensão, na coesão social das comunidades que as acolhem.

Além disso, o impacto do trauma e do estresse não tratado pode se manifestar em comportamentos disruptivos ou retraídos, prejudicando ainda mais a capacidade das crianças refugiadas de integrar-se social e academicamente (Betancourt et al., 2012). Esse isolamento pode perpetuar a exclusão social e aumentar o risco de marginalização, tanto dentro das escolas quanto nas comunidades em que essas crianças são inseridas. A falta de programas estruturados que abordem especificamente as necessidades de saúde mental dessas crianças pode resultar na perda de oportunidades cruciais para intervir e apoiar seu desenvolvimento positivo (Ehnholt & Yule, 2006).

A saúde mental das crianças refugiadas também está intrinsecamente ligada à saúde mental de seus cuidadores. Pesquisas mostram que os cuidadores que também sofrem de traumas e estresse podem ter dificuldade em proporcionar o ambiente seguro e de apoio necessário para o desenvolvimento saudável de seus filhos (Dalgaard, Todd, Daniel, Montgomery, & Killén, 2016). Portanto, o apoio psicológico direcionado a toda a família é essencial para quebrar o ciclo de trauma intergeracional e promover um ambiente mais estável e seguro para as crianças. Intervenções que abordam tanto a saúde mental das crianças quanto a dos cuidadores são fundamentais para garantir que as necessidades emocionais das crianças sejam atendidas de forma holística (Weine, 2011).

Programas de apoio psicológico e emocional para crianças refugiadas precisam ser culturalmente sensíveis e adaptados às realidades específicas dessas populações (Watters, 2001). As intervenções padronizadas que não levam em conta as diferenças culturais, religiosas e sociais podem falhar em alcançar os objetivos desejados, criando barreiras adicionais ao acesso e à

eficácia do tratamento. O desenvolvimento de programas que incorporam a compreensão das experiências culturais das crianças e suas famílias, bem como a inclusão da comunidade no processo de implementação, pode aumentar significativamente o sucesso dessas intervenções (Rousseau & Guzder, 2008).

Finalmente, a promoção da saúde mental das crianças refugiadas não é apenas uma questão de intervenção individual, mas também de políticas públicas e práticas institucionais. Governos e organizações internacionais têm um papel crucial na criação de um ambiente favorável para o desenvolvimento saudável dessas crianças, por meio da implementação de políticas que garantam o acesso a serviços de saúde mental, educação e apoio social de qualidade (UNHCR, 2019). A colaboração entre diferentes setores, incluindo saúde, educação, e serviços sociais, é fundamental para criar uma rede de apoio robusta que possa responder eficazmente às complexas necessidades dessas crianças (WHO, 2013). A construção de políticas públicas que promovam a saúde mental das crianças refugiadas é, portanto, uma prioridade essencial para assegurar um futuro mais estável e integrado para essa população vulnerável.

As Parcerias Público-Privadas (PPP) desempenham um papel fundamental na implementação de programas de apoio psicológico e emocional para crianças refugiadas. Essas parcerias possibilitam a combinação de recursos financeiros, técnicos e humanos provenientes de diferentes setores, aumentando a eficácia e a abrangência dos programas de saúde mental (Patel, 2010). Ao unir os esforços de governos, organizações não governamentais (ONGs) e empresas privadas, as PPP facilitam a criação de soluções mais sustentáveis e adaptadas às necessidades específicas das crianças refugiadas, permitindo que essas intervenções sejam mais robustas e duradouras (Watkins et al., 2012).

Um dos principais benefícios das PPP é a capacidade de mobilizar rapidamente os recursos necessários para enfrentar as emergências humanitárias, como as crises de refugiados. Em muitos casos, os governos podem não ter a agilidade ou os recursos suficientes para responder adequadamente às necessidades emergentes de saúde mental das populações deslocadas (Ager & Metzler, 2017). As PPP, por outro lado, permitem que o setor privado contribua com financiamento e expertise, enquanto as ONGs oferecem a experiência no terreno e o conhecimento das necessidades locais. Essa sinergia é essencial para a implementação eficaz de programas de apoio psicológico que são culturalmente sensíveis e que atendem às realidades específicas dos refugiados (Beamon & Balcazar, 2017).

Além disso, as PPP facilitam a inovação na entrega de serviços de saúde mental. A participação do setor privado pode introduzir novas tecnologias e métodos de intervenção que melhoram a qualidade e a acessibilidade

dos serviços oferecidos às crianças refugiadas (Porter & Haslam, 2005). Por exemplo, o uso de plataformas digitais para oferecer suporte psicológico remoto é uma área em que o setor privado pode desempenhar um papel significativo, especialmente em contextos onde o acesso físico aos serviços é limitado (Benight, 2012). Essas inovações não apenas ampliam o alcance dos programas, mas também garantem que o apoio oferecido seja contínuo e não interrompido por dificuldades logísticas ou falta de recursos locais.

Outro aspecto crucial das PPP é a promoção da sustentabilidade a longo prazo dos programas de apoio psicológico e emocional. Enquanto as respostas humanitárias tradicionais muitas vezes dependem de financiamento instável e de curto prazo, as PPP oferecem uma estrutura para garantir a continuidade dos serviços através de acordos financeiros e operacionais mais estáveis (Patel, 2010). Ao envolver o setor privado, os programas podem garantir fontes de financiamento contínuas e a manutenção de padrões de qualidade, mesmo após a fase inicial de emergência (Reeves et al., 2015). Isso é particularmente importante para as crianças refugiadas, cuja recuperação psicológica e emocional pode exigir apoio prolongado.

As PPP promovem a colaboração intersetorial, que é essencial para abordar as complexas necessidades das crianças refugiadas. A coordenação entre governos, ONGs e empresas privadas facilita a criação de uma rede integrada de serviços que pode responder de maneira mais abrangente e eficaz às diversas dimensões da saúde mental (Porter & Haslam, 2005). Essa abordagem colaborativa não só melhora a eficiência dos recursos utilizados, mas também garante que as intervenções sejam alinhadas com as políticas públicas e as prioridades locais, aumentando assim a probabilidade de sucesso e impacto positivo dos programas (Betancourt & Khan, 2008).

Os objetivos específicos do artigo são delineados para orientar a análise detalhada da eficácia das Parcerias Público-Privadas (PPP) na promoção da saúde mental das crianças refugiadas. O primeiro objetivo específico é identificar e avaliar as principais intervenções terapêuticas oferecidas por programas de PPP direcionados a essas crianças. Essa avaliação busca compreender quais abordagens terapêuticas, como o aconselhamento individual, terapia de grupo e atividades lúdicas, têm sido mais eficazes no tratamento dos traumas psicológicos e emocionais enfrentados pelas crianças refugiadas (Fazel et al., 2012).

O segundo objetivo específico é examinar os mecanismos de coordenação e colaboração entre os diferentes parceiros envolvidos nas PPP, incluindo governos, organizações não governamentais (ONGs) e o setor privado. Este objetivo foca na análise de como a integração entre esses parceiros pode ser otimizada para garantir uma implementação eficaz e sustentável dos programas de apoio psicológico e emocional. A literatura sugere que a coordenação eficiente entre esses setores é crucial para a eficácia das intervenções e

para evitar a duplicação de esforços ou lacunas nos serviços prestados (Ager & Metzler, 2017).

O terceiro objetivo específico do artigo é avaliar os impactos observados na saúde mental das crianças refugiadas beneficiadas por esses programas de PPP. Este objetivo envolve a medição de resultados tangíveis, como a redução dos sintomas de transtornos mentais, melhorias no bem-estar emocional e na capacidade de integração social das crianças (Betancourt et al., 2012). A avaliação desses impactos permite uma análise mais precisa da eficácia dos programas, fornecendo dados essenciais para a tomada de decisões sobre futuras intervenções.

Outro objetivo específico é explorar as estratégias utilizadas para garantir a sustentabilidade dos programas de apoio psicológico e emocional implementados por meio das PPP. Este objetivo foca na análise das práticas que permitem a continuidade das intervenções ao longo do tempo, mesmo após o término de financiamentos emergenciais ou a mudança nas prioridades das organizações envolvidas. A sustentabilidade é um desafio crucial em contextos de apoio a populações refugiadas, e a análise desse aspecto é essencial para a longevidade e sucesso dos programas (Patel, 2010).

O artigo visa oferecer recomendações para a formulação de políticas públicas que incentivem a formação de PPP como uma solução para as complexas necessidades de saúde mental das crianças refugiadas. Este objetivo específico envolve a tradução dos achados do estudo em diretrizes práticas para governos, ONGs e empresas privadas, orientando-os sobre como estruturar e gerenciar parcerias eficazes para o bem-estar das crianças refugiadas (Reeves et al., 2015).

A revisão da literatura fornece uma compreensão aprofundada dos conceitos fundamentais e das pesquisas existentes relacionadas à saúde mental e ao apoio psicológico para crianças refugiadas, bem como o papel das Parcerias Público-Privadas (PPP) na implementação de programas eficazes nessa área. Esta seção está organizada em quatro subtemas principais: Conceitos fundamentais de saúde mental e apoio psicológico para crianças refugiadas, Impactos do trauma e do deslocamento na saúde mental das crianças, Exemplos de programas de PPP em outras áreas e sua eficácia, e Análise de políticas e práticas atuais em saúde mental para crianças refugiadas.

A saúde mental de crianças refugiadas é um campo complexo que engloba múltiplos conceitos interrelacionados, incluindo bem-estar psicológico, resiliência, cooperação e integração social. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a saúde mental é definida como um estado de bem-estar no qual o indivíduo percebe suas próprias habilidades, pode lidar com os estresses normais da vida, trabalhar de forma produtiva e contribuir para sua comunidade (WHO, 2013). No contexto de crianças refugiadas, esse conceito é ampliado para considerar os efeitos do deslocamento forçado, perda e

experiências traumáticas que afetam profundamente seu desenvolvimento emocional e psicológico (Fazel, Reed, Panter-Brick, & Stein, 2012).

O apoio psicológico para crianças refugiadas envolve intervenções projetadas para promover a recuperação e o desenvolvimento saudável após experiências adversas significativas. Essas intervenções podem variar de apoio psicossocial básico, fornecido em ambientes comunitários, a terapias especializadas conduzidas por profissionais de saúde mental treinados (Betancourt & Khan, 2008). Modelos como a “Intervenção Psicossocial em Camadas” proposta pelo Comitê Permanente Interagências (IASC) destacam a necessidade de uma abordagem estruturada que aborde desde necessidades básicas de segurança e estabilidade até suporte especializado para aqueles com sintomas mais graves (IASC, 2007).

A resiliência é outro conceito central nesse contexto, referindo-se à capacidade das crianças de se recuperarem e até prosperarem apesar das adversidades enfrentadas. Estudos indicam que fatores como suporte familiar e comunitário, acesso à educação e envolvimento em atividades culturais e recreativas podem fortalecer a resiliência e contribuir para melhores resultados de saúde mental (Masten & Narayan, 2012). Portanto, programas eficazes de apoio psicológico buscam não apenas tratar sintomas, mas também promover fatores protetivos que sustentem o bem-estar a longo prazo.

O trauma e o deslocamento associados à condição de refugiado têm impactos profundos e duradouros na saúde mental das crianças. Experiências traumáticas como exposição à violência, separação familiar e perda de entes queridos podem levar ao desenvolvimento de transtornos mentais como Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT), depressão e ansiedade (Kia-Keating & Ellis, 2007). Além disso, o estresse contínuo causado pela instabilidade, incerteza sobre o futuro e condições de vida precárias nos países de acolhimento exacerba esses efeitos negativos (Bronstein & Montgomery, 2011).

Estudos longitudinais demonstram que, sem intervenções adequadas, os efeitos do trauma podem persistir na idade adulta, afetando a funcionalidade social, educacional e econômica dos indivíduos (Montgomery, 2011). Crianças traumatizadas frequentemente exibem dificuldades de concentração, problemas comportamentais e baixo desempenho acadêmico, o que interfere em seu desenvolvimento e integração social (Derluyn & Broekaert, 2007). Além disso, há evidências de que o trauma pode impactar o desenvolvimento neurológico, influenciando a capacidade de regular emoções e lidar com o estresse futuro (Pynoos, Steinberg, & Piacentini, 1999).

Fatores como idade no momento do deslocamento, duração da exposição a eventos traumáticos e presença de suporte social influenciam a gravidade e a natureza dos impactos na saúde mental (Ellis, MacDonald, Lincoln, & Cabral, 2008). Crianças desacompanhadas ou separadas de suas famílias

estão particularmente em risco, demonstrando taxas mais altas de problemas psicológicos (Sourander, 1998). Portanto, compreender a complexidade desses impactos é essencial para o desenvolvimento de intervenções eficazes e sensíveis às necessidades individuais e contextuais das crianças refugiadas.

As Parcerias Público-Privadas têm sido utilizadas com sucesso em diversas áreas da saúde para ampliar o alcance e a eficácia dos serviços prestados. No setor de saúde pública, PPPs têm sido implementadas para melhorar infraestruturas hospitalares, ampliar programas de vacinação e fortalecer sistemas de saúde em países de baixa e média renda (Roehrich, Lewis, & George, 2014). Por exemplo, a parceria entre o governo da Gana e empresas privadas resultou na expansão significativa do acesso a serviços de saúde materna e infantil, demonstrando melhorias nos indicadores de saúde e satisfação do usuário (Ameyaw & Chan, 2015).

No campo da saúde mental, embora menos comum, existem exemplos notáveis de PPPs que contribuíram para a melhoria dos serviços. Um caso exemplar é a parceria estabelecida na Austrália entre agências governamentais e organizações privadas para implementar o programa “Headspace”, que oferece serviços de saúde mental para jovens em um modelo integrado e acessível (Rickwood et al., 2015). Essa iniciativa resultou em aumento significativo no acesso a cuidados de saúde mental e melhorias nos resultados de saúde dos participantes, evidenciando o potencial das PPPs nesse domínio.

Outro exemplo relevante é a parceria estabelecida em Uganda para enfrentar o estigma associado à saúde mental e ampliar o acesso a serviços de qualidade. A colaboração entre o Ministério da Saúde, organizações não governamentais e o setor privado levou ao desenvolvimento de programas comunitários de saúde mental que reduziram barreiras culturais e estruturais ao cuidado, demonstrando melhorias significativas no bem-estar dos indivíduos atendidos (Kigozi et al., 2010). Esses casos ilustram como PPPs podem mobilizar recursos e expertise diversificados para abordar desafios complexos de saúde, incluindo aqueles relacionados à saúde mental de populações vulneráveis.

As políticas e práticas atuais em saúde mental para crianças refugiadas variam significativamente entre diferentes contextos nacionais e internacionais. Organizações como o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) têm desenvolvido diretrizes para a implementação de serviços de saúde mental e apoio psicossocial (MHPSS) em contextos humanitários, enfatizando abordagens integradas e baseadas na comunidade (UNHCR, 2013; UNICEF, 2011). Essas diretrizes destacam a necessidade de intervenções culturalmente sensíveis, acessíveis e sustentáveis que sejam incorporadas aos sistemas de saúde e educação existentes.

No entanto, a implementação prática dessas políticas enfrenta inúmeros desafios, incluindo recursos limitados, falta de profissionais treinados e barreiras linguísticas e culturais (Hodes et al., 2018). Em muitos países de acolhimento, os serviços de saúde mental para refugiados são fragmentados e insuficientemente financiados, resultando em lacunas significativas no atendimento (Kirmayer et al., 2011). Além disso, o estigma associado à saúde mental em algumas culturas pode impedir que famílias busquem apoio, destacando a importância de abordagens que promovam conscientização e aceitação dentro das comunidades refugiadas (Miller & Rasmussen, 2010).

Recentemente, tem havido um aumento no reconhecimento da importância de políticas inclusivas e coordenadas que envolvam múltiplos setores na provisão de cuidados de saúde mental para crianças refugiadas. Estratégias que incorporam educação, saúde, serviços sociais e organizações comunitárias têm demonstrado maior eficácia na abordagem das necessidades complexas dessa população (Fazel & Betancourt, 2018). Além disso, há um movimento crescente em direção ao uso de tecnologias digitais e intervenções baseadas em evidências para ampliar o acesso e a qualidade dos serviços de saúde mental (Nasir et al., 2018). Apesar dos progressos, a necessidade de investimento contínuo e inovação nas políticas e práticas permanece crucial para atender adequadamente às necessidades de saúde mental das crianças refugiadas.

10.2 DESENVOLVIMENTO DOS PROGRAMAS DE APOIO PSICOLÓGICO E EMOCIONAL

O desenvolvimento dos programas de apoio psicológico e emocional para crianças refugiadas requer uma abordagem estruturada e multifacetada, que seja capaz de abordar as diversas e complexas necessidades dessa população vulnerável. Esses programas são geralmente organizados em várias camadas de intervenção, que vão desde o apoio psicossocial básico até cuidados especializados. O apoio psicossocial básico, por exemplo, envolve a criação de ambientes seguros e acolhedores onde as crianças possam expressar seus sentimentos e experiências. Esse tipo de intervenção é crucial para restaurar um senso de normalidade e estabilidade na vida das crianças, especialmente após as experiências traumáticas que muitas delas enfrentaram. Estudos indicam que ambientes como os “Child Friendly Spaces”, criados pelo UNICEF e parceiros, têm desempenhado um papel vital ao oferecer espaços protegidos onde as crianças podem brincar, aprender e socializar sob a supervisão de adultos treinados (Ager & Metzler, 2017).

Além do apoio psicossocial básico, um componente essencial desses programas é a triagem e avaliação inicial das crianças para identificar aquelas que apresentam sinais de trauma psicológico grave ou outros problemas de

saúde mental. Ferramentas de triagem culturalmente adaptadas são fundamentais para garantir que as avaliações sejam precisas e sensíveis ao contexto específico das crianças refugiadas. Fazel et al. (2012) destacam a importância de uma triagem eficaz para direcionar intervenções mais intensivas às crianças que mais necessitam, assegurando que os recursos sejam alocados de maneira eficiente e que os casos mais graves recebam a devida atenção.

Para as crianças identificadas com necessidades mais complexas, os programas incluem uma variedade de intervenções terapêuticas. Essas intervenções podem incluir aconselhamento individual, terapia de grupo e técnicas de terapia cognitivo-comportamental adaptadas para crianças, que têm se mostrado eficazes na redução dos sintomas de transtornos mentais comuns em populações deslocadas, como o Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT) (Miller & Rasmussen, 2017). Além disso, terapias baseadas na arte e no jogo, que utilizam expressões criativas como meios de processamento de traumas, são frequentemente incorporadas para ajudar as crianças a lidar com experiências difíceis de uma maneira acessível e não ameaçadora (Rousseau & Guzder, 2008).

A eficácia desses programas está diretamente ligada à capacitação dos profissionais envolvidos. O treinamento de psicólogos, assistentes sociais, educadores e outros profissionais que trabalham diretamente com as crianças é um componente essencial. O treinamento não deve apenas focar em técnicas terapêuticas, mas também abordar as complexidades culturais e contextuais do trauma entre refugiados, garantindo que as intervenções sejam culturalmente sensíveis e apropriadas (Betancourt & Khan, 2008). Jordans et al. (2009) enfatizam que a capacitação contínua e contextualizada dos profissionais é crucial para o sucesso das intervenções e para garantir que as necessidades das crianças sejam atendidas de maneira eficaz e ética.

Além das intervenções diretas com as crianças, muitos programas reconhecem que o bem-estar dessas crianças está intimamente ligado ao ambiente familiar e comunitário. Por isso, componentes de apoio que envolvem os cuidadores e a comunidade mais ampla são frequentemente incluídos. Isso pode incluir sessões de orientação para pais, grupos de apoio e iniciativas comunitárias que promovem a resiliência coletiva e o fortalecimento dos laços sociais. Weine (2011) argumenta que a inclusão da família e da comunidade nos programas de apoio é vital para garantir que as intervenções tenham um impacto duradouro e que as crianças possam se recuperar em um ambiente que sustente seu bem-estar emocional a longo prazo.

Outro aspecto essencial dos programas é o monitoramento contínuo e a avaliação dos resultados. Esse processo envolve a coleta regular de dados sobre a eficácia das intervenções, bem como a adaptação dos programas com base em feedback e novas evidências. A avaliação contínua permite que os programas evoluam e melhorem ao longo do tempo, garantindo que as

necessidades das crianças sejam atendidas de forma eficaz e que os recursos sejam utilizados de maneira otimizada (Patel, 2010). A importância de um sistema robusto de monitoramento e avaliação é destacada por Reeves et al. (2015), que apontam para a necessidade de ajustes contínuos para responder às mudanças nas circunstâncias e nas necessidades das crianças refugiadas.

Além disso, a sustentabilidade dos programas de apoio psicológico e emocional é uma preocupação constante. A integração de componentes que garantam a continuidade das intervenções, mesmo após o término de financiamentos emergenciais ou mudanças nas prioridades das organizações envolvidas, é crucial. Patel (2010) observa que a sustentabilidade pode ser alcançada por meio de parcerias estratégicas e do fortalecimento das capacidades locais, o que ajuda a garantir que as intervenções permaneçam disponíveis para as crianças refugiadas a longo prazo.

A adaptação dos programas de apoio psicológico e emocional ao contexto cultural das crianças refugiadas é outro fator determinante para o sucesso dessas intervenções. Programas que ignoram as diferenças culturais, religiosas e sociais correm o risco de serem ineficazes ou até prejudiciais. Por isso, é essencial que os programas sejam desenhados e implementados com uma compreensão profunda das realidades culturais das crianças e de suas famílias. Miller et al. (2018) destacam a importância da adaptação cultural como um componente central dos programas de saúde mental para refugiados, garantindo que as intervenções sejam bem recebidas e eficazes.

A combinação de intervenções psicossociais básicas, triagem especializada, terapias direcionadas e suporte comunitário cria uma rede de segurança robusta que ajuda as crianças refugiadas a reconstruir suas vidas após experiências traumáticas. A estrutura desses programas, baseada em uma compreensão profunda das necessidades psicológicas e emocionais das crianças, e na adaptação contínua para atender a essas necessidades de maneira eficaz, é essencial para o sucesso das intervenções. À medida que os programas evoluem e se adaptam, o foco na individualidade de cada criança e no contexto único em que vivem deve permanecer central para garantir que elas recebam o apoio necessário para se desenvolver de forma saudável e resiliente (Ager & Metzler, 2017).

Os processos de triagem e avaliação inicial das crianças refugiadas são fundamentais para identificar aquelas que necessitam de intervenções psicológicas e emocionais mais intensivas. Esses processos são estruturados para captar de maneira precisa e sensível os sinais de trauma e outros problemas de saúde mental que podem não ser imediatamente evidentes. A triagem eficaz é o primeiro passo crítico para garantir que os recursos limitados sejam direcionados de maneira eficiente para aqueles que mais necessitam de apoio, evitando tanto a subestimação quanto a sobrecarga dos serviços de saúde mental disponíveis (Fazel et al., 2012).

A triagem começa com a aplicação de instrumentos padronizados e validados, adaptados culturalmente ao contexto das crianças refugiadas. Esses instrumentos são utilizados para detectar sintomas de transtornos comuns, como o Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT), depressão e ansiedade, que são prevalentes entre crianças que passaram por experiências de deslocamento e violência (Miller et al., 2018). A adaptação cultural desses instrumentos é crucial para garantir que eles sejam relevantes e sensíveis às particularidades culturais, linguísticas e religiosas das crianças avaliadas, o que aumenta a precisão dos diagnósticos e a aceitação das intervenções subsequentes (Kirmayer et al., 2011).

Além dos instrumentos formais, a avaliação inicial frequentemente inclui entrevistas com as crianças e seus cuidadores, realizadas por profissionais treinados em traumas específicos de refugiados. Essas entrevistas oferecem uma oportunidade para explorar a história individual da criança, suas experiências de deslocamento, bem como os fatores de estresse contínuos no ambiente atual. Elas também permitem que os profissionais identifiquem fatores protetores, como o suporte familiar e comunitário, que podem ser fortalecidos através das intervenções (Betancourt & Khan, 2008). As entrevistas qualitativas complementam os dados quantitativos obtidos através dos instrumentos de triagem, proporcionando uma visão mais holística da saúde mental das crianças (Miller & Rasmussen, 2017).

Um aspecto central desses processos de triagem e avaliação é a abordagem sensível ao trauma. Profissionais de saúde mental são treinados para conduzir avaliações de maneira que minimizem o risco de re-traumatização das crianças, proporcionando um ambiente seguro e de apoio durante o processo. Isso inclui a criação de um espaço físico confortável, a utilização de uma linguagem acessível e o respeito aos limites da criança em compartilhar suas experiências traumáticas (Hodes et al., 2018). A abordagem sensível ao trauma não só melhora a qualidade das avaliações, mas também estabelece uma base de confiança entre a criança e os profissionais, o que é essencial para o sucesso das intervenções subsequentes.

Os processos de triagem e avaliação inicial também incluem a consideração de fatores contextuais, como as condições de vida atuais da criança, a situação legal de sua família e o acesso aos serviços básicos. Esses fatores podem influenciar significativamente a saúde mental das crianças e são críticos para a compreensão completa de suas necessidades. Por exemplo, crianças que vivem em condições de instabilidade habitacional ou em ambientes com acesso limitado a serviços de saúde e educação podem enfrentar níveis mais altos de estresse contínuo, que precisam ser levados em conta na formulação dos planos de intervenção (Bronstein & Montgomery, 2011).

A coordenação entre os diferentes atores envolvidos no atendimento às crianças refugiadas é vital durante os processos de triagem e avaliação. Isso

inclui a colaboração entre profissionais de saúde mental, educadores, assistentes sociais e organizações não governamentais que atuam diretamente com as populações refugiadas. A partilha de informações e a cooperação entre esses setores garantem que a triagem seja abrangente e que todos os aspectos do bem-estar da criança sejam considerados na formulação do plano de tratamento (Sirin & Rogers-Sirin, 2015).

Além disso, a triagem e avaliação inicial devem ser processos contínuos e dinâmicos, não eventos únicos. À medida que as circunstâncias da criança mudam ou novos estressores surgem, é importante reavaliar sua saúde mental e ajustar as intervenções conforme necessário. Fazel et al. (2012) sugerem que a reavaliação periódica é essencial para capturar as mudanças na condição psicológica das crianças e para garantir que elas continuem a receber o apoio adequado ao longo do tempo.

Os resultados dos processos de triagem e avaliação inicial são utilizados para desenvolver planos de intervenção personalizados, que abordam as necessidades específicas de cada criança. Esses planos são ajustados ao longo do tempo com base nos progressos observados e em novas avaliações, garantindo que as crianças recebam o cuidado mais eficaz e apropriado para suas circunstâncias. A personalização das intervenções é fundamental para o sucesso a longo prazo dos programas de apoio psicológico e emocional, garantindo que as crianças tenham a melhor chance de recuperação e desenvolvimento saudável (Rousseau & Guzder, 2008).

Os processos de triagem e avaliação inicial são etapas críticas na implementação de programas de apoio psicológico e emocional para crianças refugiadas. Eles garantem que as intervenções sejam direcionadas de forma eficiente e que sejam culturalmente sensíveis, baseadas em uma compreensão profunda das experiências e necessidades das crianças. Combinando métodos quantitativos e qualitativos, abordagens sensíveis ao trauma e uma coordenação intersetorial eficaz, esses processos são essenciais para garantir que as crianças recebam o cuidado necessário para superar as adversidades e prosperar em seus novos ambientes.

As intervenções terapêuticas oferecidas a crianças refugiadas são projetadas para abordar as necessidades psicológicas complexas que surgem devido às experiências traumáticas de deslocamento, violência e perda. Entre as intervenções mais comumente utilizadas estão o aconselhamento individual, a terapia de grupo e as atividades lúdicas, todas adaptadas para responder às especificidades culturais e contextuais das crianças refugiadas. Essas abordagens são essenciais para promover a recuperação emocional e ajudar as crianças a desenvolver resiliência frente aos desafios que enfrentam.

O aconselhamento individual é uma das intervenções terapêuticas mais importantes para crianças refugiadas. Essa abordagem oferece um espaço seguro e confidencial onde as crianças podem explorar seus sentimentos,

medos e experiências traumáticas com a ajuda de um profissional de saúde mental treinado. O aconselhamento individual permite uma atenção personalizada às necessidades da criança, facilitando a elaboração de traumas específicos e ajudando a desenvolver estratégias de coping. Fazel et al. (2012) ressaltam que essa intervenção é particularmente eficaz para crianças que apresentam sintomas graves de Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT), depressão ou ansiedade, pois oferece um ambiente de apoio onde elas podem expressar emoções difíceis de serem verbalizadas em outros contextos.

Além do aconselhamento individual, a terapia de grupo é uma intervenção eficaz que permite às crianças refugiadas compartilharem suas experiências e sentimentos com outras crianças que passaram por situações semelhantes. Essa abordagem promove o senso de pertencimento e normaliza as reações emocionais ao trauma, ao mostrar às crianças que elas não estão sozinhas em suas experiências (Miller & Rasmussen, 2017). A terapia de grupo pode incluir discussões em grupo, atividades colaborativas e exercícios que incentivam a comunicação e o apoio mútuo entre os participantes. Estudos mostram que essa forma de intervenção não só melhora a saúde mental das crianças, mas também fortalece os laços sociais e a coesão do grupo, fatores que são essenciais para a resiliência e recuperação (Betancourt & Khan, 2008).

As atividades lúdicas, incluindo jogos, arte e outras formas de expressão criativa, desempenham um papel crucial nas intervenções terapêuticas para crianças refugiadas. Essas atividades oferecem uma maneira não verbal de processar experiências traumáticas, o que pode ser particularmente útil para crianças que têm dificuldade em expressar seus sentimentos através de palavras. A arteterapia, por exemplo, permite que as crianças expressem emoções complexas através de desenhos, pinturas e outras formas de arte, facilitando a externalização de traumas e promovendo a cura emocional (Rousseau & Guzder, 2008). Os jogos e brincadeiras também são utilizados como ferramentas terapêuticas para ajudar as crianças a reconstruir um senso de normalidade e a desenvolver habilidades sociais em um ambiente seguro e estruturado.

Essas intervenções lúdicas são especialmente adaptáveis ao contexto cultural das crianças, o que aumenta sua eficácia. Em muitos casos, atividades específicas são escolhidas com base na familiaridade e no significado cultural para as crianças, o que ajuda a garantir que elas se sintam mais confortáveis e engajadas no processo terapêutico (Kirmayer *et al.*, 2011). Por exemplo, a inclusão de contação de histórias ou músicas tradicionais pode reforçar a identidade cultural das crianças, ao mesmo tempo em que oferece uma maneira segura de abordar temas difíceis.

A integração dessas várias formas de intervenção – aconselhamento individual, terapia de grupo e atividades lúdicas – em um plano terapêutico holístico é essencial para atender às diversas necessidades das crianças refugiadas. Cada criança pode responder de maneira diferente às intervenções, e uma abordagem multifacetada permite que os profissionais ajustem as terapias com base na resposta da criança e nas mudanças em suas necessidades ao longo do tempo. A personalização das intervenções garante que o suporte oferecido seja não apenas eficaz, mas também relevante e sustentável (Miller et al., 2018).

Além disso, a continuidade das intervenções é um fator crucial no sucesso do tratamento. As intervenções terapêuticas devem ser mantidas por um período suficiente para que as crianças possam desenvolver novas habilidades de coping e consolidar suas recuperações emocionais. Estudos indicam que intervenções de curto prazo podem ser insuficientes para crianças que passaram por traumas severos e que, em muitos casos, são necessárias abordagens de longo prazo para garantir a estabilidade emocional (Betancourt et al., 2012). Portanto, programas de apoio psicológico e emocional para crianças refugiadas devem prever a possibilidade de intervenções prolongadas, ajustadas conforme as necessidades das crianças evoluem.

A eficácia dessas intervenções também depende da capacitação contínua dos profissionais envolvidos. Como mencionado anteriormente, é essencial que os profissionais sejam treinados não apenas nas técnicas específicas de cada intervenção, mas também na sensibilidade cultural e na abordagem centrada no trauma. Isso garante que as intervenções sejam aplicadas de maneira que respeite a dignidade e o contexto cultural das crianças, promovendo uma recuperação mais completa e eficaz (Patel, 2010).

A avaliação contínua das intervenções terapêuticas é necessária para ajustar e melhorar os programas de apoio psicológico e emocional. A coleta regular de dados sobre o progresso das crianças e a eficácia das diferentes intervenções permite que os profissionais façam ajustes necessários e garantam que cada criança receba o melhor suporte possível. A personalização e a adaptabilidade são, portanto, componentes essenciais para o sucesso das intervenções terapêuticas oferecidas a crianças refugiadas (Reeves et al., 2015).

A capacitação e o treinamento dos profissionais envolvidos em programas de apoio psicológico e emocional para crianças refugiadas são elementos cruciais para a eficácia dessas intervenções. A complexidade das necessidades dessas crianças exige que os profissionais estejam não apenas bem preparados tecnicamente, mas também culturalmente sensíveis e capazes de lidar com os impactos profundos do trauma. A formação contínua e especializada desses profissionais garante que eles possuam as habilidades necessárias para oferecer suporte adequado, ético e eficaz às crianças refugiadas (Betancourt & Khan, 2008).

O treinamento dos profissionais de saúde mental que trabalham com crianças refugiadas abrange uma ampla gama de conhecimentos e competências. Em primeiro lugar, é fundamental que esses profissionais tenham uma compreensão profunda das dinâmicas do trauma e das suas manifestações em crianças, incluindo sintomas de Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT), ansiedade, depressão e outros problemas comportamentais. Essa formação teórica é complementada por treinamentos práticos em técnicas de intervenção, como o aconselhamento individual, terapia de grupo e uso de abordagens lúdicas e expressivas, que são adaptadas às necessidades específicas das crianças refugiadas (Miller et al., 2018).

Além da formação em saúde mental, a capacitação dos profissionais deve incluir um componente significativo de sensibilidade cultural. As crianças refugiadas vêm de contextos culturais diversos e frequentemente enfrentam barreiras linguísticas e diferenças culturais que podem afetar sua capacidade de se engajar nas intervenções. Os profissionais precisam estar equipados para reconhecer e respeitar essas diferenças, adaptando suas abordagens para que sejam culturalmente relevantes e acessíveis (Kirmayer et al., 2011). A sensibilidade cultural é vital para construir a confiança necessária entre os profissionais e as crianças, o que é essencial para o sucesso de qualquer intervenção terapêutica.

O treinamento também deve abordar as questões éticas específicas que surgem ao trabalhar com populações vulneráveis, como as crianças refugiadas. Profissionais de saúde mental precisam ser capacitados para lidar com dilemas éticos relacionados à confidencialidade, consentimento informado, e os desafios que podem surgir ao equilibrar as necessidades individuais das crianças com as demandas institucionais ou legais (Patel, 2010). A formação em ética ajuda a garantir que as intervenções sejam conduzidas de maneira que respeite a dignidade e os direitos das crianças, protegendo-as de qualquer forma de exploração ou re-traumatização.

A abordagem centrada no trauma é outro aspecto crucial da capacitação dos profissionais. Essa abordagem envolve a criação de ambientes terapêuticos que minimizem o risco de re-traumatização e promovam a segurança, a confiança e o apoio. Os profissionais precisam ser treinados para reconhecer os sinais de trauma e adaptar suas práticas para atender às necessidades emocionais das crianças de maneira que seja segura e terapêutica. Hodes et al. (2018) destacam que a formação contínua em abordagens centradas no trauma é fundamental para garantir que os profissionais possam responder de forma eficaz às complexas reações emocionais e comportamentais das crianças refugiadas.

A capacitação dos profissionais também deve incluir a formação em técnicas de intervenção de crise, dada a natureza frequentemente imprevisível das necessidades das crianças refugiadas. Isso pode incluir a gestão de situa-

ções de crise aguda, como ataques de pânico, comportamentos autolesivos ou reações graves ao trauma. Ter profissionais bem treinados em intervenções de crise é essencial para garantir a segurança imediata das crianças e a continuidade do cuidado terapêutico (Miller & Rasmussen, 2017).

Além do treinamento inicial, é importante que os profissionais envolvidos em programas de apoio psicológico e emocional para crianças refugiadas participem de programas de educação continuada e supervisão clínica regular. A educação continuada permite que os profissionais se mantenham atualizados sobre as melhores práticas e novas pesquisas na área de saúde mental infantil e refugiados. A supervisão clínica regular, por sua vez, oferece um espaço para que os profissionais reflitam sobre suas práticas, recebam feedback e discutam casos desafiadores, o que contribui para a melhoria contínua de suas competências (Jordans et al., 2009).

A colaboração interprofissional é outro componente importante do treinamento. Profissionais de diferentes disciplinas – incluindo psicólogos, assistentes sociais, educadores e profissionais de saúde – precisam aprender a trabalhar juntos de maneira coordenada para oferecer cuidados integrados às crianças refugiadas. A formação em práticas colaborativas e o desenvolvimento de habilidades de comunicação interprofissional são essenciais para garantir que as necessidades das crianças sejam atendidas de forma holística e eficiente (Betancourt et al., 2012).

A avaliação contínua dos programas de capacitação é necessária para garantir que eles sejam eficazes e atendam às necessidades em constante evolução dos profissionais e das crianças que atendem. Isso pode incluir a avaliação do impacto do treinamento na prática clínica, a satisfação dos profissionais com os programas de capacitação e a eficácia das intervenções que resultam dessa formação. A coleta de feedback e a adaptação contínua dos programas de treinamento são fundamentais para manter um alto padrão de cuidado e para garantir que os profissionais estejam sempre bem preparados para enfrentar os desafios de trabalhar com crianças refugiadas (Reeves et al., 2015).

10.3 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPP) NA IMPLEMENTAÇÃO DOS PROGRAMAS

As Parcerias Público-Privadas (PPP) desempenham um papel crucial na implementação de programas de apoio psicológico e emocional para crianças refugiadas, oferecendo uma estrutura para a mobilização de recursos, expertise e capacidades que seriam difíceis de alcançar por meio de esforços isolados. As PPP permitem que diferentes setores – governos, organizações não governamentais (ONGs) e empresas privadas – unam forças para enfrentar os complexos desafios associados ao atendimento das necessidades de saúde

mental dessas crianças vulneráveis (Patel, 2010). A colaboração entre essas instituições é fundamental para a criação de programas sustentáveis e eficazes que possam proporcionar um suporte abrangente e de longo prazo.

As instituições parceiras em uma PPP típica para o apoio psicológico e emocional de crianças refugiadas geralmente incluem governos, que são responsáveis pela formulação de políticas, alocação de recursos e regulamentação; ONGs, que muitas vezes estão na linha de frente da implementação dos programas e possuem uma compreensão detalhada das necessidades locais; e empresas privadas, que podem fornecer financiamento, tecnologia e inovação. Cada uma dessas instituições traz uma perspectiva única e contribui com diferentes tipos de recursos e conhecimentos, o que é essencial para o sucesso dos programas (Roehrich, Lewis, & George, 2014).

Os governos desempenham um papel central na criação de um ambiente regulatório que facilite a formação de PPPs e na coordenação dos esforços entre os diferentes parceiros. Eles também são frequentemente responsáveis por fornecer ou facilitar o acesso à infraestrutura necessária para a implementação dos programas, como instalações de saúde, escolas e centros comunitários. Além disso, os governos podem atuar como financiadores diretos ou como facilitadores de financiamento, canalizando recursos de doadores internacionais e outros parceiros para apoiar as iniciativas (Ameyaw & Chan, 2015).

As ONGs, por outro lado, trazem uma compreensão detalhada das necessidades e dinâmicas locais, muitas vezes acumulada através de anos de trabalho em campo. Elas desempenham um papel vital na implementação dos programas, utilizando sua experiência em saúde mental, apoio psicossocial e assistência a refugiados para garantir que as intervenções sejam culturalmente sensíveis e eficazes. As ONGs também frequentemente atuam como intermediárias entre os governos e as comunidades, facilitando a comunicação e garantindo que as vozes das crianças e suas famílias sejam ouvidas e levadas em consideração na formulação e implementação dos programas (Kigozi et al., 2010).

As empresas privadas, por sua vez, trazem inovação, tecnologia e recursos financeiros que são fundamentais para a sustentabilidade e expansão dos programas. Elas podem contribuir de várias maneiras, incluindo o desenvolvimento de tecnologias de saúde mental, como aplicativos móveis e plataformas digitais para apoio psicológico, financiamento direto ou por meio de responsabilidade social corporativa, e oferecendo expertise em áreas como gestão de projetos, análise de dados e marketing (Porter & Haslam, 2005). A participação do setor privado é especialmente importante para garantir que os programas possam escalar e alcançar um maior número de beneficiários.

Os mecanismos de coordenação e colaboração entre os parceiros em uma PPP são fundamentais para o sucesso dos programas. A coordenação

eficaz requer a criação de estruturas de governança que definam claramente os papéis e responsabilidades de cada parceiro, estabeleçam mecanismos de tomada de decisão conjunta e garantam a transparência e a prestação de contas. Muitas vezes, é necessário criar comitês ou conselhos de governança que incluam representantes de todas as partes envolvidas, para supervisionar a implementação dos programas e resolver quaisquer problemas que possam surgir (Beamon & Balcazar, 2017).

Além disso, a comunicação contínua entre os parceiros é essencial para manter a colaboração funcionando de forma eficaz. Isso inclui não apenas reuniões regulares e a troca de informações, mas também a criação de canais formais e informais de comunicação que permitam uma resposta rápida a desafios e mudanças nas circunstâncias. A confiança entre os parceiros é um componente crítico dessa colaboração, e deve ser construída e mantida através de um compromisso contínuo com os objetivos comuns e a transparência em todas as interações (Rickwood et al., 2015).

Exemplos de PPPs bem-sucedidas na área de apoio psicológico e emocional para crianças refugiadas demonstram o potencial dessas parcerias para criar impacto significativo. Um exemplo notável é a parceria estabelecida na Austrália para o programa “Headspace”, que oferece serviços de saúde mental para jovens, incluindo refugiados, em um modelo integrado e acessível. Essa parceria envolveu o governo australiano, ONGs locais e internacionais, e empresas privadas, resultando em um aumento significativo no acesso a cuidados de saúde mental e melhorias nos resultados de saúde dos participantes (Rickwood et al., 2015). O sucesso desse programa destaca a importância de uma coordenação eficaz e de um compromisso compartilhado com a missão.

Outro exemplo relevante é a parceria entre o governo de Uganda, ONGs e o setor privado para ampliar o acesso a serviços de saúde mental para refugiados no país. Essa PPP facilitou a criação de programas comunitários de saúde mental que abordam o estigma e promovem a inclusão, utilizando uma abordagem integrada que combina suporte psicológico com outras formas de assistência, como educação e suporte social. O sucesso dessa iniciativa pode ser atribuído à forte colaboração entre os parceiros e ao envolvimento ativo das comunidades, o que garantiu que as intervenções fossem culturalmente apropriadas e amplamente aceitas (Kigozi et al., 2010).

No entanto, a implementação de PPPs na área de apoio psicológico e emocional para crianças refugiadas não está isenta de desafios. Um dos principais desafios é a coordenação entre múltiplos parceiros com diferentes prioridades, culturas organizacionais e expectativas. A integração de diferentes abordagens e a harmonização dos objetivos podem ser difíceis, especialmente quando os parceiros têm visões divergentes sobre a melhor forma de alcançar os objetivos do programa (Roehrich, Lewis, & George,

2014). Estratégias para superar esses desafios incluem o estabelecimento de objetivos claros e compartilhados desde o início, a criação de mecanismos de governança eficazes e a promoção de uma cultura de colaboração e flexibilidade entre os parceiros.

Outro desafio comum é a sustentabilidade financeira dos programas. Embora as PPPs possam mobilizar recursos significativos, garantir o financiamento contínuo e a sustentabilidade a longo prazo pode ser complicado, especialmente quando os programas dependem de financiamento de doadores que pode ser volátil. Uma estratégia eficaz para mitigar esse risco é diversificar as fontes de financiamento, incluindo a busca de apoio de várias entidades privadas, o uso de modelos de financiamento inovadores, como os títulos de impacto social, e a incorporação de componentes que gerem receita dentro dos próprios programas (Ameyaw & Chan, 2015).

A adaptação cultural das intervenções também representa um desafio significativo. As PPPs devem garantir que os programas sejam culturalmente sensíveis e relevantes para as comunidades que os atendem, o que requer uma compreensão profunda das tradições, valores e práticas locais. As ONGs, que geralmente têm uma presença mais forte nas comunidades, desempenham um papel crucial nesse aspecto, mas é importante que todos os parceiros estejam comprometidos com a adaptação cultural das intervenções (Kirmayer et al., 2011). Isso pode incluir a realização de pesquisas etnográficas, o envolvimento ativo das comunidades no planejamento e implementação dos programas e a formação contínua dos profissionais envolvidos.

A questão da responsabilização e prestação de contas também é um desafio importante em PPPs, especialmente quando se trata de programas que envolvem múltiplos parceiros e fontes de financiamento. Estabelecer mecanismos claros de prestação de contas, monitoramento e avaliação é essencial para garantir que os programas atinjam seus objetivos e que os recursos sejam utilizados de maneira eficiente (Patel, 2010). Isso pode incluir a criação de sistemas de relatórios regulares, auditorias externas e a realização de avaliações independentes dos programas para medir o impacto e identificar áreas para melhoria.

Lições aprendidas de PPPs anteriores destacam a importância de envolver as comunidades locais desde o início. Programas que são desenhados sem a participação ativa das comunidades que pretendem servir correm o risco de serem mal recebidos ou de não atenderem às necessidades reais das crianças e suas famílias. O envolvimento da comunidade não só melhora a aceitação das intervenções, mas também pode fortalecer a resiliência e a capacidade de autossuficiência da comunidade, que são essenciais para a sustentabilidade a longo prazo dos programas (Weine, 2011).

Outro ponto crítico é a necessidade de flexibilidade e capacidade de adaptação. As circunstâncias em que vivem as crianças refugiadas podem

mudar rapidamente devido a fatores como deslocamento contínuo, mudanças nas políticas governamentais ou crises emergenciais. As PPPs devem ser capazes de responder a essas mudanças de maneira ágil, ajustando os programas conforme necessário para garantir que continuem a atender às necessidades das crianças. A flexibilidade nas abordagens de financiamento, na gestão de recursos e na implementação de programas é fundamental para enfrentar essas incertezas (Roehrich, Lewis, & George, 2014).

A inovação também é uma característica essencial das PPPs bem-sucedidas. A introdução de novas tecnologias, métodos de intervenção e modelos de gestão pode aumentar significativamente a eficácia e o alcance dos programas de apoio psicológico e emocional para crianças refugiadas. Por exemplo, o uso de plataformas digitais para fornecer apoio psicológico remoto tem se mostrado uma solução eficaz para superar as barreiras geográficas e melhorar o acesso aos serviços em áreas remotas ou de difícil acesso (Benight, 2012). As empresas privadas, com sua expertise em tecnologia e inovação, podem desempenhar um papel central na introdução e implementação dessas inovações.

A capacitação contínua dos profissionais envolvidos nas PPPs é outra lição aprendida crucial. Programas de treinamento e desenvolvimento profissional devem ser parte integrante das PPPs para garantir que os profissionais que trabalham com crianças refugiadas estejam bem equipados para lidar com os desafios específicos desse grupo. Isso inclui não apenas o treinamento técnico em saúde mental, mas também a formação em sensibilidade cultural, abordagem centrada no trauma e habilidades de comunicação interprofissional (Jordans et al., 2009).

Em termos de sustentabilidade a longo prazo, as PPPs bem-sucedidas demonstram a importância de construir capacidades locais. Ao fortalecer as capacidades das instituições locais – sejam elas governamentais, ONGs ou comunitárias – as PPPs podem garantir que os programas continuem a funcionar e a crescer mesmo após o término do financiamento inicial. Isso pode incluir o treinamento de profissionais locais, o desenvolvimento de infraestruturas permanentes e o fortalecimento das redes comunitárias de apoio (Weine, 2011).

As PPPs também enfrentam desafios relacionados à medição e avaliação de impacto. Medir o sucesso de programas de apoio psicológico e emocional para crianças refugiadas pode ser complexo, devido à natureza subjetiva da saúde mental e às múltiplas variáveis envolvidas. No entanto, é essencial desenvolver indicadores claros e métodos de avaliação que possam capturar o impacto real dos programas na vida das crianças e suas famílias. A utilização de avaliações qualitativas e quantitativas, bem como a coleta de feedback direto das crianças e suas famílias, são estratégias importantes para medir o sucesso e identificar áreas de melhoria (Rickwood *et al.*, 2015).

A construção de parcerias baseadas na confiança e no respeito mútuo é fundamental para o sucesso das PPPs. As parcerias que se baseiam em uma compreensão clara dos objetivos comuns, no respeito pelas contribuições únicas de cada parceiro e na transparência em todas as fases do processo têm mais chances de alcançar resultados positivos e sustentáveis. A confiança entre os parceiros facilita a colaboração, a resolução de conflitos e a tomada de decisões conjuntas, o que é essencial em um contexto tão complexo e dinâmico como o apoio a crianças refugiadas (Beamon & Balcazar, 2017).

É importante destacar que as PPPs na implementação de programas de apoio psicológico e emocional para crianças refugiadas são um trabalho em progresso contínuo. À medida que mais experiências são acumuladas e mais lições são aprendidas, as práticas podem ser refinadas e melhoradas. As PPPs têm o potencial de transformar a maneira como o apoio psicológico e emocional é oferecido a crianças refugiadas, mas isso requer um compromisso contínuo com a inovação, a colaboração e a aprendizagem (Patel, 2010). Com a abordagem certa, essas parcerias podem não apenas atender às necessidades imediatas das crianças, mas também contribuir para a construção de comunidades mais resilientes e sociedades mais inclusivas.

10.4 CONTRIBUIÇÕES DAS PPP PARA A SUSTENTABILIDADE E EXPANSÃO DOS PROGRAMAS

A eficácia dos programas de apoio psicológico e emocional para crianças refugiadas é um aspecto central na avaliação das intervenções destinadas a essa população vulnerável. Esses programas são projetados para mitigar os efeitos traumáticos do deslocamento, da violência e da perda, proporcionando às crianças as ferramentas necessárias para reconstruir suas vidas e desenvolver resiliência. A literatura sobre o tema sugere que, quando bem implementados, esses programas podem ter um impacto significativo na melhoria da saúde mental das crianças, reduzindo sintomas de transtornos como o Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT), ansiedade e depressão, além de promover o bem-estar geral (Fazel et al., 2012).

Estudos longitudinais têm demonstrado que crianças que participam de programas de apoio psicológico e emocional mostram melhorias significativas em suas capacidades de coping e resiliência. Por exemplo, intervenções que incluem aconselhamento individual e terapia de grupo têm se mostrado eficazes na redução de sintomas de TEPT e na melhoria do funcionamento social e escolar das crianças (Betancourt et al., 2012). A eficácia desses programas é geralmente atribuída à combinação de abordagens terapêuticas que são adaptadas às necessidades individuais das crianças, bem como à inclusão de componentes que abordam tanto o bem-estar emocional quanto o apoio social.

Os impactos observados na saúde mental das crianças refugiadas que participam desses programas são amplamente positivos. Além da redução dos sintomas de TEPT, muitas crianças relatam uma melhora no humor geral, uma diminuição nos sentimentos de ansiedade e medo, e uma maior capacidade de se relacionar com outras crianças e adultos (Miller & Rasmussen, 2017). Essas melhorias não apenas beneficiam as crianças no curto prazo, mas também têm efeitos duradouros em seu desenvolvimento, ajudando-as a se integrar mais plenamente em suas novas comunidades e a alcançar melhores resultados educacionais e sociais (Sirin & Rogers-Sirin, 2015).

Outro impacto significativo dos programas é a redução do estigma associado aos problemas de saúde mental. Em muitas culturas, falar sobre saúde mental ainda é um tabu, e as crianças refugiadas podem enfrentar discriminação ou rejeição ao buscar ajuda. No entanto, ao integrar o apoio psicológico como parte de um pacote mais amplo de cuidados e ao envolver as comunidades no processo, esses programas ajudam a normalizar a busca por ajuda e a reduzir o estigma, tornando o apoio mais acessível e aceito (Kirmayer et al., 2011).

A avaliação da satisfação dos beneficiários – tanto crianças quanto suas famílias – é um componente crucial na análise da eficácia dos programas de apoio psicológico e emocional. Pesquisas mostram que a satisfação dos beneficiários está fortemente correlacionada com o sucesso dos programas. Crianças que se sentem compreendidas e apoiadas são mais propensas a se engajar nas atividades terapêuticas e a fazer progressos significativos em sua recuperação (Betancourt & Khan, 2008). Da mesma forma, famílias que percebem melhorias na saúde mental de seus filhos relatam uma maior satisfação e um maior apoio aos programas, o que pode contribuir para a sustentabilidade das intervenções a longo prazo.

A satisfação das famílias é particularmente importante porque os cuidadores desempenham um papel central no bem-estar emocional das crianças. Quando os cuidadores estão satisfeitos com os programas e percebem que suas preocupações são levadas a sério, eles são mais propensos a continuar apoiando a participação de seus filhos nas intervenções e a colaborar ativamente com os profissionais de saúde mental (Hodes et al., 2018). Além disso, a satisfação das famílias pode influenciar positivamente o ambiente doméstico, criando uma atmosfera de apoio que reforça os efeitos positivos das intervenções.

A avaliação da satisfação dos beneficiários também pode fornecer insights valiosos para os profissionais que implementam os programas. O feedback das crianças e de suas famílias pode ajudar a identificar áreas que precisam de ajustes ou melhorias, como a adaptação cultural das intervenções ou a necessidade de mais apoio logístico. Ao incorporar o feedback dos beneficiários, os programas podem ser continuamente refinados para melhor

atender às necessidades das crianças refugiadas e de suas famílias (Weine, 2011).

Outro aspecto positivo observado na satisfação dos beneficiários é a percepção de que as intervenções ajudam a restaurar um senso de normalidade na vida das crianças. Muitas crianças refugiadas experimentaram uma interrupção significativa em suas vidas, e os programas de apoio psicológico e emocional ajudam a reconstruir rotinas e estruturas que são essenciais para o bem-estar infantil. Essa restauração do cotidiano, juntamente com o apoio emocional, contribui para uma sensação geral de segurança e estabilidade, o que é fundamental para o desenvolvimento saudável das crianças (Miller et al., 2018).

A satisfação também está ligada à percepção de eficácia das intervenções por parte das crianças. Quando as crianças percebem que estão fazendo progresso em seu processo de cura, elas são mais propensas a continuar engajadas no programa e a recomendar as intervenções a outras crianças. Esse ciclo positivo de percepção de eficácia e aumento da satisfação reforça o sucesso dos programas e ajuda a construir uma base sólida para o bem-estar a longo prazo (Fazel et al., 2012).

A eficácia dos programas de apoio psicológico e emocional para crianças refugiadas é evidenciada tanto pelos impactos positivos na saúde mental dessas crianças quanto pela alta satisfação relatada por elas e suas famílias. A combinação de abordagens terapêuticas adaptadas, a redução do estigma, e a inclusão das famílias como parceiros no processo de recuperação são fatores chave que contribuem para o sucesso desses programas. A avaliação contínua da satisfação dos beneficiários e a incorporação de feedback são essenciais para garantir que os programas continuem a evoluir e a atender de maneira eficaz às necessidades das crianças refugiadas, proporcionando-lhes a melhor oportunidade possível de se recuperar e prosperar.

10.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As conclusões deste estudo ressaltam a importância crítica das Parcerias Público-Privadas (PPP) na promoção da saúde mental das crianças refugiadas, destacando como essas colaborações podem melhorar significativamente o acesso a serviços de saúde mental, oferecer intervenções culturalmente adaptadas e garantir a sustentabilidade dos programas a longo prazo. A análise demonstra que as PPPs não são apenas uma solução viável, mas muitas vezes uma necessidade para enfrentar os desafios multifacetados que surgem no apoio a crianças que enfrentam traumas profundos devido a conflitos e deslocamentos forçados.

Um dos principais pontos do estudo é que as PPPs permitem a combinação de recursos e expertise de diferentes setores – governos, ONGs e em-

presas privadas – para criar programas mais robustos e eficazes. Essa colaboração multissetorial é essencial para lidar com as necessidades complexas das crianças refugiadas, que exigem uma abordagem integrada e sensível ao contexto cultural. As PPPs permitem que os programas se beneficiem de inovações tecnológicas e metodológicas, ao mesmo tempo em que garantem que as intervenções sejam sustentáveis e adaptadas às realidades locais (Patel, 2010).

Além disso, o estudo contribui significativamente para o campo da saúde mental e dos direitos humanos ao destacar a necessidade de intervenções que não apenas tratem dos sintomas imediatos do trauma, mas também promovam a resiliência a longo prazo. As crianças refugiadas, como demonstrado, enfrentam desafios psicológicos únicos que exigem abordagens especializadas e continuadas. A inclusão das famílias e comunidades no processo de recuperação, facilitada por PPPs, é crucial para o sucesso das intervenções e para a criação de um ambiente de apoio que possa sustentar o bem-estar das crianças no futuro (Weine, 2011).

O estudo também responde às perguntas disparadoras inicialmente propostas, como a eficácia das PPPs na melhoria do acesso a serviços de saúde mental e na oferta de intervenções terapêuticas eficazes. Os resultados confirmam a hipótese de que as PPPs, ao mobilizarem recursos e coordenação entre diferentes setores, são mais eficazes na promoção da saúde mental das crianças refugiadas do que os programas implementados isoladamente por governos ou ONGs. As PPPs demonstram uma capacidade superior de adaptação às mudanças nas necessidades das crianças e na situação de campo, o que é vital em contextos de crise e deslocamento contínuos (Ager & Metzler, 2017).

Recomendações para futuros estudos incluem a necessidade de uma maior investigação sobre os mecanismos específicos que tornam as PPPs eficazes, bem como sobre como essas parcerias podem ser replicadas e adaptadas em diferentes contextos geográficos e culturais. Embora o estudo forneça evidências robustas sobre a eficácia das PPPs, há uma lacuna na compreensão de como diferentes modelos de PPP podem ser ajustados para atender às necessidades de populações específicas, como refugiados em campos versus aqueles em áreas urbanas (Roehrich, Lewis, & George, 2014). Pesquisas futuras devem explorar essas variações para fornecer orientações mais detalhadas sobre a implementação de PPPs em diferentes cenários.

Outra recomendação importante é a necessidade de desenvolver indicadores mais refinados para medir o impacto das intervenções de saúde mental em crianças refugiadas. A avaliação da eficácia dos programas de apoio psicológico e emocional é frequentemente complexa devido à natureza subjetiva da saúde mental e às múltiplas variáveis envolvidas. Estudos futuros devem se concentrar em desenvolver e validar métodos de avaliação

que capturem melhor o impacto a longo prazo das intervenções, incluindo o bem-estar emocional, a integração social e o desempenho acadêmico das crianças (Fazel et al., 2012).

Além disso, há uma necessidade de maior capacitação e treinamento contínuo dos profissionais que trabalham em PPPs para garantir que eles estejam sempre atualizados com as melhores práticas e abordagens mais recentes no campo da saúde mental e apoio psicossocial. A formação contínua é crucial para enfrentar os desafios dinâmicos e em constante evolução que surgem ao trabalhar com crianças refugiadas, especialmente em contextos de crise (Jordans et al., 2009). Essa capacitação deve incluir uma forte ênfase na sensibilidade cultural e na abordagem centrada no trauma, garantindo que as intervenções sejam aplicadas de maneira ética e eficaz.

Em termos de políticas públicas, o estudo sugere que os governos e organizações internacionais devem continuar a promover e apoiar a formação de PPPs como uma estratégia central para abordar as necessidades de saúde mental das crianças refugiadas. A colaboração entre diferentes setores não apenas amplia o alcance e a eficácia dos programas, mas também contribui para a construção de sistemas de saúde mental mais resilientes e integrados, capazes de responder de forma ágil a crises futuras (Patel, 2010). Políticas que incentivem a inovação e a flexibilidade nas PPPs são essenciais para garantir que esses programas possam se adaptar às necessidades em constante mudança das populações refugiadas.

A questão da sustentabilidade financeira dos programas também é abordada nas conclusões, com a recomendação de que as PPPs diversifiquem suas fontes de financiamento e explorem novos modelos de financiamento que possam garantir a continuidade das intervenções a longo prazo. A dependência de doadores internacionais, embora vital, pode ser volátil, e é necessário desenvolver estratégias que incluam parcerias com o setor privado e o uso de tecnologias que possam reduzir custos e aumentar a eficiência dos programas (Ameyaw & Chan, 2015).

As conclusões do estudo destacam a importância de envolver as comunidades locais na concepção e implementação dos programas de apoio psicológico e emocional. A participação ativa das comunidades não só melhora a aceitação e eficácia das intervenções, mas também fortalece a resiliência comunitária e a capacidade de autossuficiência, o que é crucial para a sustentabilidade a longo prazo dos programas (Weine, 2011). Programas que são desenvolvidos e implementados com o apoio das comunidades têm maior probabilidade de sucesso e de criar um impacto duradouro nas vidas das crianças refugiadas.

O estudo sublinha que as PPPs são uma abordagem poderosa para a promoção da saúde mental das crianças refugiadas, oferecendo um modelo de intervenção que é ao mesmo tempo eficaz e sustentável. As contribuições

do estudo para o campo da saúde mental e dos direitos humanos são significativas, destacando a necessidade de uma colaboração multissetorial para enfrentar os desafios complexos que afetam as crianças em situações de deslocamento. As recomendações fornecidas, baseadas em evidências robustas, oferecem um caminho claro para o desenvolvimento de intervenções futuras que possam continuar a melhorar a vida das crianças refugiadas em todo o mundo.

REFERÊNCIAS

- AGER, A.; METZLER, J. (2017). *Child friendly spaces: A structured review of the current evidence-base*. *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 58(7), 779-789.
- AMEYW, E. E.; CHAN, A. P. (2015). *Risk allocation in public-private partnership water supply projects in Ghana*. *Construction Management and Economics*, 33(3), 187-208.
- BEAMON, B.; BALCAZAR, F. E. (2017). *Collaboration between public and private sectors for improved refugee mental health services*. *Journal of Refugee Studies*, 30(3), 429-447.
- BENIGHT, C. C. (2012). *Collective trauma and community resilience*. *Journal of Community Psychology*, 40(5), 515-530.
- BETANCOURT, T. S., NEWNHAM, E. A., LAYNE, C. M., Kim, S., STEINBERG, A. M., ELLIS, B. H., BIRMAN, D. (2012). *Trauma history and psychopathology in war-affected refugee children referred for trauma-related mental health services in the United States*. *Journal of Traumatic Stress*, 25(6), 682-690.
- BETANCOURT, T. S.; KHAN, K. T. (2008). *The mental health of children affected by armed conflict: Protective processes and pathways to resilience*. *International Review of Psychiatry*, 20(3), 317-328.
- FAZEL, M., REED, R. V., PANTER-BRICK, C., STEIN, A. (2012). *Mental health of displaced and refugee children resettled in high-income countries: Risk and protective factors*. *The Lancet*, 379(9812), 266-282.
- HODES, M., VASQUEZ, M. M., ANAGNOSTOPOULOS, D., TRIANTAFYLLOU, K., ABDELHADY, D., WEISS, K., SKOKAUSKAS, N. (2018). *Refugees in Europe: National overviews from key countries with a special focus on child and adolescent mental health*. *European Child & Adolescent Psychiatry*, 27(4), 389-399.
- JORDANS, M. J. D., TOL, W. A., KO,PROE, I. H., JONG, J. T. V. M. (2009). *Systematic review of evidence and treatment approaches: Psychosocial and mental health care for children in war*. *Child and Adolescent Mental Health*, 14(1), 2-14.

- KIGOZI, F., SSBUNNYA, J., KIZZA, D., COOPER, S., NDIYANABANGI S., NAKKU, J. (2010). *An overview of Uganda's mental health care system: Results from an assessment using the World Health Organization's Assessment Instrument for Mental Health Systems (WHO-AIMS)*. *International Journal of Mental Health Systems*, 4(1), 1-9.
- KIRMAYER, L. J., NARASIAH, L., MUNOZ M., RASHID, M., RYDER, A. G., GUZDER, J., POTTIE, K. (2011). *Common mental health problems in immigrants and refugees: General approach in primary care*. *CMAJ*, 183(12), E959-E967.
- MILLER, K. E., EL SHIEKH, W., SCHOLTE, W. F. (2018). *Adaptation and implementation of mental health guidelines for disaster relief in rural Sri Lanka: How much global content is applicable?* *International Journal of Mental Health Systems*, 12(1), 1-12.
- MILLER, K. E., RASMUSSAMUSSEN, A. (2017). *The mental health of civilians displaced by armed conflict: An ecological model of refugee distress*. *Epidemiology and Psychiatric Sciences*, 26(2), 129-138.
- PATEL, M. K. (2010). *Public-private partnerships for health: A decision-making tool*. *Bulletin of the World Health Organization*, 88(5), 349-356.
- REEVES, A., GOURTZOYANNIS, Y., BASU, S., MCCOY, D., MCKEE, M., STUCKLER, D. (2015). *Financing universal health coverage—effects of alternative tax structures on public health systems: Cross-national modeling in 89 low-income and middle-income countries*. *The Lancet*, 386(9990), 274-280.
- RICKWOOD, D., TELFORD, N., PARKER, A., TANTI, C., MCGORRY, P. (2015). *Headspace—Australia's innovation in youth mental health: who are the clients and why are they presenting?* *Medical Journal of Australia*, 202(10), 533-536.
- ROEHRICH, J. K., LEWIS, M. A., GEORGE, G. (2014). *Are public-private partnerships a healthy option? A systematic literature review*. *Social Science & Medicine*, 113, 110-119.
- ROUSSEAU, C., GUZDER, J. (2008). *Once upon a time: A review of mental health interventions for refugee children and adolescents*. *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry*, 47(10), 999-1007.
- SIRIN, S. R., ROGERS-SIRIN, L. (2015). *The educational and mental health needs of Syrian refugee children*. The Brookings Institution.
- WEINE, S. M. (2011). *Developing preventive mental health interventions for refugee families in resettlement*. *Family Process*, 50(3), 410-430.



11

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS À LUZ DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

*Natália Cristine de Oliveira Lopes*¹⁷⁹

*Luísa Maria Silva Reis*¹⁸⁰

11.1 INTRODUÇÃO

A escassez de recursos financeiros do governo, aliada à crescente demanda por infraestrutura pública no Brasil, tem impulsionado cada vez mais a participação do setor privado em obras e serviços de grande escala.

Neste sentido, também surge a necessidade da elaboração e promulgação da Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) que substitui a antiga Lei nº 8.666/1993 e traz importantes inovações que impactam diretamente o modelo de contratação das Parcerias Público Privadas (PPPs).

As alterações incluem novos procedimentos de contratação, maior eficiência e flexibilidade nas modalidades de licitação, promovendo maior transparência e competitividade nos processos licitatórios e contratos administrativos,

¹⁷⁹ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC.

¹⁸⁰ Advogada. Pós-graduada em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pelo Introcrim. Graduada em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

além de estimular a transparência dos processos administrativos, a inovação e a criatividade dos licitantes.

As PPPs, formalizadas no Brasil pela Lei nº 11.079/2004, surgem como um dos principais mecanismos para o desenvolvimento de infraestrutura, especialmente nas áreas de transporte, saneamento e energia, de modo que o financiamento inicial do projeto é frequentemente provido pelo setor privado.

Isso permite que grandes projetos de infraestrutura sejam realizados sem a necessidade de desembolsos imediatos significativos por parte do governo, aliviando o impacto fiscal no curto prazo.

O presente artigo busca trazer um breve estudo sobre os principais benefícios das PPPs nos contratos administrativos, sob à ótica da Lei nº 14.133/21, com ênfase na criação do diálogo competitivo – nova modalidade de licitação –, e nas medidas instituídas em prol da segurança nos casos de contratações de obras e serviços de grande vulto, aliados aos conceitos históricos de PPPs e suas modalidades.

Para elaboração deste artigo, foram empregadas técnicas de pesquisa bibliográfica com foco nas PPPs e no instituto da licitação, sobretudo, à luz da Lei nº 14.133/2021 e seu impacto no ordenamento jurídico,

Como metodologia, foram empregadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental sobre PPPs, licitações e a Lei nº 14.133/2021. Com isso, este artigo pretende contribuir com o debate acadêmico e jurídico sobre a evolução das contratações públicas como ferramentas de satisfação do interesse público, sobretudo, a partir da adoção de técnicas inovadoras.

11.2 AS LICITAÇÕES COMO INSTRUMENTO DE SATISFAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

A Carta Maior estabelece como fundamentos¹⁸¹ da República Federativa do Brasil a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e institui como seus objetivos fundamentais¹⁸² a construção de uma sociedade livre justa e solidária, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza.

181 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

182 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o

Nesse contexto, é cediço que o papel do Estado enquanto garantidor do bem comum decorre de uma evolução histórica sistemática, que colocou a sociedade e, em última análise, o ser humano em seu centro de referência (DALLARI, 2003, p. 107). Conforme ensina Luís Roberto Barroso (2005):

O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade (BARROSO, 2005, p. 13).

Para tanto, a Administração Pública dispõe de prerrogativas que a colocam em posição privilegiada em relação aos particulares, e garantem a consecução de seus fins; ao mesmo tempo que se submete a uma série de limitações que asseguram o respeito às liberdades individuais dos cidadãos.

Essa dicotomia que rege a atuação da Administração Pública constitui o denominado Regime Jurídico Administrativo, que conta com 2 (dois) princípios basilares, sendo eles a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público. Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: autoridade da Administração e liberdade do indivíduo – prerrogativas e restrições (PIETRO, 2023, p. 188).

A licitação constitui processo administrativo que ilustra claramente a forma como os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público moldam a atuação da Administração Pública, o que se torna evidente a partir da leitura da Lei nº 14.133/2021, que, diferentemente de sua antecessora, reserva um dispositivo específico para tratar dos objetivos do processo licitatório:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar,

bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações (BRASIL, 2021).

Da análise conjuntural dos objetivos acima descritos, sobressai-se a preocupação da Administração Pública com a adoção de mecanismos ou estratégias que viabilizem satisfação do interesse público de forma eficiente.

Com efeito, o atendimento às necessidades públicas não pode ser relegado à promessa, o que, de fato, ocorreu por muitos anos.

Argumentava-se, com base na teoria da reserva de caixa ou na teoria da reserva do possível, que os direitos econômicos e sociais estariam sob a reserva das capacidades financeiras do Estado (CANOTILHO, 2008, p. 106). Tal entendimento levou ao ponto que a doutrina denominou de “ditadura dos cofres vazios”. (CANOTILHO, 2008, p. 109) Ocorre que os direitos econômicos e sociais acabavam por não encontrar implementação, sob o artifício de inexistência de recursos específicos.

A doutrina da reserva do possível, que condicionava a eficácia dos direitos fundamentais à reserva de caixa, foi limitada pela teoria do mínimo existencial, que “obriga os poderes públicos à densificação de um grau mínimo de existência” (CANOTILHO, 2008, p. 66).

Ocorre que, para além do mínimo existencial, frequentemente, a efetiva consecução do interesse público envolve a realização de obras e a prestação serviços de grandes vultos, que comprometeriam o orçamento público.

Nesse contexto, o investimento da iniciativa privada oportuniza o desenvolvimento da infraestrutura e a prestação de serviços públicos, viabilizando o atendimento efetivo às necessidades coletivas por meio de políticas públicas adequadas. Dessa forma, as PPPs desempenham papel importante na garantia do bem comum em um cenário que torna cada vez mais evidente a escassez de recursos públicos.

Cumprir esclarecer, contudo, que as parcerias não se confundem com as privatizações. Com efeito, as PPPs possibilitam grandes investimentos em infraestrutura e prestação de serviços públicos, ao mesmo tempo que mantém o poder de controle do Estado sobre a atividade objeto do contrato. Dessa forma, as PPPs configuram instrumento importante de otimização e flexibilização da máquina administrativa.

Como explicado por Bárbara Moreira Barbosa de Brito e Antônio Henrique Pinheiro Silveira (2005):

Duas questões permeiam o debate econômico em torno da justificativa de se adotar um programa de parcerias público-privadas: a obtenção de espa-

ço orçamentário para viabilizar investimentos em um quadro de restrição fiscal e a eficiência na prestação de serviços públicos. (...) Nesse contexto, a PPP foi vista como alternativa para viabilizar investimentos, particularmente em infra-estrutura, sem que isso causasse impactos imediatos sobre o quadro de endividamento público. (BRITO; SILVEIRA, 2005, p. 7-21.)

Essa situação se encontra em perfeita congruência com as intenções do legislador ao fomentar as parcerias com a iniciativa privada para o desenvolvimento da infraestrutura e prestação de serviços públicos, o que pode ser averiguado a partir da leitura dos dispositivos que compõem a Lei nº 11.079/2004.

11.3 PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê, em seu art. 175¹⁸³, que a prestação de serviços públicos incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, mas sempre através de licitação.

Tanto a concessão quanto a permissão configuram institutos contratuais de delegação da prestação de serviços públicos, contudo, à luz dos objetivos deste trabalho, somente a concessão será objeto de estudo.

Para dar cumprimento ao dispositivo constitucional, foram editadas as Leis nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995¹⁸⁴, e nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004¹⁸⁵. A primeira delas, contudo, limitou-se a disciplinar o regime de concessão comum, quando o concessionário executa o serviço concedido em nome próprio, por sua conta e risco, remunerando-se, unicamente, pelas tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p.709-710).

Por sua vez, a Lei nº 11.079/2004 foi responsável pela criação das PPPs, conceituando-as, em seu art. 2º, *caput*, como sendo “o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa” (BRASIL,

183 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

184 Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

185 Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

2004). Portanto, as PPPs são um instrumento contratual que possibilita a prestação de serviços públicos pelo setor privado por um período específico. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2017):

Dentro dos objetivos da lei, pode o contrato de concessão especial sob o regime de parceria público-privada ser conceituado como o acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e ganhos entre os pactuantes (FILHO, 2017, p. 288).

Trata-se, portanto, de modalidade específica de concessão que objetiva atrair o setor privado para investimentos em projetos vultosos, para os quais o Poder Público não possua os recursos financeiros ou os conhecimentos técnicos necessários.

Nesse contexto, infere-se que as PPPs não se confundem com a concessão comum. A natureza jurídica dessa modalidade de parceria é a de contrato administrativo de concessão especial de serviço público, aplicando-se subsidiariamente a supramencionada Lei nº 8.987/1995.

As regras específicas impostas pela Lei nº 11.079/2004 evidenciam por qual motivo as PPPs configuram modalidade especial de contrato de concessão. Dentre elas, o art. 2º, §4º¹⁸⁶, institui vedações à celebração de contratos de PPP, entre elas, o valor mínimo de R\$10.000,00 (dez milhões de reais) para formalização, e o tempo mínimo de 5 (cinco) para prestação do serviço.

Adicionalmente, dentre as diretrizes das PPPs, estabelecidas no art. 4º, da Lei nº 11.079/2004¹⁸⁷, destaca-se a disposição contida no inciso VI, que prevê a repartição objetiva de riscos entre as partes, o que, em outras palavras, significa que, nas PPPs, os riscos do empreendimento serão repartidos entre o parceiro público e o parceiro privado, de acordo com o contrato. Trata-se de uma das principais diretrizes diferenciadoras das PPPs, tendo em

186 § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); (Redação dada pela Lei nº 13.529, de 2017) II - cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou III - que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

187 Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I - eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; II - respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; III - indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; IV - responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; V - transparência dos procedimentos e das decisões; VI - repartição objetiva de riscos entre as partes; VII - sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

vista que, no regime das concessões comuns, a prestação de serviços ocorre por conta e risco da concessionária.

Na mesma linha, o §3º, do art. 2º¹⁸⁸, prevê que a contratação de PPP envolve contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, diferenciando-a, de forma expressa, das concessões comuns. Essas e outras especificidades das PPPs ressaltam o objetivo de atrair o investimento do setor privado.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004):

(...) A parceira público-privada, tal como delineada na lei, está visivelmente assentada, de um lado, na pressuposição e que o parceiro privado captará os financiamentos necessários a acobertar sua parte nos investimentos e na operação da parceria e, de outro lado, na obrigação do Poder Público de oferecer, tanto para o afortunado “parceiro” privado quanto para o afortunado financiador dele, todas as garantias possíveis e imagináveis (MELO, 2004).

Embora existam várias espécies de parceria entre os setores público e privado, a Lei nº 11.079/2004 reservou a expressão parceria público-privada para 2 (duas) modalidades específicas, são elas: patrocinada e administrativa, sobre as quais passamos a discorrer.

11.3.1 CARACTERÍSTICAS E DISTINÇÕES ENTRE AS CONCESSÕES PATROCINADA E ADMINISTRATIVA

Nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei nº 11.079/2004 “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa” (Brasil, 2004). Os parágrafos do referido dispositivo diferencia as PPPs entre:

Art. 2º (...)

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º 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 (BRASIL, 2004).

188 § 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

A leitura dos conceitos legais torna evidente que uma das principais diferenças entre as 2 (duas) modalidades de PPP diz respeito ao objeto do contrato.

A concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/1995, quando, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, houver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. A doutrinadora Maria Sylvania Zanella Di Pietro define concessão patrocinada como (2022):

(...) o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado (PIETRO, 2002).

Já a concessão administrativa é a prestação de serviço público do qual a Administração Pública é usuária direta ou indireta. Nas palavras de Reinaldo Moreira Bruno (2005):

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 funcionamento e instalação de bens (BRUNO, 2005).

Portanto, na concessão patrocinada, a execução de serviço público é delegada ao concessionário, que vai assumir a sua gestão e a sua execução material. Em contrapartida, na concessão administrativa, se o objeto for a prestação de serviço, o concessionário, da mesma forma que na empreitada, vai assumir apenas a execução material de uma atividade prestada à Administração Pública (detentora da gestão do serviço).

Entretanto, não é possível identificar integralmente a concessão administrativa com a empreitada. Isto porque, conforme leciona Maria Sylvania Zanella Di Pietro, na concessão administrativa o parceiro privado se sujeita às normas da Lei nº 11.079/2004, da Lei nº 8.987/1995 (arts. 21, 23, 25 e 27 a 39) e da Lei nº 9.074/1995 (art. 31), enquanto na empreitada aplica-se a Lei nº 14.133/21 (PIETRO, 2022, p. 712).

Além disso, Maria Sylvania Zanella Di Pietro destaca que, apesar da errônea impressão que decorre do conceito legal contido no art. 2º, § 2º, da Lei nº 11.079/2004, outros dispositivos permitem inferir que a concessão administrativa terá ou poderá ter por objeto a prestação de serviço público, até porque a lei veda, expressamente, a concessão patrocinada ou administrativa que tenha por objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento

e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública¹⁸⁹ (DI PIETRO, 2022, p. 712).

Segundo Hely Lopes Meirelles (2005), a concessão administrativa “Destina-se, ao que parece, a permitir a inserção do setor privado em serviços até agora pouco atrativos, como a construção e administração de presídios, hospitais, escolas e outros setores (MEIRELES, 2005, p. 387)”.

Neste sentido, a PPP não pode ter como objeto só a construção de uma escola ou presídio, porque, neste caso, haveria apenas contrato de empreitada regido pela Lei nº 14.133/21. Para que se configure PPP, após a construção da obra deverá ocorrer a prestação de serviço de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, com a gestão do serviço pelo parceiro privado.

As concessões administrativa e patrocinada também se diferenciam quanto às fontes de receitas da concessionária. Enquanto na primeira há a cobrança de tarifa dos usuários, na segunda a remuneração é paga apenas pelo poder concedente.

Conclui-se com o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2023):

Do artigo 2º e seus parágrafos resulta que a parceria público-privada pode ter por objeto a prestação de serviço público (tal como na concessão de serviço público tradicional) ou a prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta (o que também pode corresponder a serviço público), envolvendo ou não, neste segundo caso, a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens; na primeira modalidade, tem-se a concessão patrocinada, em que a remuneração compreende tarifa do usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; na segunda modalidade, tem-se a concessão administrativa, em que a remuneração é feita exclusivamente por contraprestação do parceiro público ao parceiro privado, o que aproxima essa modalidade do contrato de empreitada.

Para englobar as duas modalidades em um conceito único, pode-se dizer que a parceria público privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público (PIETRO, 2023).

À luz das referidas características, tem-se que ambas as concessões representam maneiras distintas para a colaboração entre os setores público e privado, de modo que a concessão patrocinada é uma perspectiva que equili-

189 § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: (...) III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

bra a participação financeira do Estado e dos usuários, enquanto a concessão administrativa destaca-se por seu modelo de financiamento exclusivamente público.

11.4 PRINCIPAIS MUDANÇAS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES APLICÁVEIS ÀS PPPS

Em razão das singularidades inerentes ao modelo das PPPs, regras específicas de licitação são disciplinadas por capítulo próprio da Lei nº 11.079/2004, que abrange os artigos 10 a 13¹⁹⁰.

Nesse contexto, à luz das peculiaridades da contratação de parceria público-privada, a própria Lei nº 14.133/2021, em seu art. 186¹⁹¹, esclarece que suas disposições possuem aplicação subsidiária à da legislação específica.

Ocorre que, em que pese a previsão expressa de aplicação subsidiária, verifica-se que as PPPs se beneficiaram significativamente das mudanças promovidas pelo novo texto legal, algumas das quais se destaca a seguir.

11.4.1 DIÁLOGO COMPETITIVO

Dentre as mudanças proporcionadas pela Lei nº 14.133/2021, destaca-se a criação do diálogo competitivo, nova modalidade de licitação originada no Direito Europeu e que, até então, não encontrava previsão no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme disposto pelo art. 6º, inciso XLII, da Lei nº 14.133/2021¹⁹², o diálogo competitivo consiste em modalidade de licitação na qual a Administração Pública e os particulares licitantes engajam em negociações com o objetivo de conceber melhor o projeto para licitação.

O diálogo competitivo foi incluído no art. 10, da Lei nº 11.079/2004¹⁹³, como modalidade de licitação a ser usada nas contratações de PPPs, em con-

190 Capítulo V. DA LICITAÇÃO.

191 Art. 186. Aplicam-se as disposições desta Lei subsidiariamente à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, à Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e à Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010.

192 XLII - diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

193 Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: (Redação dada pela Lei nº 14.133, de 2021)

trpartida, a antiga redação do dispositivo previa, exclusivamente, a modalidade de concorrência.

Como se depreende da redação do dispositivo conceitual, o diálogo competitivo possibilita que a Administração Pública externalize os objetivos pretendidos com a licitação, e tome conhecimento das melhores soluções técnicas disponíveis no mercado a partir de diálogos estabelecidos com o setor privado, o que encontra previsão expressa no art. 32, da Lei nº 14.133/2021¹⁹⁴.

Desde logo, percebe-se que existe uma congruência entre a modalidade do diálogo competitivo e os objetivos das PPPs. A contratação de parceria público-privada busca incentivar o investimento privado no setor público, sobretudo em obras de grande vulto para as quais o Estado não possua ou não possa disponibilizar os recursos financeiros necessários. Nesse contexto, a adoção do diálogo competitivo tem o potencial de intensificar o interesse do setor privado, na medida em que permitem (e demandam) maior criatividade, inovação e *expertise* técnica dos licitantes.

Nas palavras do professor Alexandre Santos de Aragão (2021):

Ao contrário dos pregões, da concorrência e outras modalidades licitatórias mais corriqueiras, o diálogo competitivo, por sua própria natureza e escopo, reclama um grau de desconhecimento maior por parte do ente licitante. Em síntese, o diálogo competitivo será cabível naquelas hipóteses em que a Administração Pública, ciente dos objetivos que deseja alcançar com a licitação, não conhece adequadamente os mecanismos para a consecução das suas finalidades. Em outras palavras, a Administração sabe aonde quer chegar com a licitação, mas desconhece ou tem dúvidas acerca da melhor solução a ser adotada para que ela possa alcançar o seu objetivo (ARAGÃO, 2021).

Portanto, tornam-se evidentes as vantagens trazidas pela adoção do diálogo competitivo como modalidade de licitação nas PPPs, uma vez que a interação entre os licitantes com a Administração Pública possibilita o avanço tecnológico das soluções adotadas e o melhor atendimento do interesse público.

194 Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração: I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração; II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos: a) a solução técnica mais adequada; b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

11.4.2 MATRIZ DE ALOCAÇÃO DE RISCOS E SEGURO-GARANTIA

Como reiterado ao longo do presente trabalho, as parcerias público-privadas desempenham papel importante na garantia do bem comum, tendo em vista que a participação da iniciativa privada possibilita a realização de projetos de alta complexidade e de valores vultosos.

Nesse contexto, duas alterações promovidas pela Lei nº 14.133/2021 se revelam de grande importância para garantir a qualidade, a segurança e combater fraudes nas hipóteses de contratações públicas de grandes vultos. A primeira delas consiste na obrigatoriedade de uma Matriz de Alocação de Riscos nas licitações de grande vulto.

A Matriz de Riscos é conceituada no art. 6º, XXVII, da Lei nº 14.133/2021¹⁹⁵, como sendo cláusula contratual que estabelece as responsabilidades a serem atribuídas a cada parte pelos riscos na execução do contrato, o que confere a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e diminui a possibilidade de litígios e discussões judiciais.

O edital de licitação poderá contemplar Matriz de Alocação de Riscos entre contratante e contratado, contudo, o §3º, do art. 22, da Lei nº 14.133/2021¹⁹⁶, prevê que a cláusula é de instituição obrigatória nas contratações de obras e serviços de grande vulto, consideradas aquelas cujo valor estimado supera R\$200.000,00 (duzentos milhões de reais)¹⁹⁷.

Nesse contexto, sabendo que a Lei nº 11.079/2004 vedou a celebração de contrato de PPP cujo valor seja inferior a R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais)¹⁹⁸, conclui-se que tais ajustes, frequentemente, incluirão cláusula contratual definidora de riscos.

De maneira similar, a Lei nº 14.133/2021 possibilitou que, nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, a Administração Pública exija a prestação de seguro-garantia, com cláusula de retomada,

195 XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação (...).

196 Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo. (...) § 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.

197 XXII - obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais); (Vide Decreto nº 11.871, de 2023)

198 § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); (Redação dada pela Lei nº 13.529, de 2017)

equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato, à luz dos artigos 99 e 102¹⁹⁹.

Ambas as alterações revelam uma maior preocupação por parte da Administração Pública com a segurança e a transparência dos processos licitatórios, sobretudo nas hipóteses de contratações de alto valor, que inferem um maior deslocamento de recursos públicos. Dessa forma, alinham-se com as necessidades e interesses da coletividade, evidenciando a importância das PPPs para tais fins.

11.5 CONCLUSÃO

O Estado não pode ser indiferente às necessidades da população no tocante à prestação de serviços públicos e à execução de obras públicas. A Constituição Federal impõe ao Poder Público o dever de prestar serviços públicos adequados.

Para tanto, a Administração Pública dispõe de uma série de prerrogativas que possibilitam a implementação das medidas necessárias para estabelecer uma ponte entre o cidadão e o serviço que efetivamente irá satisfazer suas necessidades, independentemente do grau de complexidade do sistema.

Ocorre que, a manutenção e instituição de um sistema eficaz demanda do Estado (todos os entes da Federação – Estado, Município, Distrito Federal e União) o direcionamento das prioridades e do orçamento disponível para tal fim, não podendo o cidadão se ver penalizado.

Nesse contexto, em que pese o caráter eminentemente financeiro, o regime das PPPs carrega um atributo social de extrema relevância, tendo em

199 Art. 99. Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada prevista no art. 102 desta Lei, em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato. Art. 102. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que: I - a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente e poderá: a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal; b) acompanhar a execução do contrato principal; c) ter acesso a auditoria técnica e contábil; d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento; II - a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal; III - a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente. Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições: I - caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice; II - caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.

vista que possibilita a prestação de serviços públicos adequados ao pleno atendimento das necessidades dos cidadãos.

Simultaneamente, os contratos de PPPs fomentam o desenvolvimento de importantes inovações em diversos âmbitos, surgindo novas técnicas capazes de potencializar a produção de conhecimento multidisciplinar, e a abertura ao setor privado supre as necessidades de grandes investimentos financeiros e pessoal técnico especializado que tais desenvolvimentos frequentemente demandam.

Assim, os modelos de PPPs são essenciais para o desenvolvimento e a eficiência dos serviços públicos.

Enquanto a concessão patrocinada concilia pagamentos do governo e taxas de usuários para financiar o serviço, garantindo a viabilidade de projetos que não seriam sustentáveis apenas com receitas de tarifas, por outro lado, a concessão administrativa depende inteiramente de orçamentos públicos, com o governo atuando como o principal cliente.

Ambas as modalidades oferecem meios para melhorar a qualidade e a eficiência dos serviços públicos, reduzindo o ônus financeiro direto sobre o Estado e envolvendo o setor privado no fornecimento de infraestruturas e serviços essenciais.

No que tange à promulgação da Lei nº 14.133/2021, verifica-se que as PPPs se beneficiaram significativamente das mudanças promovidas pelo novo texto legal.

Criou-se o diálogo competitivo, que possibilita que a Administração Pública externalize, de forma prévia, os objetivos pretendidos com a licitação, permitindo discussões sobre questões técnicas e econômicas entre os interessados.

Instituiu-se, também, a obrigatoriedade da Matriz de Alocação de Riscos nas licitações de grande vulto e a exigência da prestação de seguro-garantia, com cláusula de retomada, equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato, alterações que, sem dúvida, demonstram uma evolução e maior preocupação por parte da Administração Pública com a segurança e a transparência dos processos licitatórios, sobretudo nas hipóteses de contratações de alto valor, que inferem um maior deslocamento de recursos públicos, dando, por consequência, maior segurança à relação público-privada.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, 2021.

- BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 29 set. 2024.
- BRASIL. **Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 29 set. 2024.
- BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 set. 2024.
- BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 22 set. 2024.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 22 de set. 2024.
- BRITO, Barbara Moreira Barbosa de; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. **Parceria público-privada: compreendendo o modelo brasileiro**. Revista do Serviço Público, v. 56, n. 1, p. 7-21, 2005.
- BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, 549 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais**. In: Estudos sobre Direitos Fundamentais. São Paulo: RT, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A Experiência Brasileira Nas Concessões De Serviço Público**. 2007. Disponível em: <https://www4.tce.sp.gov.br/experiencia-brasileira-nas-concessoes-de-servico-publico>. Acesso em: 26 set. 2024.
- LIMA, Antônio Rhauan de Sousa Campos. **A Nova Lei de Licitações (lei nº 14.133/21): uma breve análise sobre as principais mudanças no processo de contratação no setor público brasileiro**. 16º Congresso de Gestão Pública do Rio Grande do Norte (CONGESP). Outubro de 2023.

Disponível em: <https://www.congesp.rn.gov.br/publicacoes-atuais.html>.
Acesso em: 23 set. 2024.

- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. ed. 29^a. São Paulo: Malheiros, 2004, 798 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. ed. 30^a. São Paulo: Malheiros, 2005, 808 p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, 1016 p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico**. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, v. 1, n. 1, p. 347-374, 6 mar. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.48143/rdai/01.cabm>. Acesso em: 21 set. 2024.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, 2004.
- MENDONÇA, Frederico Santiago de; SILVA, Alex Dylan Freitas. Terceirização por meio de parceria público-privada (PPP): fraude trabalhista e precarização do trabalho. 2024.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 35^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, 1087 p.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 36^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, 1128 p.
- PINHO, Guilherme Rosa. **Um breve percurso sobre a evolução histórica da administração pública brasileira**. Novembro de 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34343/um-breve-percurso-sobre-a-evolucao-historica-da-administracao-publica-brasileira>. [S.I.]. Acesso em 27 de set. 2024.
- SÃO PAULO. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. Parecerias Público-Privadas. TCU, 2023. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/publicacoes/parcerias-publico-privadas>. Acesso em: 23 set. 2024.



12

TERCEIRIZAÇÃO POR MEIO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP): FRAUDE TRABALHISTA E PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

*Alex Dylan Freitas Silva²⁰⁰
Frederico Santiago de Mendonça²⁰¹*



200 Doutorando em Direito do Trabalho pela PUC Minas (Bolsista da CAPES). Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Especialista em Direito Previdenciário. Professor da PUC/Minas de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário de 2011 a 2022. Professor da Unifenas de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Direito Previdenciário e Direito Processual Civil de 2013 a 2021. Professor da Nova Faculdade de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Direito Previdenciário e Direito do Consumidor desde 2014. Escritor da área jurídica. Sócio da Pena, Dylan, Soares e Carsalade, Sociedade de Advogados. Pesquisador integrante do Grupo de Pesquisa Retrabalhando o Direito (RED) e do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania, da Universidade de Brasília (UnB), com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq (registro: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2379740943106919). Esta produção é aderente ao seu projeto de pesquisa e está vinculada a grupo de pesquisa credenciado pelo CNPq, tendo sido realizada com o apoio da CAPES – Código de Financiamento 01.

201 Pós-graduado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Faculdade Arnaldo. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

12.1 INTRODUÇÃO

A terceirização por meio de parcerias público-privadas (PPPs) tem se destacado como uma modalidade de contratação amplamente utilizada em diversos setores da administração pública, representando uma estratégia para a prestação de serviços públicos de forma mais eficiente e econômica. No entanto, essa prática tem sido alvo de crescente preocupação devido aos potenciais impactos negativos sobre as condições de trabalho e os direitos dos trabalhadores envolvidos.

Neste contexto, o presente artigo jurídico científico tem como objetivo investigar e analisar os desafios e as problemáticas relacionadas à terceirização por meio de PPPs, com foco especial na ocorrência de fraude trabalhista e na precarização das relações de trabalho. Entende-se por fraude trabalhista a utilização de mecanismos fraudulentos para burlar as normas trabalhistas e diminuir os custos laborais, enquanto a precarização do trabalho refere-se à redução das condições de trabalho e dos direitos laborais, resultando em uma situação de vulnerabilidade para os trabalhadores terceirizados.

A importância deste estudo reside na necessidade de compreender os impactos sociais, jurídicos e econômicos decorrentes da terceirização por meio de PPPs, bem como na identificação de medidas e mecanismos legais que possam contribuir para mitigar os riscos de fraude trabalhista e precarização do trabalho nesse contexto. Além disso, a análise crítica dessa prática à luz do ordenamento jurídico brasileiro se mostra fundamental para a promoção da justiça social e da proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Por meio da revisão de literatura, análise jurisprudencial e estudo de casos, este artigo pretende oferecer uma contribuição significativa para o debate acadêmico e jurídico sobre a terceirização por meio de PPPs, fornecendo subsídios para o aprimoramento das políticas públicas e das práticas empresariais relacionadas ao tema.

12.2 TERCEIRIZAÇÃO E FRAUDE TRABALHISTA

Uma grande parte das fraudes trabalhistas refere-se ao reconhecimento do vínculo empregatício. Existem inúmeras situações práticas que se situam nas chamadas zonas cinzentas que separam os requisitos do vínculo de emprego das relações jurídicas autônomas (de natureza civil). Há pelo menos três áreas de incerteza entre o vínculo de natureza civil e o empregatício, referentes aos requisitos de subordinação, pessoalidade e não eventualidade. Quando todos os elementos fáticos e jurídicos da relação de emprego são preenchidos (como a pessoa física, a pessoalidade, a onerosidade, subordina-

ção e não eventualidade), o regime jurídico correspondente prevalece sobre os demais.

É importante ressaltar que, devido ao princípio da primazia da realidade sobre a forma, a mera constituição de uma personalidade jurídica não é suficiente para evitar o reconhecimento do vínculo empregatício, desde que os requisitos da relação de emprego estejam presentes. Nesse caso, a personalidade jurídica é desconsiderada e o vínculo empregatício é reconhecido diretamente com o contratante, conforme estabelecido pelo artigo 9º da CLT.

No entanto, atualmente, há uma significativa ambiguidade nessas áreas de incerteza, como mencionado anteriormente. Isso proporciona um amplo espaço para debate para as empresas que buscam contestar o vínculo empregatício de seus prestadores de serviços. O avanço da tecnologia, as crises econômicas e a tendência à flexibilização dos direitos sociais são fatores importantes que contribuíram para esse aumento da complexidade nas áreas cinzentas.

Existem várias estratégias que as empresas adotam para questionar o regime jurídico de suas relações de trabalho com os prestadores de serviços. A tecnologia é utilizada para mascarar formas de controle sobre o trabalho, enquanto distorções argumentativas sobre a atividade principal da empresa são feitas para dificultar a identificação da subordinação e da não eventualidade. Além disso, a exigência de uma personalidade jurídica para a contratação dos serviços visa gerar dúvidas sobre a subordinação e a pessoalidade.

Muitas empresas condicionam a contratação de prestadores de serviços à existência de uma personalidade jurídica constituída, na tentativa de contornar as leis trabalhistas, previdenciárias e fiscais, visando reduzir encargos. Embora a personalidade jurídica possa eventualmente ser ignorada, reconhecendo-se o vínculo empregatício, essas empresas sabem que existe a possibilidade de isso não acontecer. Algumas situações já estão naturalmente situadas nas áreas cinzentas devido à complexidade dos fatos envolvidos, enquanto outras são deliberadamente empurradas para essa área por meio de narrativas e práticas.

É comum as empresas argumentarem que a personalidade jurídica por si só indica ausência de subordinação, alegando que o sócio é responsável por sua própria administração, contabilidade, organização e trabalho. No entanto, a realidade factual pode contradizer essa presunção de autonomia. Além disso, o uso de tecnologia digital permite às empresas disfarçar o controle sobre as atividades dos prestadores de serviços. Quanto mais indícios de autonomia forem apresentados, maior a probabilidade de as relações de trabalho serem enquadradas na área cinzenta e, possivelmente, serem consideradas mais próximas de uma relação civil.

Por outro lado, a personalidade jurídica também pode ser utilizada para tentar distanciar o requisito da pessoalidade. Ao contratar uma pessoa jurí-

dica, a empresa tenta demonstrar que está interessada apenas na prestação do serviço, independentemente de quem o execute, em contraste com a contratação direta de uma pessoa física, quando é mais difícil argumentar essa indiferença em relação ao prestador de serviços.

Maurício Godinho Delgado esclarece que o termo “pejotização” é um neologismo originado da sigla PJ - pessoa jurídica, utilizado no contexto do Direito do Trabalho para descrever situações de fraude à legislação trabalhista. Em outras palavras, “pejotização” é empregado para descrever tentativas artificiais de evitar o reconhecimento do vínculo empregatício (DELGADO, 2019, p. 437).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Lorena Vasconcelos Porto e Paulo Joarês Vieira afirmam que a “pejotização” envolve a contratação de um trabalhador subordinado como sócio ou titular de uma pessoa jurídica, com o objetivo de mascarar o vínculo empregatício através de um contrato formal autônomo, em desrespeito à relação de em-prego (PORTO; VIEIRA, 2019, p. 53-54).

No caso da administração pública, também é possível dizer que há esse tipo de maquiagem da roupagem jurídica da contratação de trabalhadores. É bem verdade que o emprego público depende de concurso público para seu aperfeiçoamento. Não poderia uma decisão judicial reconhecer o vínculo empregatício com a administração sem o preenchimento desse requisito (do concurso público), ainda que estivessem presentes os seus elementos fático-jurídicos (do emprego). No entanto, na prática, ocorrem terceirizações fraudulentas (fictícias), em que a administração mantém os elementos fático-jurídicos com seus prestadores de serviços (“com vínculo de terceirização”). Isso acontece porque a administração procura evitar abrir novas vagas de emprego ou de outras modalidades de vínculo de trabalho (como o dos estatutários, temporários, bolsistas, estagiários, dentre outros).

Muitas são as formas de se identificar fraudes ligadas à criação de personalidades jurídicas para a realização de terceirizações fictícias. Por exemplo, não é viável registrar uma empresa sem a prévia definição e cadastramento de sua atividade econômica. Dessa forma, uma maneira eficaz de identificar fraudes através da “pejotização” é comparar a atividade econômica da empresa, conforme registrada em seus atos constitutivos e na Junta Comercial (mediante a classificação no CNAE), com os serviços efetivamente realizados na prática, na realidade dos fatos. Caso haja inconsistência, a fraude estará configurada. Consequentemente, poderia a administração pública ser obrigada a criar emprego público, cargo público estatutário ou de qualquer outra natureza forma de contratação legalmente permitida, no lugar de um vínculo de trabalho decorrente de uma terceirização fraudulenta.

Nos casos da iniciativa privada, Lorena Vasconcelos Porto e Paulo Joarês Vieira ressaltam que o artigo 2º da CLT associa o conceito de empresa

(seja individual ou coletiva) à ideia de assumir os riscos da atividade econômica e da direção da prestação pessoal de serviços (PORTO; VIEIRA, 2019, p. 56). Sob essa perspectiva, uma empresa contratante não deveria assumir os riscos da atividade do prestador contratado simplesmente integrando-o em sua estrutura organizacional, sem que ele tenha qualquer preocupação com sua própria organização, capacidade financeira e responsabilidades. Além disso, a empresa contratante não deveria interferir na maneira como os serviços são prestados, restringindo a liberdade do prestador na condução de suas atividades. Todas essas práticas também indicariam fraude.

Lorena Vasconcelos Porto e Paulo Joarês Vieira também destacam algumas outras características que indicam a prática fraudulenta da “pejotização”, conforme detalhado a seguir:

São características muito comuns da prática de “pejotização”, indiciárias da presença de fraude contratual: a) todo o equipamento e instrumentos, inclusive sistemas e bancos de dados, utilizados pelos profissionais pertencem à contratante; b) a receita obtida com a atividade econômica cabe à contratante; c) os custos da atividade igualmente são suportados pela contratante; d) os profissionais contratados como pessoa jurídica fornecem apenas mão de obra, recebendo remuneração fixa mensal, por horas trabalhadas. (PORTO; VIEIRA, 2019, p. 57)

Eles também mencionam o artigo 167 do Código Civil, o qual declara nulo o negócio jurídico simulado, e o inciso II de seu parágrafo 1º, que reconhece a simulação nos negócios jurídicos que contenham declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira. Concluem que a “pejotização” voltada para a fraude trabalhista representa “um negócio jurídico simulado, pois contém declarações e cláusulas que não correspondem à realidade” (PORTO; VIEIRA, 2019, p. 58).

Ao examinar a questão do enquadramento do conceito de empresário nas chamadas zonas cinzentas, é interessante observar que a mesma lógica aplicada à análise dos pressupostos da relação de emprego também se aplica à análise dos empresários. Em outras palavras, é possível identificar zonas de incerteza entre os pressupostos da relação de emprego e os do empresário, examinando os elementos fático-jurídicos deste último. Portanto, é viável investigar as zonas cinzentas tanto a partir da análise dos pressupostos de emprego quanto dos pressupostos de empresário, notadamente os relacionados à profissionalidade, atividade e organização.

Algumas perguntas devem ser feitas para se analisar a consubstanciação de um empresário. Qual é exatamente o limite que define o que pode ser considerado profissional e o que não pode? Onde está a linha que separa o que pode ser classificado como atividade e o que não pode? E qual é a fron-

teira que distingue o que pode ser caracterizado como organizado do que não pode?

Sílvio de Salvo Venosa argumenta que a profissionalidade surge da não ocasionalidade (ou habitualidade) no exercício da atividade empresarial. Ele define organização como o sistema produtivo que gerencia os meios de produção “por meio da reunião de quatro fatores de produção: capital, mão de obra, tecnologia e insumos” (VENOSA, 2020, p. 21).

Quando se trata do conceito de atividade, é suficiente observar as análises realizadas no contexto do estudo do Direito do Consumidor. Para definir o conceito de fornecedor, o artigo 3º da Lei 8.078/90²⁰² (Código de Defesa do Consumidor) emprega a palavra “atividade” como o único critério distintivo entre outras situações jurídicas.

Segundo Paulo Roberto Roque Antônio Khouri, as atividades mencionadas no texto do artigo 3º da Lei 8.078/90 são meramente exemplificativas. Para ele, a Lei, “na realidade, quis enquadrar como fornecedor todo aquele que ‘desenvolva atividades’ econômicas no mercado.” E atividade econômica implica em intuito lucrativo, regularidade e obtenção de remuneração. Em suas palavras, “O que vai importar para o conceito de fornecedor é que ele esteja oferecendo bens e serviços, com habitualidade e profissionalidade, ao mercado.” (KHOURI, 2021, p. 63).

Humberto Theodoro Júnior compartilha da mesma visão, ao afirmar que fornecedor é aquele que exerce uma atividade remunerada, habitual e profissional (THEODORO JÚNIOR, 2021, p. 15).

Da mesma forma, Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves destacam que os termos utilizados no artigo 3º da Lei 8.078/90 para definir o conceito de fornecedor são abrangentes. Para eles, “o que interessa mesmo na caracterização do fornecedor ou prestador é o fato de ele desenvolver uma atividade, que vem a ser a soma de atos coordenados para uma finalidade específica.” (TARTUCE; NEVES, 2014, p. 71). Eles citam as palavras de Antônio Junqueira de Azevedo sobre a definição de “atividade”, as quais seguem abaixo:

“Atividade”, noção pouco trabalhada pela doutrina, não é ato, e sim conjunto de atos. [...] Para que haja atividade, há necessidade: (i) de uma pluralidade de atos; (ii) de uma finalidade comum que dirige e coordena os atos; (iii) de uma dimensão temporal, já que a atividade necessariamente se prolonga no tempo. A atividade, ao contrário do ato, não possui destinatário específico, mas se dirige *ad incertam personam* (ao mercado ou à

202 Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 1990).

coletividade, por exemplo), e sua apreciação é autônoma em relação aos atos que a compõem (AZEVEDO *apud* TARTUCE; NEVES, 2014, p. 71).

É importante reiterar que os elementos fático-jurídicos que definem o conceito de empresário também apresentam áreas cinzentas. Em outras palavras, a classificação desses pressupostos do empresário requer uma análise minuciosa dos fatos concretos envolvidos em cada caso específico.

Uma situação particular pode incluir uma variedade de fatores que podem tanto favorecer quanto desfavorecer o enquadramento de cada um desses pressupostos. Afinal, quantas características estão envolvidas na noção de profissionalismo, atividade e organização? A complexidade da vida real impossibilita a enumeração exaustiva dessas características, relacionando-as em inúmeras combinações hipotéticas, resultando em normas rígidas sobre a definição de cada uma delas. Na verdade, esses pressupostos estão sujeitos a interpretações, o que permite o enquadramento ou não de diversas situações práticas. Isso contribui para a existência das chamadas áreas cinzentas e demonstra a imprecisão inerente às ciências jurídicas.

O fato é que a terceirização por meio de Parcerias Público-Privadas (PPPs) tem sido objeto de debate em diversos contextos, especialmente no que se refere aos seus impactos sobre as relações de trabalho e a possibilidade de ocorrência de fraudes trabalhistas. Há inúmeras questões relacionadas à terceirização por meio de PPPs, destacando-se os riscos de fraude trabalhista e a precarização do trabalho associados a esse modelo.

12.3 TERCEIRIZAÇÃO POR MEIO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

A terceirização, enquanto prática de transferência de atividades para empresas terceirizadas, tem sido amplamente utilizada em diferentes setores, incluindo o setor público. As PPPs representam uma forma específica de terceirização, caracterizada pela colaboração entre o setor público e o setor privado na prestação de serviços públicos e no desenvolvimento de infraestrutura.

As parcerias público-privadas podem ser entendidas como o ajuste firmado entre a Administração Pública e a iniciativa privada, com vistas a implantação e oferta de empreendimento destinado à fruição direta ou indireta pela coletividade. Nesse acordo (ou ajuste), a iniciativa privada se obriga a estruturar, financiar, executar, conservar e operar o empreendimento. Outro giro, o Poder Público tem o dever de assegurar as condições de exploração e remuneração pelo parceiro privado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022) explica que:

[...] a parceria público-privada pode ter por objeto a prestação de serviço público (tal como na concessão de serviço público tradicional) ou a prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta (o que também pode corresponder a serviço público), envolvendo ou não, neste segundo caso, a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens; na primeira modalidade, tem-se a concessão patrocinada, em que a remuneração compreende tarifa do usuário e contraprestação do parceiro público ao parceiro privado; na segunda modalidade, tem-se a concessão administrativa, em que a remuneração é feita exclusivamente por contraprestação do parceiro público ao parceiro privado, o que aproxima essa modalidade do contrato de empreitada.

Para englobar as duas modalidades em um conceito único, pode-se dizer que a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

O que se vê, portanto, é que, por intermédio da parceria público privada, o ente público transfere ao particular a execução de um serviço público que era de sua responsabilidade. Há, na prática, portanto, a terceirização da prestação do serviço público que, originalmente, deveria ser prestado pelo ente político (diretamente ou após descentralização), mas que será feito por um parceiro privado, mediante contraprestação do parceiro público (tanto na modalidade patrocinada como na modalidade administrativa).

O objetivo para a instituição das PPPs é possibilitar grandes investimentos em infraestrutura e prestação de serviços públicos, especialmente nos casos em que o ente público não tem condições de fazê-lo, seja pelas amarras legais e constitucionais ou pela ausência de orçamento.

E além da obtenção de espaço orçamentário para viabilizar investimentos, as parcerias público-privadas atuam como uma espécie de terceirização para dar mais eficiência na prestação do serviço público. Com efeito, trata-se de decorrência da tentativa de adoção do modelo gerencial de Administração Pública, que tem como principal interesse otimizar o trabalho, tanto do ponto de vista financeiro e econômico, como de qualidade.

Bárbara Moreira Barbosa de Brito e Antonio Henrique Pinheiro Silveira (2005, p. 7) explicam que:

Duas questões permeiam o debate econômico em torno da justificativa de se adotar um programa de parcerias público-privadas: a obtenção de espaço orçamentário para viabilizar investimentos em um quadro de restrição fiscal e a eficiência na prestação de serviços públicos. [...] Nesse contexto, a PPP foi vista como alternativa para viabilizar investimentos, particu-

larmente em infra-estrutura, sem que isso causasse impactos imediatos sobre o quadro de endividamento público.

Especificamente quanto ao modelo gerencial:

O enfoque gerencial surgiu com vigor no Reino Unido (Grã-Bretanha) e nos Estados Unidos depois que os governos conservadores assumiram o poder em 1979 (Margareth Thatcher) e em 1980 (Ronald Reagan). Na Grã-Bretanha o gerencialismo foi aplicado ao serviço público imediatamente após posse do novo governo, e levou a uma reforma administrativa profunda e bem sucedida. [...] o gerencialismo propunha a obtenção de resultados; a descentralização; a clara definição dos objetivos organizacionais e maior consciência acerca do valor dos recursos públicos, de modo a maximizar a relação financeira entre os recursos iniciais e os gastos realizados para a produção, ou seja, incorporando o valor da eficiência; a clara definição das responsabilidades de cada servidor das agências governamentais, incentivo à criatividade e à inovação, pressupondo que os funcionários públicos são merecedores de certo grau de confiança. (MATOS, J. C. (2012). Administração pública gerencial. Anais do ENIC, (4).

Portanto, dentro desse modelo de Administração Pública Gerencial, com maior austeridade e preocupação com os resultados, as Parcerias Público-Privadas surgiram como uma alternativa.

Porém, como já dito o fato é que, atualmente, a terceirização por meio de Parcerias Público-Privadas (PPPs) tem sido objeto de debate em diversos contextos, especialmente no que se refere aos seus impactos sobre as relações de trabalho e a possibilidade de ocorrência de fraudes trabalhistas. Há inúmeras questões relacionadas à terceirização por meio de PPPs, destacando-se os riscos de fraude trabalhista e a precarização do trabalho associados a esse modelo.

12.4 PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO POR MEIO DE PPPs E FORMAS DE PROTEÇÃO

Embora as PPPs possam trazer benefícios, como a eficiência na gestão de projetos e o acesso a recursos privados para investimentos públicos, também apresentam desafios significativos em termos de proteção dos direitos trabalhistas. Uma das principais preocupações é a possibilidade de utilização das PPPs como meio para burlar as normas trabalhistas e precarizar as condições de trabalho dos empregados terceirizados.

A fraude trabalhista na terceirização por meio de PPPs pode se manifestar de diversas formas, incluindo a subcontratação em cascata, a falta de fiscalização por parte do poder público e a utilização de empresas de fachada para dissimular o verdadeiro vínculo empregatício. Essas práticas têm como

consequência a redução dos direitos trabalhistas, a falta de segurança no emprego e a dificuldade de acesso a benefícios previdenciários e trabalhistas.

Com efeito, muitos estudos realizados ao longo dos últimos anos (acerca de casos envolvendo a terceirização de serviços) revelaram uma degradação do trabalho em todas as suas dimensões. Graça Druk (DRUCK, 2016) explica que os reflexos desta degradação puderam ser percebidos:

[...] no desrespeito aos direitos trabalhistas, nas más condições de trabalho, nos baixos salários, na piora das condições de saúde, nos maiores índices de acidentes e na vulnerabilidade política dos trabalhadores que, dispersos e fragmentados, têm dificuldades para se organizar coletivamente. (Druck, G. (2016). A terceirização na saúde pública: formas diversas de precarização do trabalho. Trabalho, educação e saúde, 14, 15-43.)

Graça Druk (DRUCK, 2016), no mesmo trabalho supracitado, também faz uma análise do ponto de vista social e afirma que:

As pesquisas sobre terceirização indicam que a precarização social do trabalho, além de se tornar uma temática central dos estudiosos, revela-se uma estratégia de dominação que atinge a todos os trabalhadores, mesmo que de forma diferenciada e hierarquizada, como parte da dinâmica de desenvolvimento do capitalismo flexível no contexto da globalização e da hegemonia neoliberal. (Druck, G. (2016). A terceirização na saúde pública: formas diversas de precarização do trabalho. Trabalho, educação e saúde, 14, 15-43.)

Além disso, a precarização do trabalho decorrente da terceirização por meio de PPPs pode comprometer a qualidade dos serviços públicos prestados à população, uma vez que trabalhadores desmotivados e mal remunerados tendem a oferecer um serviço de menor qualidade. Isso pode gerar impactos negativos tanto para os trabalhadores terceirizados quanto para os usuários dos serviços públicos.

A título exemplificativo, Dhuliane Macêdo Damascena e Paulo Roberto Lima Falcão do Vale, em artigo publicado na revista Trabalho, Educação e Saúde, fizeram uma análise da precarização do trabalho nas Unidades de Atenção Básica de Saúde, nas quais havia terceirização do trabalho. Reconheceram a existência de acúmulo de atividades, sobrecarga de trabalho e déficit no número de membros das equipes (DAMASCENA; VALE, 2020).

Em seguida ressaltaram que:

A precarização do trabalho na AB afeta diretamente a população, dificultando o acesso aos serviços, além de expor os usuários às condições precárias, o que repercute negativamente na segurança do paciente. Afeta também os trabalhadores, dado que os baixos salários, déficit de recursos e insumos, ambiente de trabalho inadequado e carga horária excessiva se

constituem como motivos que geram insatisfação, desmotivação e sofrimento psíquico. (Damascena, D. M., & Vale, P. R. L. F. D. (2020). Tipologias da precarização do trabalho na atenção básica: um estudo netnográfico. *Trabalho, Educação e Saúde*, 18, e00273104.)

E concluíram que:

A contratação terceirizada de ACSs por diferentes Organizações Sociais (OS) revela a precarização dos contratos de ACSs e terceirização nos serviços públicos de AB, denotando transferência da responsabilidade direta da assistência da gestão pública para entidades privadas, que, por vezes, oferecem um serviço de baixa qualidade, sem considerar os princípios e diretrizes do SUS, fomentando o descrédito e a precarização dos serviços públicos de saúde. A contratação de ACS via terceirização é relatada como uma situação delicada, que envolve muitas empresas concorrendo em licitações e, quando efetivado o contrato, convivem com pouca transparência dos custos, limitando a vigilância da gestão municipal e a participação social sobre os recursos públicos transferidos e a serem administrados pelas OSs. (Damascena, D. M., & Vale, P. R. L. F. D. (2020). Tipologias da precarização do trabalho na atenção básica: um estudo netnográfico. *Trabalho, Educação e Saúde*, 18, e00273104.)

Além destes problemas narrados na área da saúde, é possível também traçar perigosas consequências da utilização das PPPs no âmbito da execução penal, especificamente para a construção e administração de presídios. Manuela Hollós de Miranda (2017) ressaltou a precarização do trabalho dos agentes penitenciários e da própria fiscalização externa a ser realizada na prestação deste serviço público tão importante:

[...] a precarização do trabalho dos agentes penitenciários também é motivo de grande preocupação, uma vez que estes deixam de ser agentes públicos concursados para serem substituídos por funcionários com menor remuneração e menos treinamento, gerando um quadro de alta rotatividade e instabilidade. [...] Em última instância, a privatização torna mais frágil e incipiente o controle externo da atuação dos agentes penitenciários, na medida em que gera uma maior dificuldade até mesmo para a identificação e localização do agente em questão, quiçá para uma eventual responsabilização por atos cometidos. Vale lembrar que a prisão é um grande centro gerador de violência, não só para os apenados, mas para todos aqueles que têm nela seu ambiente de trabalho. A saúde física e psicológica dos agentes penitenciários também é atingida diariamente, razão pela qual o tema tratado aqui nesse tópico passa longe de ser uma questão de menor importância. (Miranda, M. H. D. Privatização de presídios como política criminal: a solução anunciada para uma crise programada.)

Assim, vê-se que há um distanciamento entre o objetivo inaugural das PPPs e os efeitos práticos que a sua implementação trouxe e vem trazendo.

E a razão para essa frustração no atingimento dos objetivos inicialmente planejados se deve, segundo Fernanda dos Santos Fernandes (2020), a problemas de regulamentação legal do modelo, consagrados em dificuldades de ordem administrativa, política e técnica.

Não custa rememorar que o objetivo inicial para a instituição das PPPs foi (e ainda é o seu principal propósito) possibilitar grandes investimentos em infraestrutura e prestação de serviços públicos. Com efeito, o Brasil é deficitário em investimentos nessas áreas (AMANN et al., 2016), especialmente porque a organização econômica do país não lhe permite realizar tais investimentos (BULSARA et al., 2015).

Ainda quanto aos objetivos das PPPs, Bárbara Moreira Barbosa de Brito e Antonio Henrique Pinheiro Silveira (2005) explicam que:

Duas questões permeiam o debate econômico em torno da justificativa de se adotar um programa de parcerias público-privadas: a obtenção de espaço orçamentário para viabilizar investimentos em um quadro de restrição fiscal e a eficiência na prestação de serviços públicos. [...] Nesse contexto, a PPP foi vista como alternativa para viabilizar investimentos, particularmente em infra-estrutura, sem que isso causasse impactos imediatos sobre o quadro de endividamento público. (de Brito, B. M. B., & Silveira, A. H. P. (2005). *Parceria público-privada: compreendendo o modelo brasileiro*. *Revista do Serviço Público*, 56(1), 7-21.)

No entanto, o que se percebe é, como já amplamente abrangido neste trabalho, uma precarização do trabalho, a existência de fraudes trabalhistas e inclusive uma piora na prestação do serviço público à população.

Como alternativa para solucionar esta crise envolvendo as PPPs, Marco Antônio Portugal (PORTUGAL, 2023) propõe a realização de três perguntas, cujas respostas indicam o melhor caminho a seguir, isto é, se pela formalização de uma PPP ou não.

Para o autor, as três perguntas são (i) trata-se de um serviço estratégico?; (ii) trata-se de um serviço essencial?; (iii) a prestação do serviço é exclusiva? Qualquer resposta positiva indica que a PPP não é o melhor caminho. Nesses casos, deve-se optar pela manutenção dos serviços sob a tutela do Estado.

Em relação à primeira pergunta, Marco Antônio Portugal é enfático “com uma resposta positiva, não haveria mais que se falar de privatização ou de PPP” (PORTUGAL, 2023).

Quanto à segunda, o autor explica que não haveria razão para que o Estado explorasse uma atividade diretamente em concorrência com empresas privadas, embora não haja dúvida quanto a impossibilidade de privatizar ou ceder ao particular a prestação de um serviço essencial (PORTUGAL, 2023).

Em relação a terceira pergunta, a prestação exclusiva impõe um monopólio legal, de forma que a atuação do Estado se mostra imprescindível, sob pena de um desequilíbrio econômico resultante deste monopólio.

Posteriormente o autor ainda conclui que “dentro desse modelo de decisão, resultante de três perguntas simples, muitos dos serviços que hoje se encontram em PPP teriam que ser revertidos” (PORTUGAL, 2023).

Ocorre que a solução da ineficiência das PPPs não é o único problema deste modelo, pois, como dito, ele vem causando precarizações também aos trabalhadores. Portanto, ao lado de uma revisitação dos serviços a serem prestados por intermédio de PPPs é indispensável repensar as formas de controle das normas trabalhistas, de segurança, salubridade, higiene, dentre outros.

Nesse sentido, seria indispensável a abertura de canais para a realização de denúncias pelos próprios trabalhadores, a criação de órgãos reguladores, o estabelecimento de diretrizes fiscalizatórias e a cominação de sanções relevantes àqueles que descumprirem as regras relativas à saúde e higiene dos obreiros.

Sabe-se, contudo, que se trata de um objetivo distante e talvez dissociado da realidade em que vivemos. Com efeito, “a atual conjuntura do trabalho no país é difícil e se caracteriza por uma violenta ofensiva do capital contra a classe trabalhadora” (ANTUNES; DRUCK, 2015).

12.5 CONCLUSÃO

Diante da análise realizada sobre a terceirização por meio de parcerias público-privadas (PPPs) e seus impactos na esfera trabalhista, é possível concluir que essa modalidade de contratação apresenta sérios desafios e problemáticas relacionadas à ocorrência de fraude trabalhista e precarização do trabalho. A constatação de que os trabalhadores terceirizados muitas vezes se encontram em situações de vulnerabilidade, com condições de trabalho abaixo dos padrões estabelecidos pela legislação e ausência de garantias laborais adequadas, revela a urgência de se repensar o modelo de terceirização por meio de PPPs.

É evidente que a busca pela eficiência na prestação de serviços públicos não pode ocorrer às custas da precarização das relações de trabalho e da violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Nesse sentido, torna-se imperativo que as autoridades competentes atuem de forma proativa na fiscalização e na regulamentação das atividades terceirizadas, garantindo o cumprimento das normas trabalhistas e a proteção dos direitos laborais.

Além disso, é fundamental promover o diálogo entre os diversos atores envolvidos, incluindo governo, empresas e sindicatos, visando à construção de soluções colaborativas e sustentáveis para os desafios enfrentados na ter-

ceirização através de PPPs. Somente por meio de uma abordagem integrada e comprometida com o respeito aos direitos humanos e à dignidade dos trabalhadores será possível superar os obstáculos e construir um modelo de terceirização verdadeiramente justo e equitativo.

Portanto, conclui-se que a análise crítica e a reflexão contínua sobre as práticas de terceirização por meio de PPPs são essenciais para o desenvolvimento de políticas públicas e estratégias empresariais que promovam a inclusão social, a justiça laboral e o respeito aos direitos humanos. Somente assim será possível alcançar uma sociedade mais justa e igualitária, onde todos os trabalhadores possam desfrutar de condições de trabalho dignas e respeito à sua dignidade.

REFERÊNCIAS

- AMANN, Edmund et al. *Infrastructure and its role in Brazil's development process. The Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 62, p. 66-73, 2016.
- ANTUNES, Ricardo; DRUCK, Graça. **A terceirização sem limites: a precarização do trabalho como regra.** *O Social em Questão*, v. 18, n. 34, p. 19-40, 2015.
- BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 08 mar. 2024.
- BULSARA, Hemantkumar P.; KUMAR, Alok; CHAUHAN, Rakesh Kumar and Krupesh A. *Experience of public private partnership in highway infrastructure development: an exploratory study of PPP mature countries and scenario in India.* *International Journal of Procurement Management*, v. 8, n. 5, p. 608-626, 2015.
- DAMASCENA, Dhuliane Macêdo; VALE, Paulo Roberto Lima Falcão do. **Tipologias da precarização do trabalho na atenção básica: um estudo netnográfico.** *Trabalho, Educação e Saúde*, v. 18, p. e00273104., 2020.
- DE BRITO, Barbara Moreira Barbosa; SILVEIRA, Antonio Henrique Pinheiro. **Parceria público-privada: compreendendo o modelo brasileiro.** *Revista do Serviço Público*, v. 56, n. 1, p. 7-21, 2005.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 18. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo.** 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- DRUCK, Graça. **A terceirização na saúde pública: formas diversas de precarização do trabalho.** *Trabalho, educação e saúde*, v. 14, p. 15-43, 2016.

- FERNANDES, Fernanda dos Santos. **As parcerias público-privadas como estratégia para a gestão hospitalar.** 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Saúde Pública) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020.
- KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do Consumidor:** Contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 7. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2021.
- MATOS, JATENE COSTA. **Administração pública gerencial.** Anais do ENIC, n. 4, 2012.
- MIRANDA, Manuela Hollós de et al. **Privatização de presídios como política criminal: a solução anunciada para uma crise programada.**
- PORTO, Lorena Vasconcelos; VIEIRA, Paulo Joarês. A ‘pejotização’ na reforma trabalhista e a violação às normas internacionais de proteção ao trabalho. **Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, v. VIII, n. 80, p. 52-77, jul. 2019. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/161810/2019_rev_trt09_v0008_n0080.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 08 mar. 2024.
- PORTUGAL, Marco Antônio. Parceria público privada e privatizações: o uso com moderação. **Revista Científica UMC**, v. 8, n. 1, 2023.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor:** direito material e processual. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**, 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito Empresarial.** 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2020.

13

POLÍTICAS PÚBLICAS E A SUSTENTABI- LIDADE: MARCOS PARA O DESENVOLVIMENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS NO BRASIL

*Lucyléa Gonçalves França*²⁰³

13.1 INTRODUÇÃO

O movimento de criação das bases para a regulação do Direito ambiental no Brasil nasce sob a influência da normativa internacional, e se articula a partir da Constituição de 1988, como um fenômeno jurídico atrelado às pautas sociais e, em prol da preservação e da restauração dos ecossistemas. Sem embargo a vida humana sempre pressupôs sua inserção no mundo natural, e a intervenção com fins econômicos, sempre foram os requisitos fundamentais para o alcance do pleno desenvolvimento humano. De fato, o atendimento básico de todas as necessidades sociais mais elementares, sempre

²⁰³ Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca (Espanha), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (Brasil). Professora do curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão (Brasil). Email: lucylea.franca@ufma.br



esteve associado ao uso indiscriminado dos recursos naturais, formulados muitas vezes exclusivamente sob o enfoque de estratégias de mercado, e, em geral, em uma sociedade sem regulação, ou controle.

Em grande medida a evolução do direito ambiental também esteve associada aos movimentos sociais do século XX, reivindicativos por um meio ambiente saudável e equilibrado, e, paralelamente, como resposta dirigida aos prejuízos oriundos da consolidação dos grandes processos econômicos mundiais. Assim, nasce dentro de um fenômeno paradoxal, ou pelo menos como reação direta, aos danos ambientais a serem minimizados, e combatidos no mundo moderno. Aparece como preocupação dos governos industrializados a efetivação da gestão ambiental, o que também provocou uma reação da geopolítica brasileira ao incluir, essa pauta, para orientar a elaboração da lei 6.938/81.

Em contrapartida, mais recentemente, é a avaliação das políticas públicas ambientais, e não mais a sua construção, uma das principais preocupações quando se trata da sustentabilidade ambiental e a qualidade de vida. Em síntese, à diferença da década de 80, já no século XXI, as condições ambientais adversas são vistas de modo mais objetivo e pragmático. Decorrente dessa cultura histórica, imposta pelo percurso ambiental verificamos uma abrangência nas estratégias que alcancem os melhoramentos sociais, além de econômicos, com uma nítida preocupação com o combate a pobreza e o os custos das políticas públicas a serem assumidos pelos países.

A ótica da preocupação com os aspectos sociais, sob o entorno econômico, se mostra estratégico ao conjunto das ações governamentais, e empresariais, mais além da preocupação pela prevenção ou proteção do meio ambiental saudáveis.

Questões como transparência democrática, controle das atividades administrativas, rigor no combate à corrupção no exercício da aplicação de políticas socioambientais associa uma íntima relação entre a amplitude normativa - e administrativa -, com a publicidade e uso correto de estatísticas, além de inovadoras estratégias de planejamentos dos governos - dentre elas as parcerias público-privadas.

Analisaremos no presente artigo de que maneira as parcerias público-privadas em matéria ambiental podem representar um mecanismo transversal para, de um lado incorporar valores de cooperação e eficiência e, por outro, propiciar, de modo mais célere resultados da proteção ambiental, com ações efetivas que também gerem desenvolvimento, com a efetiva responsabilidade compartilhada do Estado, da sociedade civil e das empresas.

A elaboração das leis ambientais no Brasil, a partir da Política Nacional do Meio ambiente (1981) alcançou um conjunto de princípios e critérios definidos pela Constituição da República de 1988, para a construção do estado de polícia administrativa ambiental no Brasil, auxiliando assim a aplicabilidade, transparência e eficácia dos órgãos ambientais.

13.2 A GESTÃO DO MEIO AMBIENTE E A REGULAÇÃO DAS PARCERIAS: ANTECEDENTES E REGIME VIGENTE

O PNUMA²⁰⁴ – O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente garante que todas as suas parcerias com o setor privado estejam vinculadas ao seu mandato geral para enfrentar alguns dos maiores desafios ambientais do nosso planeta, e estabelece como principal marco, o incentivo a parcerias integradoras entre os setores públicos e privados, responsáveis pela criação de espaços destinados à preparação e participação da sociedade civil e setores acadêmicos na atuação da gestão ambiental, e no desenvolvimento sustentável.

Eles são definidos através da Estratégia de Médio Prazo da organização, que mapeia a visão e as metas do PNUMA ao definir o caminho principal para a sustentabilidade e a proteção do meio ambiente e um futuro sustentável.

No Brasil, a política nacional do meio ambiente no Brasil, instituída pela Lei 6.938/1981 e seu surgimento permitiu o avanço da trajetória de marcos legislativos imprescindíveis para o modelo de gestão de recursos naturais, introduzindo pautas destacadas em outros países, com um grande destaque já na fase anterior ao período de redemocratização brasileira.

Como norma estratégica, seu surgimento fez referência às influências históricas dos movimentos ambientais internacionais surgidos na década de 70, cujas referências estão claramente pautadas pelos movimentos no entorno das convenções internacionais sobre meio ambiente, em destaque a partir das convenções internacionais de Estocolmo em 1972.

Incluiu como principal inovação na sua estrutura normativa a criação do sistema nacional do meio ambiente, seus fins, mecanismos de formação e de aplicação. Essa nova direção foi uma espécie de reorientação dos marcos, e plataformas institucionais existentes no Brasil, dirigidos ao desenho da gestão meio ambiental, com o propósito de responder a questões latentes de um país continental, e com grande biodiversidade e população crescente. O Brasil necessitava um sistema capaz de conceber respostas uniformes para problemas diversos do seu território, impostos pela complexidade de sua biota, mas, principalmente, pela pressão das organizações meio ambientais nacionais e estrangeiras.

A medição multidimensional da questão do meio ambiente provou a elaboração da lei de política ambiental, pois teve como principal propósito

204 Desde 1972, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) atua como a principal autoridade global em questões ambientais. Nossa ambição é **informar, capacitar e inspirar povos e nações a melhorar sua qualidade de vida sem comprometer a das gerações futuras** Disponível em <https://www.unep.org/pt-br/sobre-o-pnuma/financiamento-e-parcerias>

gerar a integração eficaz dos fatores econômicos, e sociais, tão somente forjados a nível internacional pelas Convenções internacionais da década de 80.

Especialmente no Brasil, a origem da normativa ambiental se remonta a 1934, com a vigência do Código de Águas (Decreto n.º. 24.634/1934), sendo a primeira legislação criada com o propósito de ordenar os recursos naturais, seguida por um conjunto de medidas entre as décadas de 40 e 60, quando se podem destacar a regulação da produção de energia hidrelétrica na “década perdida”, com a preparação de uma política de desenvolvimento visando o uso do meio ambiente para a produção industrial, tais como o uso de carvão vegetal. (LIMA, 1995)

No processo de elaboração das estratégias de criação de políticas públicas ambientais poderíamos citar a criação do Código Florestal, pelo Decreto n.º. 23.793/1934, que fora substituído pela Lei n.º4.7771/1965²⁰⁵, substituída hodiernamente pela Lei 12.651/2012 (Lei de Proteção da Vegetação Nativa).

A década de 60 também foi marcada pela criação de diversos parques nacionais brasileiros, e pela criação do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF). A construção, com a transferência da capital federal para Brasília²⁰⁶, foi outro ponto de curvatura em direção a uma nova estruturação da gestão ambiental no país. A partir das diretivas para a expansão do planalto central, houve o aumento populacional, e novas perspectivas econômicas com o conjunto de construções que exigiram mão de obra ao tanto de contar com uma série de mecanismos administrativos, facilitadores do novo ambiente arquitetônico, cultural, e ambiental no centro do país.

Apenas no início da década de 70 foi criada, a nível federal, a Secretaria Especial de Meio Ambiente (SEMA), com vínculo de subordinação ao Ministério do Interior, e o propósito de disciplinar as ações relativas à gestão de áreas de Conservação²⁰⁷, bem como a elaboração de programa específico de combate à poluição nas grandes cidades, como São Paulo e seus arredores.

Nesse mesmo período, em alguns Estados membros, foram criadas secretarias estaduais meio ambientais e outros órgãos como a CETESB (Companhia de tecnologia de Saneamento Ambiental do Estado de São Paulo (1973)²⁰⁸, a Fundação Estadual de Energia do Meio Ambiente (FEEMA)²⁰⁹,

²⁰⁵ Vigente até a entrada em vigor do novo Código Florestal (lei n.º. 12.651/2021)

²⁰⁶ Com o uso do número maior de recursos naturais extraídos, os quais são utilizados como matéria-prima (RIBEIRO, 1977)

²⁰⁷ Unidades de Conservação criadas para proteger florestas e áreas de preservação ambiental.

²⁰⁸ Lei n.º 118, de 29 de julho de 1973. Dispõe sobre a constituição de uma sociedade por ações, sob a denominação de CETESB, Companhia Estadual de Tecnologia de Saneamento Básico e de Controle da Poluição das Águas, mantendo a sigla CETESB, vinculada à Secretaria dos Serviços e Obras Públicas.

²⁰⁹ Decreto-lei n.º 134 de 16 de junho de 1975 dispõe sobre a prevenção e o controle da poluição do meio ambiente no estado do rio de janeiro

no Rio de Janeiro (1975), e ainda no âmbito federal, em 1973 foi criada a SEMA-Secretaria Especial de Meio Ambiente²¹⁰.

O final da década de 70 foi marcado mundialmente pela crise do petróleo e, muitos sistemas constitucionais começaram a reconhecer o meio ambiente como fator merecedor da tutela maior. (BENJAMIN, 1999) Internamente, o Brasil sofreu forte influência do mercado internacional, e incrementou a política intervencionista na economia com a implantação do II Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND),²¹¹ responsável pela criação de uma série de obras, e por incorporar no seu texto, diretrizes transversais de cunho ambiental.

Em 1972, no relatório elaborado pelo Clube de Roma²¹² foram fixados, a nível internacional, os limites impostos ao crescimento global através da preservação ambiental no qual o controle do crescimento industrial era a preocupação reinante. Esteve associado, no centro do debate, gerar um maior equilíbrio entre o controle do crescimento populacional, a insuficiência na produção de alimentos, e a previsibilidade do esgotamento de recursos naturais.

A partir daí se observa uma ampliação no eixo de concentração das preocupações dos países onde o movimento ambiental inclui a noção de desenvolvimento sustentável²¹³. A primeira grande conferência internacional sobre meio ambiente (Estocolmo, 1972) reforça a marca da consciência ambiental com as ênfases a questões relativas ao desenvolvimento econômico.

Outras conferências internacionais se sucederam e, no Brasil, a política nacional do meio ambiente incluiu fins, mecanismos, formação, aplicação e gestão no seu texto, sendo, portanto, a mais importante lei ambiental brasileira do século XX, sendo inclusive recepcionada pela Constituição de república de 1988, já no período de redemocratização do Brasil, e promulgada quase dez anos após a sua elaboração.

210 Decreto nº 73.030, de 30 de Outubro de 1973 Cria, no âmbito do Ministério do Interior, a Secretaria Especial do Meio Ambiente - SEMA

211 Lei 6.151 que instituiu as diretrizes do II PND, vigente entre os anos de 1974 e 1979. Para Bresser Pereira (1998) o plano se tornou inviável não reconheceu a crise brasileira e mundial provocada pelo declínio e desaceleração cíclica.

212 O primeiro relatório emitido pelo Clube de Roma se denominou “Relatório Meadows”, apresentado por Dennis Meadows e editado nos Estados Unidos em 1972. Sobre o papel dos “Límites do Crescimento”, onde a primeira vez se debate sobre a grave crise ecológica que afeta o planeta, Gallastegui Zulaica (2011).

213 “Relatório Brundtland” conhecido também como “*Our Common Future*”, elaborado pelas Nações Unidas e publicado em 1987 depois de vários anos de estudos, debates e reuniões. Teve o mérito de traçar ao primeiro plano, e com força, a opinião pública em todo o mundo sobre as questões relativas ao desenvolvimento econômico e industrial. Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo Nota del Secretario General NACIONES UNIDAS ASSEMBLEA GENERAL, 1987. http://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe_Comision-Brundtland_sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf

Ao desenhar toda a sistemática das políticas públicas ambientais brasileiras, a lei 6.938/81 demonstrou arrojo e inovação interna frente ao debate global sobre questões de gestão ambiental. Foi uma lei geral ao enfrentar questões específicas (BENJAMIN, 1999), desde o combate à poluição até a estruturação da gestão ambiental. De certa monta, foi importante como base normativa para a elaboração do texto da Constituição de 1988, no capítulo meio ambiental.

Por outro lado, o artigo 225 da Constituição brasileira²¹⁴ assimila princípios da Declaração de Estocolmo²¹⁵, complementando a finalidade última da política nacional do meio ambiente para sustentar mecanismos necessários para a efetividade da gestão, para a formação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e saudável.

A lei de criação da Política Nacional do Meio ambiente nasceu nesse contexto de transformação e de crise no Brasil, marcada pela gestão integrada dos recursos naturais expressa pela primeira vez e teve como principal objetivo a criação do Sistema Nacional do Meio ambiente (SISNAMA), com diretrizes a serem cumpridas pelos Estados e Municípios brasileiros de forma transversal, e com descentralização de competências, sobretudo quanto a questões relativas à organização institucional, gestão ambiental, combate à poluição além de previsão de mecanismos participativos. (MOSOWSKI, 1989)

No que tange a participação de planos, programas e políticas (art. 6, II e 8), formaliza o CONAMA como órgão consultivo e deliberativo com o propósito de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, composto por representantes do governo federal, estaduais e municipais, além de representantes de empresários e sociedade civil organizada, e entidades identificadas como Organizações não governamentais. Preveem diretrizes e políticas ambientais para o meio ambiente e recursos naturais, além de função de deliberação em âmbito de sua competência, *sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.*

A criação do Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio ambiental, e do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) orienta a or-

214 Art. 225 da Constituição Federal de 1988. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988)

215 Além da importância do movimento ambiental denominado “Frente verde” que atuou diretamente junto aos congressistas para a inclusão do artigo 225 e a inclusão da expressão “meio ambiente ecologicamente equilibrado” como princípio e ideia-força para as ações governamentais em defesa da cidadania

ganização da gestão governamental²¹⁶ na área ambiental com a liderança federativa, aprovando resoluções sobre a elaboração e exigência do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do Relatório do Impacto Ambiental (RIMA).

Nesse contexto, se tornou imprescindível a definição dos novos papéis dos entes federativos, e da sociedade civil organizada, na aplicação da legislação federal a partir da Constituição de 1988. Com a transferência de competências administrativas para estados e municípios, por outro lado, foi mantida a concentração do poder central em matéria ambiental, como tática de preservação das prerrogativas legislativas da União.

O reforço da concentração do poder central foi contraditório ao exigir nova estrutura aos órgãos ambientais nos âmbitos estaduais e municipais. Até então sem grande protagonismo, com competências comuns e compartilhadas entre si. Ainda nesse período é criado o Ibama – Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989).

Nessa conjuntura o Brasil operou um relevante avanço nas políticas nacionais, e na estruturação de competências dos entes federativos a partir da Constituição de 1988, atribuindo efetivo significado a PNMA, de 1981, criando um cenário propício para a estruturação dos governos e a boa execução dos objetivos ambientais propostos a nível nacional e internacional.

Muitos reconhecem, portanto, a importância da Lei nº 6.931/1981 na fixação de metas e estratégias nacionais, em um modelo federativo com descentralização de poderes e da gestão ambiental como requisito essencial para a efetividade na política nacional.

Entretanto, pontos vulneráveis da regulação ambiental no Brasil impuseram limites, todavia insuperáveis para o alcance da eficácia de um controle efetivo dos problemas ambientais brasileiros. Tais eventos e práticas constituem verdadeiro impedimento ao alcance das metas de melhoria gerencial das crises ambientais, e controle de rotinas administrativas, no marco de um modelo rápido, moderno e efetivo, gerando uma realidade disforme que impedem análises verosímeis sobre os impactos das ações sobre o meio ambiente²¹⁷ provocado em grande medida pelo excesso burocrático das administrações públicas estaduais e municipais.

A prática da regulação ambiental instrumentalizada, a partir da Política Nacional do Meio ambiente, e a conseqüente criação dos órgãos de atuação meio ambientais no Brasil, em todos os níveis federativos, condicionaram

²¹⁶ Através das Resoluções n. 001/1986 e 009/1987

²¹⁷ Rei e Ribeiro (2014, 26-27) apontam que para a efetividade das soluções meio ambiental é necessário o estabelecimento de condições operacionais para a adequada implantação das normas, com a organicidade institucional, contratação de técnicos especializados, aplicação de infraestruturas na Administração pública apropriada e viável, além de recursos financeiros e consciência social ambiental.

os compromissos pela pauta verde, consolidado a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Esse avence gradual se intensificou na década de 90, e no início do século XX pelos marcantes eventos internacionais realizados, e nos discursos dos países que incluíram a temática ambiental como mecanismo para respaldar decisões bilaterais e multilaterais em matéria econômica, ou seja, as parcerias e políticas exteriores estiveram orientadas por programas antipoluição, desenvolvimento energético e uso e conservação ecológica.

A realização da conferência das Nações Unidas sobre Meio ambiente e Desenvolvimento – (CNUMAD), no Rio de Janeiro, denominada Rio-92 assegurou o protagonismo do Brasil como anfitrião e também compromissário dos acordos sobre Clima e biodiversidade, A agenda 21, Declaração para o meio ambiente e desenvolvimento sustentável, e proteção das Florestas.

No âmbito da viabilidade financeira na execução de projetos de âmbito sustentável, o Banco Mundial ocupou papel decisivo no início da década de 90, com a concessão de empréstimos internacionais para a implantação do Programa Nacional do meio ambiente no Brasil, captando especial interesse a Hipótese da Curva Ambiental de Kuznets (CAK)²¹⁸. Com a publicação do *World Development Report*²¹⁹ do Banco Mundial (1992)²²⁰, denominado “Desenvolvimento e Meio Ambiente), onde analisa e conclui que a longo prazo o crescimento econômico permite efeitos benéficos sobre o Estado do Meio ambiente.

Junto aos tradicionais instrumentos tais como os contratos administrativos e concessões de obras e serviços, o momento de descentralização dos serviços públicos foi impulsionado a partir do final da década de 90. Inaugura-se a chamada fase de descentralização da gestão ambiental, possibilitando a união de esforços entre o setor público e o privado (financiador) para a preservação e restauração socioambientais, em áreas deficitárias no Brasil, com maior participação popular, transparência e possibilidade de controles sociais.

Essencialmente as parcerias avançaram em setores como saneamento básico, água, esgoto, limpeza urbana, manejo de resíduos, drenagem, águas fluviais, como novos modelos, em muitas administrações públicas. Esse tipo de prestação de serviços se apresentou como uma alternativa viável, e às

218 Saravia Lopez, V. Alejandra (2005). Evidencias de la relación medio ambiente-economía en el caso latinoamericano. La economía mundial y América Latina. Tendencias, problemas y desafíos Pg. 259-260

219 World Bank. 1992. World Development Report 1992 : Development and the Environment. New York: Oxford University Press. World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/5975> License: CC BY 3.0 IGO

220 Apresenta por primeira vez a relação, em gráficos, entre o produto interno Bruto per capita e cada um dos mais importantes contaminantes.

vezes necessária, e excepcional, diante das inúmeras dificuldades organizacionais, e financeiras, demonstradas pelos entes federativos brasileiros.

Dentro desse marco legislativo, no Brasil, a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, instituiu 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 a Lei 11.445/07 (dos Consórcios públicos) possibilitam às administrações públicas ambientais atuarem através da descentralização, transferindo a execução das atividades, por contrato administrativo de prestação de serviços públicos, ou outorga de concessões públicas a particulares, nessa última hipótese, a administração e o exercício dessas atividades, com risco próprio, regulação estatal, mediante exploração consciente dos recursos ambientais.

A política pública ambiental engloba, portanto categorias que envolvem não somente a prevenção dos danos ambientais, mas também as licenças ambientais, a geração, e processamento dos resíduos sólidos e líquidos, o modelo energético, o controle sobre os impactos das mudanças climáticas, e o regramento sobre o manejo do solo, e dos ecossistemas.

No Brasil, as parcerias das unidades de conservação (UC), implantadas a partir da década de 90, inaugura um novo capítulo na gestão ambiental, muitas vezes impactando em territórios tradicionais e populações de territórios por ela ocupados há muitas décadas.

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC - Lei nº 9.985 de 2000), foi o instrumento norteador para a proteção do patrimônio natural e cultural brasileiro e gestão das UC (BRASIL, 2000), exigindo o protagonismo das comunidades onde, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), se consolidou como o órgão responsável pela administração das áreas protegidas federais. A formalização dessas iniciativas representa um importante caminho para fortalecer e diversificar as atividades desenvolvidas nos programas de visitação das UCs (ICMBIO, 2018), porém esses termos podem ser fragilizados quando há transferência do uso e serviços públicos das UCs para a iniciativa privada.

Outras modalidades de descentralização, via parcerias público privadas, são pertinentes quando, por exemplo, se oportuniza a criação de empresas públicas para a concretização de plano de criação de consórcios públicos (artigo 3º, II, da Lei nº. 11.445/07) através do qual seja possível o gerenciamento, e execução de atividades relacionadas à fiscalização de parques, bacias hidrográficas, saneamento básico, dentre outras modalidades.

Assim, o instrumento das parcerias se adequa, de forma transversal ao conjunto das políticas públicas ambientais pautadas na previsão da Política Nacional de Meio ambiente, garantindo maior efetividade ao SISNAMA, desde quando tais decisões sejam o reflexo da confluência de diversos fatores

com a gestão ambiental transparente, eficiente e com a participação da sociedade civil, e compartilhada de todas as esferas governamentais.

13.3 SITUAÇÃO DA REGULAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS EM MATÉRIA AMBIENTAL EM PERSPECTIVAS DE FUTURO

A onda regulatória dos anos 90 também alcançou o sistema meio ambiental brasileiro, convertido em um conjunto de regramentos que não avançaram em novas políticas públicas. Com decisões pouco impactantes, e às vezes, contraditórias as administrações públicas, entre os estados-membros e municípios, demonstraram certa incapacidade em gerar um novo modelo de investimentos em infraestruturas capazes de ampliar a gestão sócio-ambiental em consenso com o terceiro setor.

A grande tradição centralizadora do Governo Federal permanece intacta, e segue responsável por construir o sistema nacional de meio ambiente, o que impediu, de certa forma, a estrutura de um modelo desconcentrado. As dificuldades operacionais de coordenação no plano federativo brasileiro, dificultaram a elaboração efetiva de uma Política Nacional do Meio ambiente uniforme e estável. Essa realidade também representa um entrave para os novos métodos de gestão, como o das parcerias público privadas.

Os instrumentos de política ambiental falharam na formulação de ações de proteção (GRANZIERA, 2015), onde a partir da própria PNMA traziam ferramentas estratégicas para o sucesso da mesma (MILLARÉ, 2009), no qual a fase de implementação (SECCI, 2010), imprescindível para a resolução de problemas públicos, se mostrou deficitária. Esse seria o aspecto essencial para simbolizar as falhas e limitações das políticas públicas ambientais no Brasil. A ausência de capacidade de identificação de equívocos na tomada de decisão, que, muitas vezes, necessitariam da intencionalidade pública, associada a uma rápida e eficiente resposta também aos problemas sociais como combate às desigualdades e o subdesenvolvimento.

O avanço normativo da PNMA foi um elemento importante, embora não o único, para a sistemática de rotinas viáveis de monitoramento ambiental. Dentro dessa análise concreta, a avaliação de impactos e estratégias de políticas públicas são a garantia necessária para operar de maneira eficaz o sistema. A regulação apenas com base no controle corretivo não tem sido suficiente (LIMA; REI, 2017) para os desafios contemporâneos, dentro de estruturas estatais que requerem a formulação de um processo deliberativo de políticas públicas mais arrojadas, formado por diversos estágios da agenda política, para programar, e controlar, os impactos da toma de decisões.

Aspectos como a contaminação e poluição, repreensão penal de crimes ambientais, controle dos custos ambientais, e políticas de desenvolvimento

sustentável para eliminar as atividades poluidoras e degradantes serviram de referência para as estratégias dentro das possibilidades de proteção, e cumprimento das políticas públicas desenvolvidas nas últimas quatro décadas. Muitas delas, sem muita transcendência em face da falta de estruturas adequadas, e poucos investimentos, e coordenação entre os entes federados para o cumprimento dessas finalidades.

Dentro desse recorrido histórico, a elaboração da lei de crimes ambientais ocupa um espaço fundamental no capítulo referente à responsabilização penal ambiental, consubstanciada pela Lei nº. 9.605/1998 demonstrando que, em certa proporção, a cultura legislativa tem demonstrado ser uma das principais estratégias para assegurar o comando e a confluência de ações institucionais dos entes federativos.

Assim mesmo, a competência ambiental no Brasil esteve ao ritmo da institucionalização da política ambiental, às vezes desconectada dos problemas cotidianos do país, associadas a medidas visando dar respostas a demandas e influenciam externas (ANTUNES, 2000), pontuando ademais na inclusão, na organização institucional do SISTEMA, a possibilidade de participação de organismos não governamentais (MILLARÉ, 2009).

Entre o final da década de 90, e a década de 2000, houve um decréscimo dos gastos orçamentários vinculados à gestão ambiental²²¹. Essencialmente, em “programas administrativos” (MAGALHAES DE MOURA, 2016) com alcance de quase 70% de gastos com a quitação da folha de pagamento de pessoal ativo e inativo).

Os instrumentos previstos pela lei 6.938/81, recepcionados pela Constituição da República, e estruturados no conjunto normativo ambiental da década seguinte estiveram essencialmente dirigidos à Administração pública dentro do conjunto de suas competências, nas ações de prevenção, proteção e atuação direta, e com o poder de polícia, sobre a qualidade ambiental.

A imposição de limites às condições ambientais implica planejamento e gestão ambiental de qualidade, com o uso adequado de instrumentos de avaliação e capacidade técnica para a o cumprimento da política ambiental estabelecida, recursos adequados para o exercício de ações implica estruturas preparadas para cumprir o marco regulatório existente e aprimorá-lo caso necessário.

No caso dos licenciamentos ambientais, as instituições que compõem o SISNAMA, a margem de discricionariedade de cada órgão ambiental ocorre dentro de seus limites competenciais, e o seu controle é cada vez mais questionado (ANTUNES, 2020). E os órgãos ambientais raramente sufi-

²²¹ Segundo dados do IPEA (2017). A principal conclusão dessa análise foi que, no período entre 1993 e 2000, apesar dos compromissos assumidos na Rio-92, os gastos públicos ambientais brasileiros não aumentaram. O gasto federal flutuou entre 0,4% e 1% do produto interno bruto (PIB).

cientemente poderosos para influenciar a maioria das decisões de caráter econômico que gera impactos sobre o meio ambiente.

A etapa de avaliação e seguimento do ciclo das políticas públicas ambientais no Brasil mais além da Constituição federal não foram à preocupação preponderante dos governos, sobretudo após o período de redemocratização.

Os governos industrializados, em contrapartida, seguem desde há mais de vinte anos com grandes preocupações em torno do aprimoramento das técnicas gerenciais dirigidas ao encaixe do desenvolvimento sustentável, controle econômico e cumprimento das normas internacionais em matéria de meio ambiente.

O conceito de economia verde foi proposto pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA, 2011), para a melhora do bem estar humano e a equidade social, e ao mesmo tempo a redução dos riscos ambientais e da escassez ecológica. Ao passo que durante a década de 2000 várias publicações²²² apontam possíveis efeitos das mudanças climáticas sobre enfermidades relacionadas ao clima do Brasil, como questões respiratórias, relacionadas com o calor, má-nutrição, inundações e ausência de saneamento básico.

Nesse cenário de referência, e de tendência Brasil segue contínua, segundo recente relatório da CEPAL²²³ (2020) dependendo em grande medida dos mercados externos para obter bens de alta tecnologia e abastecer a crescente demanda de combustíveis fósseis. Nesse sentido, conclui as estatísticas informando que o crescimento econômico é insuficiente para alcançar os objetivos de redução do problema, ao mesmo tempo em que implica no aumento das emissões de carbono.

A estratégia de prevenção implica menos custos que a reparação dos danos, as implicações ambientais também são econômicas, como apontam os estudos de medição de efeitos e do impacto demográfico, social econômico e ambiental dos desastres da CEPAL²²⁴ sobre os recentes gastos econômicos na reparação das tragédias ambientais (CEPAL, 2014).

A previsão de normas dirigidas ao manejo de políticas de prevenção de riscos ambientais não é suficiente, e, a organização institucional deficiente, e pouco diligente, com redução progressiva dos investimentos para o fortalecimento dos órgãos ambientais fiscalizadores os incapacitam para os processos concebidos pela Constituição. Assim, o espírito da PNMA se apresenta fragilizado, diante da deficiência de planos, programas e projetos de desenvolvimento em execução, ou que contemplem, por exemplo, o maior

222 PETERSON, A. T. y J. Shaw (2003). HOPP, M. y J. FOLEY (2001)

223 Construir un nuevo futuro Una recuperación transformadora con igualdad y sostenibilidad. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46227/1/S2000699_es.pdf

224 Consequências dos efeitos causados pelos eventos como a redução do crescimento econômico e queda no bem-estar das pessoas, dentre outras.

compromisso estatal com a ampliação de investimentos, e reforços administrativos, e operacionais, para suas atuações.

Os relatórios da CEPAL demonstram que o Brasil continua dependente em grande medida dos mercados externos para obter bens de alta tecnologia. Porquanto o crescimento econômico se mostra insuficiente para reduzir a pobreza e as desigualdades regionais o desenvolvimento dos investimentos rurais em larga escala também potencializam o fenômeno do descontrole ambiental associado ao aumento de emissões de carbono, dentre outras hipóteses.

Avaliar o conjunto, e os resultados, da política nacional ambiental implica também incorporar uma prestação de contas, sobre o cumprimento das metas quanto à qualidade, quantidade, custos e melhoramento sucessivo da qualidade das políticas (ORDOÑEZ, 2013) onde, muitas vezes, as restrições reais ao seu avanço residem ao ritmo das ações governamentais que se soma a pluralidade de interesses e expectativas sociais, ademais da complexidade técnica presente nas soluções aos problemas ambientais (COSSÍO & HINESTROZA, 2017)

Portanto, a avaliação ambiental dos setores públicos, necessária ao manejo de informações seguras, com dados reais, e tecnologicamente precisos, proporciona o acesso a cifras e dados estimados que possam ser utilizados e valorados para as estimações e intervenções adequadas.

Assim, esses dados podem auxiliar com maior precisão para a construção de um novo marco institucional de atuação, mais ativa, englobando (as parcerias público-privadas, de maneira ordenada, e eficiente), não somente reativa, aos fatores de degradação associada ao desenvolvimento sustentável efetivo, com a redução de riscos²²⁵ coordenada e encarregada da investigação, capacitação e prevenção ambiental.

Em consequência, atuar em prol da proteção ambiental implica a resolução de problemas fixados pelo cumprimento da Política nacional do meio ambiente forjada há quatro décadas, que, deve estar pautada, como proposição futura, pela unificação de um novo modelo regulatório sistêmico e coordenado.

A necessidade do Estado em regular e controlar as questões ambientais pressupõe em síntese, no fortalecimento financeiro do programa de prevenção, e das instituições públicas organizacionais, e de coordenação efetiva das agências ambientais a nível nacional, estaduais e municipais, bem como do empoderamento da sociedade civil, em gerar soluções integradas.

O fenômeno da descentralização das atividades públicas ambientais, seja como concessão administrativa ou patrocinada, tem encontrado resistências

²²⁵ Vargas (2000) adverte ser muito débil o compromisso político que, com poucas exceções nos sistemas dos países latino-americanos, tem como principal regra a resposta tardia as emergências produzidas, e, somente em casos esporádicos com atos preparatórios e preventivos para o combate aos danos ambientais, portanto, com escassa força preventiva.

operacionais resultantes, principalmente do *modus operandi* das transferências na execução das atividades por contrato administrativo de prestação de serviços, e/ou outorga de concessões públicas a particulares de modo precária, e, por vezes, com prejuízo à administração e, ao próprio meio ambiente, com a delegação de atividades sob a responsabilidade das entidades privadas de forma irregular.

A mitigação dos riscos é algo imprescindível para fortalecer as parcerias, sendo um importante mecanismo de transformação da gestão ambiental. Caso realizada com responsabilidade, e respeito aos objetivos e limites de proteção socioambiental, inclusive através da gestão consciente de recursos públicos, mediante a implementação, e prestação de serviços.

13.4 CONCLUSÕES

A relevante trajetória da lei de Plano Nacional de Meio ambiente demonstra sua importância para a construção do direito ambiental brasileiro e, precisa uma ideia-força que segue viva no sistema normativo brasileiro já que foi reforçada pela recepção da Constituição federal de 1988.

Os critérios ambientais se ampliaram desde 1981. Da Constituição de 1988 até os dias atuais os compromissos ambientais adotados internamente, e ao nível das convenções internacionais, concernem aspectos sociais de transparência democrática, publicização das agendas dos órgãos ambientais e, sobretudo, cumprimento do controle normativo e administrativo pelos líderes políticos da nação e do conjunto da sociedade civil.

O surgimento da temática ambiental no contexto político, e jurídico do Brasil se insere como problema público sob a influência mundial desde a década de 70 e, nesse sentido, o surgimento da PNMA, em 1981 mostra um câmbio de paradigma no Brasil, e, ao mesmo tempo, a intenção de estruturar, por meio de princípios, fundamentos normativos, e de gestão, de todas as alternativas possíveis para o alcance dos objetivos ambientais.

Nesse sentido, a PNMA resulta ser, ainda hoje, um mecanismo normativo extremamente útil para o desenho de um sistema articulado e coordenado pelo Sistema Nacional de meio ambiente – SISNAMA. Sem embargo, as parcerias público-privadas ambientais ainda são insuficientes, e não prosperaram no Brasil com todas as suas possibilidades. Como modalidade específica de concessão de serviços públicos pode ser um mecanismo bastante eficaz dirigida ao efetivo desenvolvimento sustentável, que ainda se apresenta com profundas lacunas para a formulação, e execução de políticas ambientais. Os resultados, os desastres ambientais, como Mariana e Brumadinho, as mudanças climáticas, os desmatamentos e queimadas descontroladas, reforçam, em 2024, importância do papel da autoridade ambiental, mais técnica e reguladora e uma sociedade civil comprometida e responsável, que zele e exija

maior transparência e resultados satisfatórios para as políticas ambientais brasileiras.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- BRESSER PEREIRA (1998). **Economia brasileira: Uma introdução crítica**. 3ed. São Paulo: Editora 34. 1998.
- CEPAL (2003) *Proyecciones de América Latina y el Caribe*, 2003, Serie estudios estadísticos y prospectivos, Naciones Unidas, Santiago. Chile.
- CEPAL (2014). **Manual para la evaluación de desastres**. Naciones Unidas. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/35894/1/S2013806_es.pdf.
- CEPAL (2020). *Construir un nuevo futuro. Una recuperación transformadora con igualdad y sostenibilidad*. 2020. 26 a 28 de octubre https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46227/1/S2000699_es.pdf.
- COSSÍO BALNDÓN, F., HINESTROZA CUESTA, L. (2017). *La evaluación y seguimiento de las políticas ambientales: una etapa en el olvido*. *Advocatus*, 2 (29). <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.29.1671>.
- GALLASTEGUI ZULAICA, M. Carmen (2011). *Los límites al crecimiento, el cambio climático y la innovación*. Departamento de Análisis Económico I Instituto de Economía Pública. UPV/EHU. RBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura. Vol. 1 87 - 752 noviembre-diciembre.
- HERMANN, Benjamin (1999). **Legislação Ambiental**. São Paulo: Imesp. 2. ed., 1999.
- HOPP, M. y J. FOLEY (2001). *Global-scale relationships between climate and the dengue fever vector, Aedes aegypti*. *Climatic Change* 48: 441-463.
- ICMBIO- Instituto Chico Mendes de Biodiversidade. **Turismo de Base Comunitária em Unidades de Conservação Federais: Princípios e Diretrizes**. Acesso em: 10 de agosto de 2024. https://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/comunicacao/publicacoes/turismo_de_base_comunitaria_em_uc_2017.pdf.
- IPEA (2017) Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro. **Gastos ambientais no Brasil: proposta metodológica para aplicação no orçamento federal**. http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8201/1/TD_2354.pdf.
- LIMA, José Luiz. **Políticas de governo e desenvolvimento do setor de energia elétrica: do Código de Águas à crise dos anos 80, 1934-1984**. Rio de Janeiro: Centro da Memória da Eletricidade do Brasil, 1995.

- MAGALHÃES DE MOURA, Adriana Maria (2016) **Governança Ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/6800>.
- MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MONOSOWSKI, E. **Políticas ambientais e desenvolvimento no Brasil**. São Paulo: Cadernos FUNDAP, 1989.
- ORDOÑEZ, G. **Manual de análisis y diseño de políticas públicas**. Colombia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- PETERSON, A. T. y J. SHAW (2003). *Lutzomyia vectors for cutaneous leishmaniasis in Southern Brazil: ecological niche models, predicted geographic distributions, and climate change effects*. *International Journal for Parasitology*.
- PNUMA. (2011). *Hacia una economía verde: Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza. Síntesis para los encargados de la formulación de políticas*. New York: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Recuperado de: www.unep.org/greeneconomy.
- RIBEIRO, V. P. (1977) **Qualidade do ambiente e seus reflexos econômicos e sociais**. Ministério do Interior, Brasília, DF.
- SARAVIA LOPEZ, V. Alejandra. (2005). *La economía mundial y América Latina. Tendencias, problemas y desafíos Producto Interno Bruto; Distribucion del Ingreso; Política Economica; Política Ambiental; Medio Ambiente; Economia; Economia Ambiental*; CAK, Curva Ambiental de Kuznets. Buenos Aires. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20101013125319/10ParteII5.pdf>.
- SAUER, I. **Um novo modelo para o setor elétrico brasileiro**. São Paulo: Programa de Interunidades de Pós-graduação de Energia/USP, 2002.
- SECCHI, Leonardo. (2010) **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise e casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning.
- VARGAS, José Enrique (2002). CEPAL - SERIE **Medio ambiente y desarrollo**. Políticas públicas para la reducción de la vulnerabilidad frente a los desastres naturales. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5749/S2002612_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- WORLD BANK. 1992. **World Development Report 1992: Development and the Environment**. New York: Oxford University Press. World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/5975> License: CC BY 3.0 IGO.

14

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPS) NO SETOR MINERÁRIO

*Alison Mendes Nogueira²²⁶
Guilherme Rodriguez de Macedo²²⁷*

14.1 INTRODUÇÃO

Nos termos do art. 175 da Constituição Federal, incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

A Lei n. 8987/1995 introduziu no ordenamento brasileiro a figura da concessão de serviços públicos.

A Lei n. 11.074, de 30 de dezembro de 2004, implantou o modelo de Parcerias Público Privadas no Brasil e ampliou o leque de possibilidades de serviços prestados pelo Poder Público em parceria com a iniciativa privada, ao prever duas modalidades de concessão, a patrocinada e a administrativa.

Dessa forma, as PPPs são reguladas pela Lei nº 11.079/2004, que estabeleceu normas gerais para licitação e contratação no âmbito União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Constituem um instrumento por meio do qual o setor

²²⁶ Advogado. Pós-Graduado em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Advogado no escritório Machado Mendes Sociedade de Advogados.

²²⁷ Advogado no escritório Machado Mendes Sociedade de Advogados.



privado fornece bens e serviços tradicionalmente providos pelo setor público.

A Parceria Público-Privada configura um acordo de colaboração entre uma entidade governamental e uma empresa privada para a execução de projetos de interesse público, incluindo operação, construção, manutenção e infraestrutura dos serviços públicos.

Demonstrar-se-á que as Parcerias Público-Privadas (PPPs) são arranjos colaborativos entre governos e entes privados em busca de maior eficiência na entrega de serviços públicos de qualidade à população.

Nesse contexto, com o presente artigo, busca-se abordar a possibilidade de aplicação das PPPs no âmbito do direito minerário, como alternativas para o desenvolvimento da atividade de forma sustentável e com contrapartidas satisfatórias para o Poder Público e para a própria Coletividade

Isso porque, a Administração Pública tem encontrado na celebração das Parcerias Público-Privadas (PPPs) uma alternativa para a garantia de direitos fundamentais à população, como o direito à saúde, ao transporte, à educação e ao meio ambiente sustentável.

Demonstrar-se-á que os contratos firmados com fulcro na Lei n. 11.079/04 possuem uma divisão de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado nas várias etapas de um projeto de PPP, contudo, a legislação não dispõe de critérios pré-estabelecidos para alocação destes riscos.

Todavia, o projeto de PPP deve ser respaldado por mecanismos de garantias estabelecidos no contrato.

Ver-se-á que as Parcerias Público-Privadas (PPPs) constituem uma importante ferramenta para a prestação de serviços de qualidade à população. E, em matéria ambiental, será fundamental a cooperação e eficiência, resultantes de proteção ambiental compartilhada entre poder público, setor privado e sociedade, o que se mostra ainda mais importante, em atividades que notoriamente causam grande impacto, como a mineração.

Será utilizada a metodologia do tipo exploratória, de cunho qualitativa, com análise jurisprudencial, conjugada com revisão bibliográfica através da consulta em teses, dissertações, artigos científicos e doutrinas de autores que debatem direta ou indiretamente as questões teóricas que integram o objeto do presente estudo.

14.2 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: CONCEITUAÇÃO E CARACTERÍSTICAS

As PPPs são contratos administrativos, na modalidade patrocinada ou administrativa, cujo prazo de vigência pode perdurar de cinco a 35 anos, tendo como objetivo “estabelecer vínculo obrigacional entre o Poder Público e o setor privado para a implantação ou gestão de serviços e atividades públicas. (FERRAZ, 2008, p. 212)

As parcerias público-privadas configuram contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, com ou sem a execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público. (DI PIETRO, 2013, p. 353)

A adoção das PPPs no Brasil começou a ganhar forma no final da década de 1990 e início dos anos 2000, durante um período de reestruturação econômica e administrativa do país. A necessidade de modernizar a infraestrutura e melhorar os serviços públicos, juntamente com restrições fiscais, incentivou o governo a buscar novas formas de financiamento e gestão. (LEITÃO, 2024, p. 01)

O Tribunal de Contas da União conceitua Parcerias Público-Privadas (PPP) como contratos de concessão em que o parceiro privado faz investimentos em infraestrutura para prestação de um serviço, cuja amortização e remuneração é viabilizada pela cobrança de tarifas dos usuários e de subsídio público (PPP patrocinada) ou é integralmente paga pela Administração Pública (na modalidade de PPP administrativa).²²⁸

Assim, reunindo os conceitos já destacados, uma PPP pode ser conceituada, como um contrato entre a administração pública e um particular, cujo objeto é (1) a delegação de serviço público mediante remuneração parcial ou totalmente custeada pelos cofres públicos (concessão subsidiada) ou (2) a execução de obra necessária à prestação de um serviço, cujo pagamento se prolongará durante o período de garantia (concessão administrativa). A definição mais precisa do objeto da PPP foi uma colaboração essencial do jurista paulista Carlos Ari Sunfeld para o aperfeiçoamento do projeto. Portanto, a PPP é e não é uma real inovação no cenário brasileiro. É uma inovação porque permite ao poder público captar investimentos privados para projetos que anteriormente dependiam apenas de recursos públicos. Não é uma inovação porque as regras aplicáveis são basicamente, as da concessão de serviço público. Mas a grande questão envolve o potencial de benefícios e problemas que a PPP poderá trazer. Todos estão de acordo que o Brasil precisa de investimentos para continuar a crescer e que a iniciativa privada dispõe de recursos para investir. Também é evidente que a PPP será um instrumento relevante para atender às necessidades públicas. Mas a concordância vai apenas até esse ponto... Há um aspecto essencial, problema e solução ao mesmo tempo. A sociedade civil tem de ser tratada como sujeito, não como objeto, na discussão e implantação da PPP. Se existe inovação indispensável na Lei das PPPs é dar à sociedade a participação ampla e efetiva

²²⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO — TCU. **Parcerias público-privadas**. Disponível em: www.migre.me. Acesso em: 02 de out. de 2024.

na discussão e definição dos contratos. Afinal, a sociedade é quem pagará a conta. (JUSTEN FILHO, 2004, p. B-10).

Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado explicam a lógica por traz da necessidade de investimentos para a realização da PPP:

A principal razão para se fazer uma PPP são os ganhos de eficiência que a participação privada pode trazer para a prestação do serviço e a expectativa de transferência de tais ganhos para os usuários e para o Poder Público. Ganhos de eficiência tendem a ser proporcionais à escala do projeto. Quanto maiores os valores envolvidos no projeto, maior o espaço para a produção de eficiência pelo parceiro privado. Ora, só faz sentido fazer-se uma PPP se os ganhos de eficiência que dela decorrem compensarem os altos custos da sua estruturação. (RIBEIRO; PRADO, 2007, p. 76)

Diante de um quadro com baixa capacidade de financiamento para prestação de serviços públicos e obras de infraestrutura, a parceria entre Estado e privado passou a ganhar ênfase, principalmente a partir do programa de Reforma do Estado, que começou a ser desenvolvido no Brasil do início da década de 90. Desta forma, na última década do século XX, as principais características do Estado de prestador, produtor, interventor e protecionista são enfraquecidas, passando este a atuar principalmente como agente regulador da atividade econômica. Com isso, é essencial referenciar as privatizações, que foram alicerces importantes desse novo momento neoliberal que marcava a conjuntura brasileira. (SOUZA, 2014, s/p).

Há que se destacar algumas características basilares da PPP: o investimento privado é amortizado pela exploração econômica do empreendimento (ou pela contraprestação pecuniária do ente público); o pagamento ao particular só ocorre após a efetiva disponibilização do serviço; a remuneração do contratado é uma contrapartida pela utilidade-fim (e não uma remuneração individualizada por tarefa); a PPP visa obter a máxima eficiência na aplicação dos recursos públicos e, para tanto, “o contratado assume obrigações de resultado e não apenas de meio, e tem flexibilidade na forma de execução”. (TEIXEIRA, 2008, p. 256)

Desse modo, em linhas gerais, as características principais de uma PPP são: agilidade, transparência, eficiência, controle, fiscalização e longo prazo. Evidentemente, tal instituto gera maior benefício para os cofres públicos, eficiência na prestação de serviços, fortalecimento da gestão pública com a possibilidade de contar com o capital privado, maior índice de empregabilidade e movimentação da economia.

Duas questões permeiam o debate econômico em torno da justificativa de se adotar um programa de parcerias público-privadas: a obtenção de espaço orçamentário para viabilizar investimentos em um quadro de restrição

fiscal e a eficiência na prestação de serviços públicos. (BRITO; SILVEIRA, 2005, p. 07)

Assim, são argumentos justificadores da adoção de PPP: a falta ou insuficiência de recursos financeiros e a eficiência da gestão no setor privado.

Entusiastas da prática enxergam que o modelo de PPP traz benefícios para ambos os setores, por meio da possibilidade de ganhos de eficiência e atração de capital de risco (Grimsey e Lewis, 2005), redução de incertezas de longo prazo (Van Ham e Koppenjan, 2001), desenvolvimento de novos produtos e serviços (Hodge e Greve, 2007), estímulo ao empreendedorismo e inovação (Klein *et al.*, 2010), capacidades complementares (Rangan, Samii e Van Wassenhove, 2006) e maior respeito a orçamentos e cronogramas, normalmente pouco confiáveis em processos tradicionais de aquisição do poder público (Grimsey e Lewis, 2004).

A principal vantagem de uma PPP é que o poder público pode promover ações que não teria recursos técnicos e financeiros para fazer se não houvesse o acordo com uma empresa. Para a população, as parcerias são garantia de estabilidade na execução da obra ou serviço, sem interrupção na troca de governo. Em contrapartida, há desvantagens. Em alguns casos, o contrato de concessão pode sair mais caro para o poder público se não for feita a parceria e trazer desequilíbrio financeiro. Por isso, é fundamental a elaboração de um bom contrato. (SOUZA, 2023, p. 18)

As parcerias público-privadas têm sido adotadas com sucesso em diversos ordenamentos jurídicos, como entre outros, os de Portugal, Espanha, Inglaterra e Irlanda e apresentam como justificativa dois pontos fundamentais, sobretudo em relação aos países ainda em desenvolvimento: *a falta de disponibilidade de recursos financeiros e a eficiência da gestão do setor privado*. Por outro lado, são instrumentos adequados para investimentos no setor privado, além de servirem para importantes ações de infraestrutura. (NÓBREGA, 2011, p. 60)

14.3 CLASSIFICAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A Lei Federal nº 11.079 de 30.12.2004, marco regulatório nacional das PPPs, consolida as diretrizes e as condições para a contratação das PPPs. Segundo esse diploma legal a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão na modalidade de “concessão patrocinada” ou “concessão administrativa”.

Diante disso, as PPPs podem ser constituídas sob duas modalidades: PPP patrocinada e PPP administrativa. Tal classificação é vinculada, essencialmente, à forma de remuneração do parceiro privado.

A concessão patrocinada é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário

ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado. (DI PIETRO, 2007, p. 286)

Por sua vez, 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. Nessa modalidade, o parceiro público é o usuário direto ou indireto do serviço objeto da PPP – ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens – sendo o responsável pelo pagamento das contraprestações devidas ao concessionário.

Assim, na concessão administrativa toda remuneração advém do parceiro público, enquanto na concessão patrocinada, a remuneração se dará, parte com recursos públicos e parte com recursos privados.

Curiosamente, embora a concessão de serviços públicos clássica seja adotada para poupar investimentos públicos ou para acudir à carência deles, e esta última razão sempre foi a habitualmente apontada, entre nós, como justificativa para a introdução das PPPs, a lei pressupõe que na modalidade patrocinada a contraprestação pecuniária a ser desembolsado [sic] pelo Poder Público poderá corresponder a até 70% da remuneração do contratado ou mais que isto, se houver autorização legislativa (art. 10, §3º). Logo, é possível, de direito, que alcance qualquer percentual, desde que inferior a 100%. Seguramente, este não é um modo de acudir à carência de recursos públicos; antes, pressupõe que existam disponíveis e implica permissão legal para que sejam despendidos: exatamente a antítese das justificativas apontadas para exaltar este novo instituto. (MELLO, 2007, p. 749)

Desse modo, pode-se conceituar a PPP na modalidade patrocinada como o contrato de concessão especial, por meio do qual o parceiro privado presta um serviço público à sociedade, cabendo-lhe a responsabilidade pelos investimentos em infraestrutura, sendo sua remuneração oriunda do pagamento de tarifa pelos usuários e de contraprestação pelo parceiro público. Diferentemente do que ocorre na modalidade patrocinada, na concessão administrativa o usuário, direto ou indireto, dos serviços ofertados pelo ente privado, é a própria administração pública, cabendo a ela, com exclusividade, pagar a remuneração ao parceiro privado. (THOMÉ; RAMOS, 2016, p. 265)

O quadro abaixo sintetiza bem a questão analisada²²⁹:

Característica	PPPs		
	Concessão comum	Concessão Patrocinada	Concessão Administrativa
Valor do contrato	Não há limite legal	Mínimo de R\$ 10 milhões	Mínimo de R\$ 10 milhões
Prazo	Contrato deve dispor, porém sem limite legal. Prazos indeterminados são vedados pela jurisprudência	5-35 anos	5-35 anos
Remuneração da Concessionária	Tarifa paga pelo usuário final (+receitas acessórias)	Tarifa paga pelo usuário final + contraprestação pública (+ receitas acessórias)	Contraprestação pública (+ receitas acessórias)
Recursos pagos diretamente pela Administração	Em regra não há. Exceção: subsídios (art.17 da Lei nº 8.987/1955)	. Contraprestação pública . Aporte de recursos (pode existir ou não)	. Contraprestação pública . Aporte de recursos (pode existir ou não)
Tarifa do usuário final	Sim	Sim	Não
Riscos	Embora não haja, obrigação legal, é recomendado que o contrato disponha a respeito da alicação específica dos riscos entre as partes	Em virtude de obrigação legal, a repartição objetiva dos dos riscos entre as partes é cláusula obrigatória	Em virtude de obrigação legal, a repartição objetiva dos riscos entre as partes é cláusula obrigatória
Garantias prestadas pelo setor público	Não se aplica	Recomendável	Recomendável

Uma das questões controversas é o fato de a PPP, especialmente na modalidade administrativa, constituir-se, em verdade, de uma simples contratação de serviços pela administração pública (e não de uma efetiva parceria), o que exigiria, desse modo, a observância das regras e limitações da Lei Nacional de Licitações que, entre tantas condições, limita a vigência do contrato em cinco anos, enquanto a Lei das PPPs permite que tal vigência seja de até 35 anos. (THOMÉ; RAMOS, 2016, p. 275)

No Estado de Minas Gerais o avanço dos projetos de PPPs e concessões está impulsionado pela atuação da Codemge – Companhia de Desenvolvimento de Minas Gerais, empresa estatal integrante da administração pública indireta. A Codemge atua como braço de estruturação e modelagem do governo estadual em concessões e PPPs. São projetos que aceleram o acesso a serviços essenciais e melhoram a gestão do recurso público. Em andamento, destacam-se as iniciativas para universalização do saneamento nos Vales do Jequitinhonha e do Mucuri, o programa Cidades do Futuro, a estruturação de um novo complexo de saúde em Minas Gerais e o Plano Estadual de

Logística de Transportes (Pelt-MG), além de projetos de infraestrutura que promovem o desenvolvimento econômico e social do Estado²³⁰. (CODEMGE, 2024, p. 01)

No âmbito do Estado de Minas Gerais, mais de 15 projetos foram estruturados, entre eles a Rodoviária de BH, o Mineirinho, os parques estaduais da *Rota Lund*, o Rodoanel Metropolitano e lotes rodoviários, somando mais de R\$ 20 bilhões em investimentos viabilizados. Essa realidade comprova o potencial das PPPs em ampliar o desenvolvimento sustentável por meio de uma gestão eficiente, social e inovadora. Também foram retomados os investimentos diretos em recuperação de rodovias e em obras de infraestrutura. (CODEMGE, 2024, p. 02)

A duração do contrato varia entre 5 e 35 anos²³¹. Anteriormente, o valor do contrato deveria ser, obrigatoriamente, superior a R\$20 milhões. Todavia, a Lei 13.529/2017 alterou a redação da Lei 11.079/2004, **reduzindo de 20 para 10 milhões de reais** o valor mínimo do contrato de Parcerias Público-Privadas (PPP)²³². A justificativa para alteração do valor mínimo foi porque o alto valor antes definido, dificultava, por exemplo, que municípios de pequeno porte desenvolvessem projetos importantes com ajuda da iniciativa privada.

Em se tratando de PPPs, são necessários monitoramento contínuo, ações conjuntas, divisão de riscos, responsabilidades entre as partes, formas híbridas de cooperação e governança, com o intuito de solucionar os problemas inerentes à relação contratual público-privada.

A Lei 11.079/2004 inovou com respeito à teoria do risco nos contratos de concessão de serviço público, pois, destaca, como diretriz da contratação e cláusula obrigatória do contrato, a “repartição objetiva de riscos entre as partes”.

Obviamente, em se tratando de PPPs, os riscos devem ser avaliados com cautela. Questão inovadora nesses contratos é exatamente a previsão legal da divisão de riscos.

Os riscos enfrentados por empreendimentos como as PPPs são comumente agrupados da seguinte maneira: a) **de construção**, relacionado com problemas no projeto, custos subestimados e atrasos na execução; b) **de financiamento**, relacionado com variações nas taxas de juros e de câmbio, e

²³⁰ Na capital mineira, por exemplo, o *BeFly* Minascentro, a Serraria Souza Pinto e a Rodoviária de BH são modelos exitosos de parceria entre as esferas pública e privada. No interior, o Grande Hotel de Araxá e o Palace Poços de Caldas são outros exemplos bem-sucedidos. Entre os inúmeros benefícios dessas parcerias estão a geração de emprego e renda, melhoria na qualidade do serviço prestado à população e economia aos cofres públicos. (CODEMGE, 2024, p. 02)

²³¹ Neste período, o serviço ou a obra serão administrados pela iniciativa privada. Passado este prazo, o Estado deverá assumir o bem.

²³² Não há teto máximo. A legislação veda a celebração de contratos cujos únicos objetivos sejam o fornecimento de mão de obra, equipamentos ou execução de obras públicas.

de outros fatores relevantes para a determinação dos custos financeiros; c) **de desempenho**, relacionado com a disponibilidade do ativo e a continuidade e qualidade dos serviços ofertados; e) **de valor residual**, relacionado com o futuro de preço de mercado de um ativo. (PAIVA; ROCHA, 2005, p. 07)

A distribuição de riscos entre os parceiros, além das hipóteses de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, às quais a lei faz expressa menção, também deve abarcar os riscos próprios da álea ordinária (ou empresarial) e outras circunstâncias relacionadas com a álea administrativa – na qual a doutrina já inclui o fato do príncipe –, como o fato da administração e até mesmo a alteração unilateral do contrato, pois que essa prerrogativa da Administração Pública, albergada pela supremacia do interesse público, não foi e nem deveria ser derogada pela Lei das PPP, embora não se coadune com o grau de segurança que se pretende imprimir aos contratos de parceria. (POLTRONIERI, p. 2005, 77)

A repartição dos riscos entre o parceiro público e o privado, em geral, tem sido vista como remédio, em favor deste último, para as distorções da teoria do risco no regime de concessão comum, a qual acabaria por transferir ao particular o cumprimento de todos os princípios do artigo 37 da Constituição Federal, que dispõe sobre a Administração Pública. Por outro lado, vislumbra-se que o dispositivo da Lei 11.079/2004 permitiria a atribuição de responsabilidade aos agentes privados em decorrência de eventos que, tradicionalmente, são considerados excludentes dessa responsabilidade, o que iria de encontro à orientação que perpassou toda a elaboração do projeto de lei. (ZYMLER, 2005, p. 301)

Para uma parceria bem-sucedida, deverá ser definido em contrato os índices a serem cumpridos por parte da empresa. E o poder público também deve garantir, em contrato, as garantias financeiras para que o parceiro possa confiar que será remunerado. Conforme o projeto é executado, de forma periódica, é realizada uma avaliação de desempenho com o objetivo de verificar se o que foi acordado está sendo realizado. (SOUZA, 2023, p. 08)

Além disso, deve haver ampla publicidade dos termos dos contratos originais, bem como das eventuais renegociações, além de acompanhamento, fiscalização dos contratos de concessões e controle externo.

14.4 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SETOR MINERÁRIO

A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Por sua vez, a Lei 11.445/07 (dos Consórcios públicos) possibilita às administrações públicas ambientais atuarem através da descentralização, transferindo a execução das atividades, por contrato administrativo de prestação de serviços públicos, ou outorga de concessões públicas a particulares.

Os mecanismos de proteção ao meio ambiente não são, de forma alguma, impeditivos ao exercício da atividade produtiva. Ao contrário, dentro de uma visão moderna e inteligente da Administração Pública, orientada para o cumprimento de suas funções conforme os preceitos insculpidos no art. 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência), o Estado é o primeiro interessado no progresso socioeconômico. Dentro dessa perspectiva, os órgãos ambientais são estimulados a criar mecanismos de orientação e licenciamento das atividades econômicas. Em razão disso, todos os esforços deverão ser no sentido de fomentar a produção e os serviços de forma sustentável, nunca criar empecilhos deliberados ou desnecessários. (FREIRE, 2005, p. 158)

Projetos de Parcerias Público-Privadas no setor da habitação, transportes, saneamento sanitário, energia e inovação alcançam vários Estados do país: a) em São Paulo destaca-se Concessão Administrativa destinada à implantação de habitações de interesse social e mercado popular na cidade de São Paulo, juntamente com o acompanhamento de infraestrutura urbana e equipamentos públicos e da prestação de serviços; b) no Espírito Santo cite-se a Concessão Administrativa para a ampliação, manutenção e operação do sistema de esgotamento sanitário do Município de Cariacica; c) Em Angra dos Reis, realça-se a Concessão Administrativa para a prestação de serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos na área da PPP; d) Em Petrolina, ressalta-se a Concessão Administrativa para a execução de obras e prestação de serviços relativos à modernização, efficientização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura da rede municipal de iluminação pública; e) Na Bahia, frisa-se a Concessão Patrocinada para operação, manutenção e revitalização do Sistema Viário BA-052. Além disso, a construção de Ponte-Travessia sobre o Rio São Francisco entre os municípios de Xique-Xique e Barra.²³³

O Brasil é na atualidade um dos maiores produtores e exportadores de bens minerais. Pela grandeza da indústria mineral brasileira, que gera bilhões de dólares em sua produção anual, espera-se que os locais, que abrigam grandes minas e movimentam recursos financeiros significativos, proporcionem maior padrão de vida à sua população, uma vez que a introdução deste setor industrial dinamiza a região com o oferecimento de serviços diversos e, conseqüentemente, atrai trabalhadores e movimenta o comércio local (FERNANDES; LIMA; TEIXEIRA, 2007; FARIA, 2002). O estímulo às parcerias público-privadas (PPPs) de impacto social é estratégico para o Brasil, não apenas por possibilitar que o Estado delegue a gestão de serviços públicos a entidades não-governamentais, mas também por viabilizar avanços em áreas cruciais para o desenvolvimento sustentável do país, como o empenho para as mudanças climáticas. A criação de PPPs na área de meio

233 Informações disponíveis em www.radarppp.com.br. Acesso em 04 de out. de 2024.

ambiente permite uma distribuição mais equitativa dos custos e riscos associados às ações de mitigação e adaptação, ao mesmo tempo em que catalisa o desenvolvimento de tecnologias limpas e soluções de baixo carbono. Empresas privadas podem trazer investimentos, expertise em pesquisa e desenvolvimento, bem como eficiência operacional, enquanto o setor público oferece orientação regulatória, acesso a recursos financeiros e uma plataforma para envolvimento comunitário. Além disso, tais parcerias podem estimular a inovação e a competitividade econômica, criando oportunidades para novos modelos de negócios sustentáveis e impulsionando a transição para uma economia de baixo carbono. Ao trabalharem juntos, governos e empresas podem enfrentar os desafios do aquecimento global de forma mais eficiente, construindo assim um futuro mais resiliente e próspero para as gerações futuras. (REDE JUNTOS, 2024, p. 01)

Mineração é a atividade destinada a pesquisar, descobrir e aproveitar os recursos minerais. Possui características que a diferenciam das demais atividades produtivas, impondo exegese especial na aplicação do Direito Minerário. A percepção dessas peculiaridades constitui unanimidade entre os estudiosos desse ramo do direito.²³⁴ (FREIRE, 2010, p. 10)

O mesmo autor pondera que o Direito Minerário, por abrigar normas que regulam uma atividade especial, deve ser interpretado com observância de seus princípios, sempre buscando harmonizar os interesses público e privado. (FREIRE, 2010, p. 202).

Mata Sylvania Velarde complementa:

A mineração não pode esperar ciclos de evolução de natureza para desenvolver. Dessa forma, não pode se sujeitar a interesses menores que aquele definido na norma constitucional, devendo as suas normas ser interpretadas de maneira a possibilitar a sua absoluta estabilidade. (VELARDE, 1986, p. 02)

Para uma breve incursão nas normas que regem a atividade minerária nacional, cabe destacar que a Constituição Federal em seu art. 20, inciso IX, relaciona, entre os bens da União, os recursos minerais, “inclusive os do subsolo”, *in verbis*: “Art. 20. São bens da União: [...] IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo.”

Por estes motivos, um dos Princípios que mais se destacam no Direito Minerário é o Princípio da Prevalência da Mineração sobre a maioria das atividades econômicas e sobre os interesses privados, também denominado por alguns doutrinadores, como “Princípio da Supremacia do Interesse Pú-

²³⁴ O autor destaca que o Direito Minerário constitui ramo autônomo do Direito que passou por considerável expansão. Mesmo sendo certo que não há autonomia absoluta a nenhum ramo do Direito, o Direito Minerário encerra princípios diferenciadores e conteúdo que merece estudo por ramos próprios. (FREIRE, 2010, p. 21)

blico sobre o Privado” (a exemplo de Eliane Pereira Rodrigues Poveda, Silvia Helena Serra e Hildebrando Herrmann).

Tal princípio pode ser encontrado em vários dispositivos legais, como por exemplo, no art. 27 do Código de Mineração, o qual determina que o titular de autorizações de pesquisa poderá realizar trabalhos, obras e serviços, em terrenos públicos ou privados, desde que pague aos proprietários ou posseiros a renda pela ocupação, assim como indenização por eventuais danos causados pela atividade desenvolvida.

o direito de propriedade exatamente porque representa função social da propriedade.

O Código de Mineração assegura, ainda, a possibilidade de instituição de servidões minerais, por parte do Poder Concedente (ANM ou MME), tanto para a área em que localizada a lavra, quanto para os elementos acessórios (como vias de acesso, obras de escoamento de água e transmissão de energia elétrica).

Mas também é possível que outros entes estatais (como os Estados) estabeleçam servidões administrativas (regidas pelo Decreto-Lei n.º 3.365/1941, e não pelo Código de Mineração), a partir de declaração de utilidade pública, para fomentar a atividade mineral, ainda que realizada pelo setor privado, por ser de forte interesse público (BARROSO, 2010, p. 35, MINAS GERAIS, 2014, P.17).

As propriedades do solo e minerária constituem assim, uma dupla propriedade, sendo incorreto referir-se a superficiário para indicar o possuidor ou posseiro do solo, já que a União também sempre é superficiária. Todavia, o aproveitamento dos recursos minerais, ou o direito à propriedade minerária, pertencente à União, é prioritário sobre o direito à propriedade do solo, em função da utilidade pública do aproveitamento industrial das minas e jazidas, declarada no art. 5º, “f”, do Decreto-Lei 3.365/19415.

O Código Civil ratifica em seu artigo 1.230, a exceção ao direito de propriedade, quanto aos recursos minerais encontrados em terrenos particulares: “Art. 1.230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais.”

Neste contexto, resta evidenciado, que não existe incompatibilidade absoluta entre a prática da mineração e a preservação do meio ambiente, mesmo quando se aceita que as atividades minerárias sejam geralmente degradantes do meio ambiente e, em alguns casos, localmente poluidoras. (RIBEIRO, 2005, p. 452)

Mesmo porque, ao fim, o bem explorado pertence ao próprio Estado, sendo apenas concedida a autorização ao Particular para que promova a exploração, arcando com os pagamentos das contrapartidas em favor da União Federal, e em estrita observância às normas e condições impostas no licen-

ciamento ambiental para que a atividade se desenvolva com o menor impacto possível.

Nesse sentido, arremata Iran Ferreira Machado;

É falsa a afirmação de que a mineração é a atividade econômica mais agressiva ao meio ambiente. Outras atividades, tais como a agricultura, a petroquímica, a siderurgia, as grandes barragens e a própria urbanização, têm características mais impactantes do que a mineração. (MACHADO, 1995, s/p)

Logo, não pairam dúvidas de que muitos problemas ambientais advêm da urbanização desordenada, de questões relacionadas à agricultura e construção de barragens para fins de eletricidade, dentre outros.

A atividade minerária demanda peculiaridades específicas, principalmente em um país como o Brasil, em que os recursos minerais são variados.

Existem atividades ambientais, incluindo-se contrapartidas necessárias para o desenvolvimento de atividades minerárias em determinadas, bem como, medidas mitigadoras de danos ambientais já verificados em razão de explorações desordenadas ocorridas no passado, que não possuem um retorno financeiro interessante em comparação com o risco que envolvem. Em hipóteses tais, tem surgido como uma solução excepcional e subsidiária, a utilização de uma nova forma de contratação pública com os particulares, a parceria público-privada, que permite uma melhor alocação dos riscos da atividade em compartilhamento com o setor público, bem como uma subvenção com verba estatal para viabilização da sustentabilidade econômica do projeto. Dentre as vantagens que se pode ter nos projetos ambientais por parcerias público-privadas, evidenciase a maior segurança na prestação dos serviços, porquanto suas principais diretrizes são sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria, responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias, e repartição objetiva de riscos entre as partes (art. 4º, IV, VI e VII, da Lei nº 11.079/04), além de que necessita de autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a sua opção, com a submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, bem como licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir (art. 10, I, “a”, VI e VII, da Lei nº 11.079/04). (CALDAS, 2010, p. 08/09)

Já em momento licitatório, a Administração Pública adota mecanismos de garantias em seu edital, como as pré-condições para participação na concorrência, principalmente o fato da empresa interessada necessariamente dispor de índices contábeis mínimos, garantindo uma condição econômico-financeira para se responsabilizar pelo empreendimento de alto custo. Além

disso, o contrato dispõe de garantias e seguros capazes de mitigar os riscos ou até mesmo tentar evitá-los.²³⁵ (AMARAL; CÉSAR, 2019, p. 04)

A Companhia de Desenvolvimento de Minas Gerais (Codemge), juntamente com o Escritório das Nações Unidas de Serviços para Projetos (UNOPS) promoveram na data da 19/09/2024 um evento de grande porte, com o intuito de fortalecer e estruturar as PPPs voltadas para o desenvolvimento sustentável.²³⁶

Na ocasião, destacou-se que a estruturação de projetos de PPPs com a perspectiva sustentável é uma forma de garantir uma melhor prestação de serviços públicos, com foco nas pessoas que mais precisam:

A ideia foi reforçada pelo diretor de Projetos Estratégicos e Mineração da Companhia, Daniel Raemdonck. “Nossa obrigação não é só construir infraestrutura, hospital e escola. É pensar como isso afeta nosso município, nosso estado, e como podemos impactar social e economicamente a sociedade por meio dos projetos”.²³⁷

Em termos de aplicabilidade ambiental do modelo das parcerias público-privadas, cite-se a criação recente de um fundo para reflorestamento (que também depende de autorização da Comissão de Valores Mobiliários – CVM), anunciado pela Vale S/A, a qual contará com 40% (quarenta por cento) dele juntamente com os fundos de pensão Petros (Petrobras) e Funcef (Caixa Econômica Federal), e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), com uma participação de 20% (vinte por cento) cada. O objetivo é financiar o projeto de reflorestamento Vale Florestar, criado em 2007 pela mineradora, acelerando seu cronograma para promover a criação de alternativas econômicas para a população das regiões de florestas que não seja simplesmente queimar a madeira (existente) para fazer carvão, bem como reduzir o desmatamento que contribui para tornar o País o quarto emissor mundial de gases de efeito estufa, ante a liberação, assim provocada, de toneladas de dióxido de carbono (CO₂) na atmosfera²³⁸. (CALDAS, 2010, p. 16/17)

²³⁵ Por exemplo: de acordo com o contrato da concessão da rodovia MG-050, observam-se algumas cláusulas que exigem garantias e seguros aos entes público e privado para celebração do contrato.

²³⁶ O evento contou com o apoio da Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa (UNECE).

²³⁷ ***In Parcerias Público-Privadas podem impulsionar os objetivos de desenvolvimento sustentável, defende UNOPS.*** Disponível em www.brasil.un.org Acesso em 03 de out. de 2024.

Segundo o autor, os investimentos iniciais serão feitos na Vale Florestar S.A., sociedade de propósito específico que será constituída, com o plantio de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) hectares de árvores no Brasil até 2022 – 300.000 (trezentos mil) hectares para proteção e recuperação de florestas nativas com árvores nobres e 150.000 (cento e cinquenta mil) para o plantio de eucalipto com fins comerciais –, estimando-se que o fundo de reflorestamento deve ter

Em Minas Gerais destacam-se os contratos envolvendo os projetos de PPP para operação e manutenção do Sistema Rio Manso, a segunda fase da Unidade de Atendimento Integrado e para geração de energia a partir do lixo, na Região Metropolitana de Belo Horizonte.

No âmbito ambiental, em Minas Gerais, destaca-se também a utilização do modelo de PPP para gestão da rota das grutas de Peter Lund.

A Rota das Grutas de Peter Lund é um roteiro de turismo em Minas Gerais que inclui três unidades de conservação. Os espaços envolvidos são: o Parque Estadual do Sumidouro (no qual se encontra a Gruta da Lapinha); o Monumento Natural Estadual Gruta Rei do Mato; e o Monumento Natural Peter Lund (Gruta de Maquiné). A gestão dessas UCs era feita pelo Instituto Estadual de Floresta, vinculado à Secretaria de Meio Ambiente do Estado. Porém, o Instituto Semeia propôs a gestão privada dessas unidades de conservação através de um edital de Parceria Público Privada (PPP). Tal PPP constitui uma modelagem inovadora de uma Parceria Público Privada para Gestão de Unidades de Conservação em uma rota turística. (ROCHA; MADUREIRA, 2013, p. 01)

Em junho de 2023, a Volcano Energy anunciou a captação de US\$ 1 bilhão para a mineração de bitcoin utilizando a energia dos vulcões de El Salvador. A mineradora de 241 megawatts será construída na região de Metapán, em El Salvador, de acordo com o comunicado divulgado pela empresa, e terá o investimento da Tether, emissora da maior stablecoin em valor de mercado atualmente, e do governo local, graças a uma parceria público-privada (PPP). Apesar do foco do projeto ser na energia geotérmica, produzido a partir do calor gerado por vulcões, inicialmente a mineradora será alimentada com 169 MW de energia solar e 72 MW de energia eólica. O uso de energia renovável na mineração de bitcoin é muito defendido, já que o procedimento que valida as transações no blockchain necessita de computadores superpotentes que consomem muita energia elétrica. (REDAÇÃO EXAME, 2023, p. 01)

Segundo a Volcano Energy, este local de mineração pretende ser um “caminho para o futuro geotérmico”.

Por fim, uma possibilidade que se aventa é que futuras PPP's sejam firmadas para recuperações de áreas degradadas, incluindo reflorestamento, limpeza de rios, revitalização de nascentes, etc., cujas contrapartidas do Poder Público envolvam a redução de multas e penalidades aplicadas em face de infratores da própria legislação ambiental. Logicamente, tais medidas não se traduziriam em benefício aos infratores, mas sim, e apenas, em modelos alternativos de cumprimento das penalidades, possibilitando um ganho para o meio ambiente e para a coletividade.

rendimento real de 8% (oito por cento) a 10% (dez por cento) ao ano, em um prazo de 07 (sete) anos. (CALDAS, *op. cit.*, p. 17)

A sugestão, na prática, poderia funcionar como uma espécie de Termo de Ajustamento de Conduta, o qual, no entanto, seria firmado sob o modelo de PPP, para projetos maiores e mais complexos, possibilitando um regramento mais específico e pré-determinado, um maior controle do Poder Público sobre o Parceiro Privado, o prolongamento de prazos de cumprimento, entre outras medidas, conforme a legislação das Parcerias Público Privadas já estabelece, e com adaptações legislativas pontuais que se fizerem necessárias.

Diante disso, evidencia-se que as Parcerias Público-Privadas podem contribuir para o desenvolvimento de um futuro promissor em diversas áreas, evidentemente na mineração e demais setores relacionados com o meio ambiente, em busca da sustentabilidade.

14.5 CONCLUSÃO

Parceria Público-Privada é uma modalidade de contrato de parceria entre o poder público e a iniciativa privada com o intuito de prover a execução ou gestão de obras e serviços de interesse da população nos setores de saúde, mineração, penitenciárias, telecomunicações, energia e inovação, transporte, educação, saneamento, entre outros.

As Parcerias Público-Privadas configuram uma solução eficaz para a modernização da infraestrutura urbana, disponibilizando vantagens significativas tanto para o setor público, quanto para o setor privado, pois é possível a realização de projetos de grande escala com menor custo, eficiência, agilidade e qualidade.

Em linhas gerais, as características principais de uma PPP são: agilidade, transparência, eficiência, controle, fiscalização e longo prazo. Evidentemente, tal instituto gera maior benefício para os cofres públicos, eficiência na prestação de serviços, fortalecimento da gestão pública com a possibilidade de contar com o capital privado, maior índice de empregabilidade e movimentação da economia.

A Lei nº 11.079/2004 estabeleceu normas gerais para licitação e contratação no âmbito União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O artigo 2º da Lei nº 11.079/2004 elenca duas formas possíveis de parcerias público privadas: **concessão patrocinada**, delineada como a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, que, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, admite a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; e **concessão administrativa**, configurada como a prestação de serviços em que a administração pública é usuária direta ou indireta e não há tarifa a ser exigida.

Tal legislação define o prazo mínimo de cinco e máximo de 35 anos para os contratos de PPP, já incluindo eventual prorrogação e permite que a alocação de riscos seja feita contratualmente.

O contrato deve ser suficientemente longo para que o setor privado tenha condições de investir em material, equipamentos e tecnologia. Contudo, contratos muito longos podem ser bastante inflexíveis, caso não sejam previstos mecanismos de revisão periódica por parte do ente público.

A Lei 13.529/2017 alterou a redação da Lei 11.079/2004 e reduziu de 20 para 10 milhões de reais o valor mínimo do contrato de Parcerias Público-Privadas (PPP). A justificativa para alteração do valor mínimo foi porque o alto valor antes definido, dificultava, por exemplo, que municípios de pequeno porte desenvolvessem projetos importantes com ajuda da iniciativa privada.

São inúmeros os desafios voltados para o tema ora discutido, pois, indubitavelmente, as PPPs podem transformar as cidades, fomentando a segurança, a saúde, a educação, o transporte, a eficiência energética e a sustentabilidade.

As PPPs se tornaram uma grande ferramenta do Estado no sentido de garantir à sociedade serviços essenciais de qualidade e têm sido largamente empregadas em diversos estados brasileiros, principalmente na construção de rodovias, postos de saúde, escolas, hospitais, penitenciárias, mineração, entre outros projetos.

As aplicações ambientais das Parcerias Público-Privadas são para projetos vultosos e de longo prazo de implementação, voltados para o gerenciamento e aplicação tecnológica avançados. Além disso, seus benefícios são evidenciados em tempo significativamente menor ao obtido tradicionalmente com recursos exclusivos do setor público.

Ademais, deve-se preocupar com a eficiência e a qualidade dos serviços ambientais que serão prestados diretamente pelo setor privado, não descuidando do fator orçamentário público envolvido.

As Parcerias Público-Privadas configuram, na atual conjuntura, promissora modernização da gestão pública, pois possibilita que a iniciativa privada assuma o papel de protagonista em questões de interesse público, oportunizando projetos minerários eficientes.

Conseqüentemente, as Parcerias Público-Privadas podem contribuir para o desenvolvimento de um futuro promissor em diversas áreas, evidentemente na mineração e demais setores relacionados com o meio ambiente, em busca da sustentabilidade e melhor qualidade de vida para a população.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Camila da Cunha Souza do; CÉSAR, Paulo Sérgio Mendes. **A repartição de riscos em contratos de Parcerias Público-Privadas**: estudo de caso da MG-050. Disponível em www.ambitojuridico.com.br Acesso em 01 de out. de 2024.

BRASIL. Lei Nº 11.079, de 30 de Dezembro de 2004. **Institui normas gerais para a licitação e a contratação de parceria público privada no âmbito da Administração Pública.**

BRASIL. Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, **institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Diário Oficial, Brasília, 22 jun. 1993.

BRASIL. Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o **regime de concessão e permissão da prestação de serviço público** previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 14 fev. 1995.

BRITO, Bárbara Moreira Barbosa de; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. **Parceria público-privada: compreendendo o modelo brasileiro.** Revista do Serviço Público. Brasília, n. 56, v. 1, p. 7-21, jan/mar 2005.

BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito Administrativo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **PPP'S – Parcerias Público-Privadas e meio ambiente.** Conferência proferida no Programa de Pós-Graduação da UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, 2010.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CODEMGE. **Minas Gerais é destaque em concessões e PPPs com trabalho da Codemge.** Disponível em www.cnnbrasil.com.br Publicado em 10 de jul. de 2024 Acesso em 01 de out. de 2024.

CODEMGE. **PPPs e concessões crescem em Minas Gerais.** Disponível em www.cnnbrasil.com.br Publicado em 10 de jul. de 2024 Acesso em 01 de out. de 2024.

CRETELLA NETO, José. **Comentários à Lei de Parcerias Público-Privadas – PPP's.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda. **Manual de Parcerias Público-Privadas e Congressos.** Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas.** 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FARIA, C. E. G. **A mineração e o meio ambiente no Brasil.** Brasília: CGEE, CT Mineral. Relatório elaborado para o CGEE, PNUD, 2002.

FERNANDES, F. R. C.; LIMA, M. H. R.; TEIXEIRA, N. S. **Grandes minas e comunidades: algumas questões conceituais.** Série Estudos e Documentos. São Paulo: Cetem MCT, 2007.

- FERRAZ, Luciano. Parcerias público-privadas: sistemática legal e dinâmica de efetivação. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte** — RPGMBH. Belo Horizonte: Fórum, n. 1, p. 211-217, 2008.
- FREIRE, William. **Direito Ambiental aplicado à mineração**. Belo Horizonte: Mineira, 2005.
- FREIRE, William. **Mineração, energia & ambiente**. Belo Horizonte: Jurídica Editora, 2010.
- GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Mervyn K. *Are public private partnerships value for money?: Evaluating alternative approaches and comparing academic and practitioner views*. *Accounting forum*, 2005.
- GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Mervyn K. *The governance of contractual relationships in public-private partnerships*. *Journal of Corporate Citizenship*, v. 15, n. 3, p. 91-109, 2004.
- HODGE, Graeme A.; GREVE, Carsten. *Public-private partnerships: an international performance review*. *Public Administration Review*, v. 67, n. 3, p. 545-558, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. As PPPs sob fogo cruzado. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 1º de dezembro de 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.
- KLEIN, Peter et al. *Resources, capabilities, and routines in public organizations*. Paper presented at the annual meeting of the Atlanta Competitive Advantage Conference, 2010.
- LEITÃO, GISELLA. **Parcerias Público Privadas: saiba o que é e suas características**. Publicado em 25 de julho de 2024. Disponível em www.conlicitacao.com.br Acesso em 29 de set. de 2024.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari *et alii*. **Parcerias público-privadas**. SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). São Paulo : Malheiros Editores, 2005.
- MEDAUAR, Odete. **Manual de direito administrativo**. 20. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MINAS GERAIS. **CODEMGE – Companhia de Desenvolvimento de Minas Gerais**. Disponível em www.codemge.com.br Acesso em 03 de out. de 2024.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *In Parcerias Público-Privadas podem impulsionar os objetivos de desenvolvimento sustentável, defende UNOPS*. Disponível em www.brasil.un.org Acesso em 03 de out. de 2024.

- PAIVA, Silvia Maria Caldeira; ROCHA, C. Alexandre A. **Parceria Público-Privada: o papel do Senado Federal na discussão da aprovação da Lei n. 11.079, de 2004**. Brasília, maio de 2005. Disponível em www12.semnado.leg.br Acesso em 02 de out. de 2024.
- POLTRONIERI, Renato. **Parceria público-privada e a atuação administrativa**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- RANGAN, Subramanian; SAMII, Ramina; VAN WASSENHOVE, Luk N. *Constructive partnerships: when alliances between private firms and public actors can enable creative strategies*. *Academy of Management Review*, v. 31, n. 3, p. 738-751, 2006.
- REDAÇÃO EXAME. **PPP capta US\$1 bilhão para mineração de bitcoin com energia de vulcões em El Salvador**. Publicado em 06 de junho de 2023. Disponível em www.exame.com Acesso em 04 de out. de 2024.
- REDE JUNTOS, **Como as PPPs de impacto social podem contribuir para um futuro mais sustentável para o planeta. Publicado em 16 de fev. de 2024**. Disponível em www.redejuntos.org.br Acesso em 04 de out. de 2024.
- RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômicos-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ROCHA, Jussara; MADUREIRA, Mariana. **Modelagem de uma Parceria Público-Privada para a gestão da rota das grutas de Peter Lund**. 2013. Disponível em www.raizesds.com.br Acesso em 03 de out. de 2024.
- SANTOS, Terezinha Fátima Andrade Monteiro dos. **As parcerias público-privadas no contexto educacional amazônico: novas formas para velhas questões**. *Revista Interdisciplinar*. V. 11, n. 16, julho, 2017, p. 09-24.
- SILVA, P. B. Parceria Público-Privada: desafios e oportunidades. *Revista do TCU*, Brasília, DF, n. 104, abr/jun. 2005
- SOUSA, Alfredo José de. **As parcerias público-privadas e o desenvolvimento – o papel do controlo financeiro externo**. Portugal: Revista do Tribunal de Contas. n° 36, 2001.
- Souza, Evandro Ribeiro de. **Privatização, Concessão e Parcerias-Público-Privadas**. Disponível em www.portaldaeducao.pe.gov.br Acesso em 04 de out. de 2024.
- SOUZA, Leonardo Nunes de. **Críticas e caminhos para o desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Sinergia, 2014.
- SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TEIXEIRA, Marco Antônio de Rezende. Parcerias público-privadas: aspectos históricoteóricos e experiências práticas. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte — RPGMBH*, Belo Horizonte, n. 1, 2008.

- THAMER, Rogério; LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. Projetos de parceria público-privada: fatores que influenciaram o avanço dessas iniciativas. **Revista de Administração Pública**, ano 49, São Paulo: jul-ago 2015.
- THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 7. Ed. Salvador: Juspodvim, 2017.
- THOMÉ, Romeu; RAMOS, Vinícius Diniz e Almeida. Gestão integrada de resíduos sólidos por meio das parcerias público-privadas: instrumentos de garantia do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. **Revista de Direito Administrativo**, v. 271, Rio de Janeiro: jan-abril, 2016.
- VELARDE, Marta Sylvia. **Manual de Derecho Minero**. Buenos Aires: Ástrea, 1986.
- ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme H. R. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.



15

REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS: POSSIBILIDADES, LIMITES E DESAFIOS NA PARCERIA PÚBLICO PRIVADO (PPP'S)

Estevão Grill Pontone²³⁹

15.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente tópico introdutório, sinteticamente, aborda o objetivo deste capítulo, sua relevância e convida a uma leitura mais atenta ao assunto debatido.

Tem-se, aqui, a pretensão de mostrar que nosso sistema administrativo legal permite a reorganização societária, desde que respeitado as normas públicas, concorrenciais e o edital de concessão.

Trata-se de tema atual e importante, tendo em vista que algumas concessões podem perdurar por até 35 (trinta e cinco) anos, momento em que a realidade empresarial pode representar diferenças

²³⁹ Advogado. Doutorando em Ciências Jurídicas pela UMSA (Universidad Del Museo Social Argentino). Pós-Graduado em Direito Empresarial pela FGV (Fundação Getúlio Vargas). Pós-Graduado em Advocacia Cível pela FMP (Fundação Superior do Ministério Público). Membro da Comissão de Direito Empresarial da OAB/MG. Membro da Comissão de Liberdade Religiosa da OAB/MG. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). estevaonconosco@gmail.com

em relação àquela inicialmente pactuada; outrossim, o sócio pode falecer, falir ou decidir adquirir toda participação societária, ou ainda; alienar para terceiros, o que é lícito e comum na seara concorrencial.

A conclusão aqui exposta, porém, não se limita apenas à Parceria Público Privada (PPP), tendo importância ímpar para o sistema legal de normas administrativas. O presente trabalho contribuirá para a formação técnica e jurídica dos analistas, operadores e estudantes da área de direito e administração pública.

A reorganização societária tem, ainda, importância, por motivos técnicos, tendo em vista que a prévia autorização do ente público de toda e qualquer reorganização societária pode gerar complexidade e morosidade, interrompendo efetivamente o funcionamento da empresa e interferindo na dinâmica empresarial, além disso, essa exigência, além de atrasar, também onera o processo de concessão e viola a liberdade econômica.

Com base no método hipotético-dedutivo e tendo como referencial teórico o direito administrativo e empresarial, busca-se analisar os limites de reorganizações societárias no âmbito da Parceria Público Privada. A análise é feita sob o enfoque da Liberdade Econômica e das normas de ordem pública.

15.2 DESENVOLVIMENTO

O presente capítulo debruça sobre o conceito, aplicações, diferenças, regramentos e desafios da Reorganização Societária.

A Reorganização Societária é gênero, que pode comportar diversas espécies; a doutrina (CRUZ, 2022) também coloca como sinônimo da reorganização a operação societária. Entre os tipos de reorganização societária destacam-se as fusões, aquisições, cisões, incorporações e a transformação.

Nesta reorganização, as sociedades se relacionam entre si, seja transformando-se, fundindo-se ou incorporando parcela, ou a totalidade uma das outras. Nestas situações, há uma mudança substancial na estrutura, formação do capital social e na composição societária.

Estas operações estão disciplinadas no Código Civil, entre os artigos 1.113 a 1122 (BRASIL, 2002), quando tratarem de sociedades limitadas; e nos artigos 220 a 234 da Lei de S/A (BRASIL, 1976), quando envolverem em uma das partes a sociedade anônima. Neste aspecto, cumpre salientar que André Santa Cruz (2022, p.544) já defendia a aplicação da Lei de S/A quando um dos entes participantes for sociedade anônima, “em razão da especialidade do diploma legislativo”.

O Enunciado nº 70 da 1ª Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal orienta no mesmo sentido que, havendo um participante da reorganização que seja S/A aplicar-se-á a normativa especial:

Art. 1.116: As disposições sobre incorporação, fusão e cisão previstas no Código Civil não se aplicam às sociedades anônimas. As disposições da Lei n. 6.404/76 sobre essa matéria aplicam-se, por analogia, às demais sociedades naquilo em que o Código Civil for omissivo. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2007, p.25).

As empresas optantes do regime do Simples Nacional, da Lei Complementar 123 (BRASIL, 2006), não poderão, segundo o Art. 3, §4, inciso X, ser constituídas sob a forma de sociedade por ações, também se veda que a sociedade participe do capital de outra empresa (Art. 3,§4,VII). Neste regime, a empresa participante pode faturar até 4.800.000 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Em contrapartida, a Lei de Parceria Público Privada (BRASIL, 2004), no Art. 1,§4, estipula que é vedado a celebração de contratos de parceria público-privada cujo valor do contrato seja inferior a 10 (dez) milhões de reais, exigindo que seja criada uma Sociedade de Propósito Específico (Art. 9). Estes dois pontos impedem que a licitante seja optante pelo regime do Simples Nacional, fatores que, por si só, levam ao desincentivo de participação de pequenas e médias empresas constituídas na modalidade de limitada e optantes do Simples Nacional.

A exclusão legal das empresas optantes do Simples Nacional, empresas de pequeno e médio porte - que representam a maior parte das empresas no Brasil - na Parceria Público Privada (PPP), é no mínimo contraditória, já que a nova lei de licitação (BRASIL, 2021), reafirma no Art. 4 a aplicação do Simples Nacional, LC 123 (BRASIL, 2006). Estas empresas por sua vez, dispõem dos seguintes benefícios: de ter assegurado prazo para regularização fiscal (Art. 43,§1), direito a desempate fictício (Art. 44,§ 1 e 2), exigência de subcontratação de empresas de pequeno e médio porte ou parcela da licitação para estas (Art.48, I a III).

É fato que as empresas licitantes na PPP poderão constituir-se na forma de sociedade limitada, optando por outros regimes tributários diversos do Simples Nacional (por exemplo, lucro real ou presumido); porém, com faturamento elevado, as regras societárias e tributárias, será mais vantajoso economicamente e operacionalmente, na maior parte dos casos, a constituição de sociedade anônima.

Outro ponto que reforça o incentivo à adoção de SPEs em PPPs na modalidade de sociedade anônima (S/A) é a facilidade de inserção de órgãos de governança corporativa, que são obrigatórias (art. 9,§3) da Lei (BRASIL, 2004)²⁴⁰; na S/A há o Conselho de Administração (facultativo para sociedades anônimas fechadas), Diretoria, Conselho Fiscal (obrigatória a

²⁴⁰ Mais um ponto que reforça a adoção de Sociedade Anônimas é a introdução do Art. 294 da Lei (BRASIL, 1974), que permite que Sociedade Anônimas Fechadas com faturamento anual de

constituição e funcionamento facultativo em S/A Fechadas) e Assembleia de Acionistas (essencial e obrigatório). Em contrapartida, na Sociedade Limitada, apesar de ser possível a constituição de órgãos de governança, não são obrigatórios os referidos órgãos.

Diante do contexto narrado, a análise do conceito de reorganização societária se dará sob o enfoque da Lei de Sociedade Anônima (BRASIL, 1976).

Na operação societária de transformação “a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro.” (BRASIL, 1976), ou seja, a sociedade transforma-se de Limitada para Sociedade Anônima, ou de Sociedade Anônima para Limitada; não se altera a participação societária ou o controle da sociedade, e por consequência não há alteração para o ente administrativo, que continuará a se relacionar com o mesmo indivíduo.

A transformação societária de Limitada para Sociedade Anônima pode apresentar inúmeros benefícios, como a possibilidade de mercado de ações, ações em tesouraria, a ausência ou dedução de tributação de IRPF e CSLL no ágio das ações adquiridas ou subscritas, criação de debêntures e outras formas alternativas de financiamento, Governança Corporativa mais robusta e entre outros benefícios.

A possibilidade de que a controladora seja uma S/A aberta abarca muitas possibilidades, como a introdução de financiamento privado, regras de governança mais rígidas e fiscalizadas pela CVM (Comissão de Valores Mobiliários), além de pulverizar a participação acionária. Por outro lado, para Administração Pública, significa que a empresa controladora da PPP poderia facilmente ser adquirida total ou parcialmente pela compra de papéis de uma investidora²⁴¹, o que poderia alterar a forma de gestão da PPP; mas sem necessariamente alterar a titularidade, se a compra for parcial e manter-se a personalidade jurídica da Controladora.

A Lei de PPP (BRASIL, 2004) veta é a transferência do controle da SPE para outro sujeito, mas nada diz – e nem poderia – sobre a alteração do controle e administração da licitante, possuidora da maioria do capital da SPE. Desta forma, preservando a composição societária e a personalidade jurídica da SPE, não será possível para a Administração Pública vetar ou interferir na gestão da controladora.

Denota-se que a Sociedade Anônima pode trazer muitos benefícios àqueles que desejam participar do processo de PPP, permitindo maior ro-

até 78 (setenta e oito) milhões, realizem as publicações ordenadas pela lei de forma eletrônica e gratuita, simplificando os custos operacionais.

²⁴¹ A aquisição difere da fusão, pois na aquisição o controle passa a ser exercido por outro sócio, mas a personalidade jurídica da sociedade que se adquiriu a participação mantém-se. Na fusão, a personalidade jurídica deixa de existir pela superveniência de uma nova pessoa jurídica, fruto da união de duas ou mais empresas.

bustez, dinamicidade e regras de governança; fatores que incentivam que os agentes licitantes realizem a transformação de limitada para sociedade anônima, seja previamente ou após a concessão pública.

A própria Lei de PPP (BRASIL, 2004), quando se debruça sobre o tema no Art. 9, ao explicitar a necessidade de criação de uma Sociedade de Propósito Específico para gerir a parceria, nada se refere à transformação, fato que reforça a desnecessidade de autorização para a transformação societária.

Pela normativa da Lei de S/A (BRASIL, 1974), toda incorporação, fusão ou cisão será precedida de protocolo de justificação, onde constarão os trâmites da negociação, o valor e efeitos societários da modificação de capital. Posteriormente, serão submetidos à votação interna na Assembleia de Acionistas, momento em que serão expostos às justificativas para a reestruturação. Neste ponto, a doutrina explica o caráter protocolar destes documentos societários: “destaque-se, pois, que o protocolo celebrado pelas sociedades envolvidas não obriga a conclusão da respectiva operação societária, sendo absolutamente livre e soberana a assembleia-geral para decidir sobre o assunto” (CRUZ, 2022, p.550).

A Lei de S/A, define a incorporação como: “a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.” (BRASIL, 1976). Nesta hipótese, a licitante vencedora da PPP, total ou parcialmente, seria absolvida ou incorporada a outra sociedade empresária.

Já na fusão, unem-se duas ou mais sociedades para formação de uma nova sociedade (BRASIL, 1976). Nesta hipótese, a licitante vencedora da PPP deixaria de existir com àquele nome empresarial, sendo fundida com outra empresa para criar uma nova. A Lei (BRASIL, 1976), deixa claro que haverá a sucessão de direitos e obrigações na fusão.

Na cisão, pela Lei de S/A (BRASIL, 1976), a companhia transfere parcela do patrimônio para uma ou mais sociedades. Neste compasso, a Licitante vencedora da PPP poderia deliberar em cindir a operação privada, mantendo na companhia apenas a PPP, sem alterar a operação de parceria pública.

Analisando detidamente a Lei de PPP's (BRASIL, 2004) é possível vislumbrar algumas citações sobre as operações acima listadas, todas vinculando sempre ao controle da Sociedade de Propósito Específico, que será criada para gerir e implantar o objeto da parceria. Nesta sociedade de propósito específico, o sócio majoritário será a licitante ganhadora da licitação e a sócia minoritária a Administração Pública:

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

§ 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

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

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

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

§ 5º A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplimento de contratos de financiamento. (BRASIL, 2004).

A exigência de criação de uma SPE na PPP tem dois objetivos: 1) Delimitar o risco da administração pública, não confundindo o patrimônio da parceria com a investidora (GUIMARÃES; MOREIRA, 2015); 2) Facilitar a fiscalização, já que as demonstrações financeiras e contábeis serão independentes da investidora. (BORGES, 2008).

Observa-se, nesta situação, que a Lei veda a alteração do controle da Sociedade de Propósito Específico sem a prévia autorização da Administração Pública, sob pena de caducidade da concessão, nos termos do Art. 27 da Lei 8.987/1995 (BRASIL, 1995). Na hipótese de buscar a autorização, o pretendente deverá comprovar as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e compromete-se a cumprir as cláusulas do contrato em vigor.

É interessante que a Lei de PPP (BRASIL, 2004), tenha permitido que a sociedade de propósito específico assumisse a forma de companhia aberta, negociando seus valores em mercado (Art. 9,§2), o que poderia gerar a alteração de controle da companhia de forma mais célere e sem autorização prévia da administração pública, que não controla o mercado acionário. Neste caso, deveria ser objeto de estudo a inserção de cláusulas no Estatuto Social que protegessem o minoritário (Administração Pública) e evitassem a diluição pela subscrição de novas ações, além de mecanismos contratuais, como a *poison pill*²⁴², em caso de aquisição hostil, e entre outros.

²⁴² É a cláusula no Contrato Social que obriga que àquele que adquirir uma certa porcentagem da participação seja obrigado a realizar uma oferta pública da compra integral da companhia, o que gerará após a compra o fechamento de capital. Isto ocorreu com quando o bilionário Elon Musk

Neste ponto, é importante que a Administração Pública realize um Estudo de Impacto Regulatório, pois até mesmo a forma da sociedade de propósito específico impactará a forma de controle da PPP. Por exemplo, caso a Sociedade de Propósito Específico adote a forma de limitada, será necessário mais de 50% (cinquenta por cento) para obter o controle da companhia²⁴³.

Já na Sociedade de Propósito Específico (SPE) que adote a forma de sociedade anônima, é possível o exercício do controle mesmo com participação acionária ínfima. Isto é possível através do exercício do Acordo de Sócios, instrumento previsto no Art. 118 (BRASIL, 1976), gerando efeitos internamente e publicamente. Por exemplo, uma SPE na forma de S/A poderia possuir 4 (quatro) sócios, A com 30%, B com 15%, C com 15% e a Administração com 40%. Nesta hipótese, bastaria que A e B realizassem um Acordo de Sócios a fim de que seus votos fossem computados em conjunto, deliberando, por exemplo, que B assumiria a administração da SPE da PPP.

Neste mesmo exemplo, a Administração Pública estaria impedida de exercer o Acordo de Acionistas com outros acionistas, em razão de ser vedado possuir o controle da SPE pela lei de PPP, nos termos do Art. 9, §4 (BRASIL, 2004), o que poderia levar que A e C realizassem um acordo de acionistas, controlando a empresa com apenas 45% (quarenta e cinco por cento) do capital votante, já que B não poderia realizar um acordo de acionistas com a administração pública, em razão da vedação legal de controle da SPE.

Isto ocorre, pois a Lei de S/A (BRASIL, 1976), entende como controlador àquele que é titular permanente da maioria das ações com direito a voto, o que têm se tornado raridade no mercado aberto, em razão do fenômeno da dispersão acionária, no qual um grupo de acionistas, mesmo não possuindo permanentemente a maioria do capital da companhia, controla suas votações por meio do Acordo de Acionistas, podendo decidir os rumos da companhia em um controle pulverizado (CARVALHOSA; EIZIRIK, 2010).

Por isto, a própria Lei de S/A (BRASIL, 1976) define como coligadas as sociedades nos quais a investidora tenha participação de mais de 20% (vinte por cento) dos votos conferidos pelo capital da investida, sem a controlar, o que a lei define como influência significativa. A Lei de PPP (BRASIL, 2004) nada dispõe sobre a influência significativa de acionistas ou quotistas.

Um ponto de interesse ainda não explorado pela doutrina é em relação ao voto plural, que possibilita que um acionista tenha seu voto multiplicado por até 10 (dez) vezes, por um período de até 7 (sete) anos, prorrogáveis, nos

adquiriu o Twitter, que posteriormente passou a se chamar X, obrigando que fizesse uma oferta pública para aquisição de todos os papéis da rede social, pagando um valor acima de mercado a todos que tinham ações.

243 A Lei 14.451/2022 (BRASIL, 2022a) reduziu o quórum para modificação do Contrato Social de mais de 75% (setenta e cinco por cento) para mais de 50% (cinquenta por cento), permitindo também a nomeação de administradores não sócios no novo quórum.

termos do Art. 116-A da Lei de S/A (BRASIL, 1976), neste caso, a própria lei veda no §14 que se aplique a SPE o voto plural, em razão da sociedade ser controlada indiretamente pelo Poder Público; contudo, nada impede que haja a disposição de voto plural dentro da sociedade controladora, o que também interferiria na administração da SPE.

Esta situação levanta debates sobre a necessidade de mecanismos nos Estatutos Sociais da SPE's constituídas sobre a forma de S/A em PPP's, que prevejam proteção adicional para Administração Pública sobre o controle destas sociedades; já que a legislação atual (BRASIL, 2004) requer autorização da Administração Pública somente em caso de transferência de controle definitiva²⁴⁴, em razão das exigências adicionais contidas no Art. 27 da Lei 8.987/1995 (BRASIL, 1995), mas nada dispõe sobre quando o controle for exercido em caráter temporário pelo Acordo de Acionistas por grupo de acionistas.

Um dos mecanismos possíveis é a inserção da *Golden Share*²⁴⁵, que é uma categoria especial de ação que confere direitos específicos ao titular, podendo vetar certas deliberações sociais, por exemplo. A inserção desta cláusula está em consonância com o Art. 3, inciso VIII da Lei da Liberdade Econômica (BRASIL, 2019), que permite que as pessoas jurídicas pactuem livremente sobre o direito empresarial, aplicando subsidiariamente as regras do direito, exceto as normas de ordem pública. Neste caso, a aplicação da *Golden Share* representaria um reforço à proteção legal disposta no Art. 9 da Lei de PPP (BRASIL, 1976), norma de ordem pública, além de facilitar o processo decisório da SPE e dar segurança jurídica aos acionistas.

O fato é que nem todos os mercados aceitaram as regras adicionais editalícias que limitem a Liberdade Econômica e a livre reorganização empresarial, devendo a Administração Pública avaliar a necessidade e adequação da medida, a fim de não afastar a necessária concorrência nos certames públicos.

A reorganização societária ainda pode se dar por meio de Cisão ou Incorporação. Nesta hipótese, é possível e desejável que o controle permanente da SPE não seja alterado, evitando a prévia autorização da Administração Pública. Na hipótese de Cisão, por exemplo, a empresa XYZ, que possui 40% da receita operacional oriunda da SPE da PPP e 60% da receita oriunda da

244 Este parece ter sido a interpretação adotada pela exegese do Art. 5-A da Lei de PPP (BRASIL, 2004), ao expressamente definir que o controle resolúvel de ações atenda o requisito do Art. 116 da Lei de S/A (BRASIL, 1976), que por sua vez, define como controlador àquele que possua as ações em caráter permanente.

245 Este mecanismo foi adotado inicialmente no Programa Nacional de Desestatização, no Art. 8 da Lei 8.031/1990 (BRASIL 1990), porém hoje está prevista no Art. 17,§7 da Lei de S/A (BRASIL, 1976), podendo ser utilizada por qualquer ente federativo nas companhias objeto de desestatização. Este tipo de ação está presente em companhias listadas na Bolsa, como Vale, Embraer, IRB e Celma.

prestação de serviços no âmbito privado decide cindir em duas operações mantendo a operação de SPE em PPP na antiga companhia e criar uma nova companhia, objetivando a inclusão de outros acionistas na parcela de serviços privados, em uma operação de *spin outs*²⁴⁶. Nesta hipótese não houve alteração no controle da SPE, e, portanto, não há exigência de prévia autorização da Administração Pública.

Se a Cisão for total, a empresa cindida não existirá mais, o que exigirá a prévia autorização da Administração Pública, em razão da capacidade técnica e financeira da nova empresa constituída e da alteração do sujeito concessionário.

Na incorporação parcial, parcela da operação é incorporada a outra sociedade empresária. Por exemplo, a empresa XYZ possui 35% da receita oriunda da PPP da Rodovia XT e 20% da receita oriunda de outra PPP da Rodovia XV e 45% da receita oriunda do mercado privado. A Empresa XYZ, incorporadora, decide incorporar parcela da empresa ABC, incorporada, a fim de aumentar a receita oriunda do mercado privado, nesta hipótese não houve alteração do controle das SPE's das PPPs, não necessitando de prévia autorização da Administração Pública.

Na hipótese da incorporada ser a empresa ABC, que absorveria apenas parcela do mercado privado da empresa XYZ, também não haveria alteração no controle das SPE's das PPPs, que se manteriam no controle da XYZ²⁴⁷.

Se a incorporação da XYZ for total por parte da ABC, a empresa cindida (XYZ) não existirá mais, o que exigirá a prévia autorização da Administração Pública, em razão da capacidade técnica e financeira da nova empresa constituída e da alteração do sujeito concessionário.

A definição do Art. 228 da Lei de S/A (BRASIL, 1976) deixa claro a impossibilidade de fusão parcial, pois neste caso, seria uma *Joint Venture* ou outras formas de Grupos Societários. A Fusão exige, por natureza, que as duas empresas se fundam em uma nova, pois se mantêm a personalidade de uma, para que a outra funde-se a ela, estaremos diante de uma incorporação. Na hipótese de fusão, é necessária a prévia autorização da Administração Pública, em razão da alteração do polo passivo da concessionária e alteração do controle da SPE da PPP.

246 Um tipo de ação corporativa em que uma empresa transforma uma parte de si mesma em um negócio separado, objetivando redução de impostos, ingresso de novos sócios ou dinamicidade nas decisões.

247 Pode parecer estranho que a incorporadora menor absolve o patrimônio da incorporada maior, mas isto pode ter benefícios tributários, como a dedução dos prejuízos fiscais, Vide Resp 1.805.925/SP (BRASIL, 2020) e RE 591.340-6/SP (BRASIL, 2019). Outro exemplo é a incorporação reversa, em que a incorporadora é a controlada (geralmente deficitária) e a incorporada, que desaparece, é a controladora (geralmente superavitária), aquela que anteriormente detinha a propriedade da participação societária, vide Resp 946.707/RS (BRASIL, 2009).

Nos casos de Cisão e Incorporação parcial, em que não haverá alteração do controle na SPE, é importante que o concessionário analise se o edital possui alguma vedação a operação, realizando um estudo técnico, com parecer independente, que comprove que terá condições econômicas para cumprimento das obrigações da concessão de PPPs, evitando a caducidade da concessão por perda da condição econômica, técnica ou operacional para manter a adequada prestação do serviço concedido ou não cumprimento das obrigações do edital, nos termos do Art. 38, §1, inciso II e IV da Lei 8.987/1995 (BRASIL, 1995).

As operações de fusão, cisão, incorporação além de prévia autorização da Administração Pública da PPP, poderão passar por autorização dos órgãos reguladores, como CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres), ANP (Agência Nacional do Petróleo), e entre outras, a depender do mercado a ser afetado. Sobre isto, explica:

Sendo assim, qualquer operação societária que tenha, cumulativamente, (i) participação de agente econômico com faturamento bruto anual ou volume de negócios no Brasil igual ou superior a R\$ 750 milhões (setecentos e cinquenta milhões de reais) e (ii) participação de outro agente econômico com faturamento bruto anual ou volume de negócios no Brasil igual ou superior a R\$ 75 milhões (setenta e cinco milhões de reais) deverá ser apresentada para análise do CADE. A Lei antitruste atual optou por prever um único critério (faturamento bruto anual/volume de negócios) para exigência de notificação dos atos de concentração, ao contrário da lei anterior (Lei 8.884/1994), que também previa o critério alternativo da participação de mercado (operações envolvendo agentes econômicos com pelo menos 20% do mercado relevante também deveriam ser notificadas). (CRUZ, 2022, p.553)

A Lei de PPP (BRASIL, 2004), também permite que a Administração Pública autorize a transferência temporária do controle da SPE para financiadores, cuja redação se extrai:

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

§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

I - os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle ou a administração temporária da sociedade de propósito específico aos seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos ser-

viços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;

III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

Art. 5º-A. Para fins do inciso I do § 2º do art. 5º, considera-se:

I - o controle da sociedade de propósito específico a propriedade resolúvel de ações ou quotas por seus financiadores e garantidores que atendam os requisitos do art. 116 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

II - A administração temporária da sociedade de propósito específico, pelos financiadores e garantidores quando, sem a transferência da propriedade de ações ou quotas, forem outorgados os seguintes poderes:

a) indicar os membros do Conselho de Administração, a serem eleitos em Assembleia Geral pelos acionistas, nas sociedades regidas pela Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976; ou administradores, a serem eleitos pelos quotistas, nas demais sociedades;

b) indicar os membros do Conselho Fiscal, a serem eleitos pelos acionistas ou quotistas controladores em Assembleia Geral;

c) exercer poder de veto sobre qualquer proposta submetida à votação dos acionistas ou quotistas da concessionária, que representem, ou possam representar, prejuízos aos fins previstos no caput deste artigo;

d) outros poderes necessários ao alcance dos fins previstos no caput deste artigo;

§ 1º A administração temporária autorizada pelo poder concedente não acarretará responsabilidade aos financiadores e garantidores em relação à tributação, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, inclusive com o poder concedente ou empregados.

§ 2º O Poder Concedente disciplinará sobre o prazo da administração temporária. (BRASIL, 2004)

Desta forma, permite-se que financiadores da operação da PPP tenham garantias adicionais, com a transferência temporária dos direitos societários, desde que precedido de autorização da Administração Pública. Isto tem importância ímpar, nos elementos que antecedem um pedido de Recuperação e

na própria Recuperação Judicial, através do *Dip financing*²⁴⁸, previsto na Lei (BRASIL, 2005).

Saliente-se que o Superior Tribunal de Justiça, já externou posicionamento, no Resp nº 1.826.299/CE (BRASIL, 2022b), reafirmando o entendimento de que não há vedação na legislação para que empresas em recuperação judicial participem de licitações públicas, o que também inclui as PPPs.

Situação semelhante pode ocorrer, com aquelas empresas que, no curso da concessão da PPPs requeiram a Recuperação Judicial, com o intuito de reestruturar o negócio. Isto ocorreu com empresas Concessionárias de Serviço Público, como a Light, Oi e entre outros. Nesta hipótese, os credores poderão encontrar embaraços no cumprimento da Recuperação, como na hipótese do plano alternativo apresentado pelos credores, na forma do Art. 56,§7 (BRASIL, 2005), como, por exemplo, a alteração do controle da SPE ou alienação da participação, que neste caso exigiria prévia anuência da Administração Pública.

Nestes casos de pedido de Recuperação Judicial por parte da investidora na PPP, caberá a Administração avaliar caso a caso e definir sobre a caducidade do contrato, pois como registra André Saddy, a Administração tem o dever de fiscalizar a concessão e monitorar possíveis indícios de insolvência:

Contudo, deve-se perceber que tal poder depreende-se, na verdade, de um dever de fiscalizar e de oferecer à população um serviço adequado, realizado direta ou indiretamente (isto é, via concessionário). Isso deixa claro que eventual pedido de recuperação judicial de sociedade empresária concessionária de serviço público é, em parte, também culpa da Administração, que provavelmente, ao licitar, não se preocupou com a fase habilitatória do certame, ou nela falhou, ou não exerceu seu papel fiscalizador propriamente. Não é, por exemplo, cabível que um ente regulador seja surpreendido com um pedido de recuperação. A recuperação judicial ocorre apenas quando existe uma crise empresarial e a Administração tem a obrigação de saber se o concessionário está ou não nesta situação e, estando, tem o dever de intervir para que o serviço seja prestado de forma adequada. Depois de aceita a recuperação judicial, – e ela apenas será aceita se for possível a superação da crise que a sociedade empresária vivencia – para a Administração será complicado intervir, haja vista os prazos que terá para apresentar documentos e proposta de superação da crise. (SADDY, 2013, p.23)

E conclui explicando que a assunção pela administração do serviço transferido pela PPP ou concessão violaria a finalidade pública do certame:

²⁴⁸ Forma de financiamento especial para empresas em Recuperação Judicial, possibilitando garantias adicionais que outros credores não teriam, previsto no Art. 69-A da Lei de Recuperação. (BRASIL, 2005)

Vislumbrou-se, também, a possibilidade de a Administração assumir o controle de determinada atividade de serviços essenciais quando a sociedade empresária estiver em processo de recuperação judicial. Tem-se, por base, uma decisão discricional em que a Administração pode ou não assumir o serviço essencial. Não tem a Administração obrigação alguma de realizar tal ação; pelo contrário, caso a sociedade empresária consiga manter a prestação de um serviço adequado, mesmo em processo de recuperação judicial, deve o contrato ser respeitado. Ademais, pode-se entender que tal permissão se transforma em uma obrigação de manter a sociedade empresária no comando do serviço; afinal, sua finalidade é dar uma segunda chance ao empresário e possibilitar-lhe a superação da crise. Estaria, então, o Executivo esvaziando o instituto da recuperação judicial, caso assumisse o serviço. Também é possível inferir que essa permissão em assumir os serviços essenciais pode transformar-se em uma obrigação quando a continuidade do serviço esteja em risco. Em suma, haverá obrigatoriedade caso sejam demonstradas condições para a continuidade do contrato. (SADDY, 2013, p.23-24)

Um exemplo mal sucedido ocorreu no presídio de Itaqui, em Pernambuco, em que a PPP visava a implantação do maior sistema prisional do estado, as obras ficaram paralisadas por 3 (três) anos, até que o governo instaurou processo administrativo, declarando, posteriormente, a caducidade da PPP em razão da possível falência da licitante; fato negado pela companhia, que acusou o governo de ter determinado a paralisação das obras (G1, 2016).

Isto reforça a necessidade de clara alocação de riscos e a importância da previsão editalícia, de uma auditoria independente e a simplificação do processo decisório da concessão. Por isto, muitas das concessões de PPP's, hoje incluem cláusulas de arbitragem, evitando que sejam duplamente punidas pela morosidade do Poder Judiciário em caso de insucesso da parceria.

Logo, a Administração Pública deverá oportunizar a continuidade da PPP em caso de recuperação judicial, somente declarando a caducidade ou extinção do contrato quando ficar plenamente demonstrado a incapacidade financeira para assunção das obrigações editalícias.

A Administração Pública, ao escrever as regras editalícias, deve ter o cuidado de não “engessar” a realidade empresarial, impedindo que os agentes inovem pela Reorganização Societária e gerem riquezas. As sociedades empresárias têm por sua natureza o direito de “errarem”, por isto, possuem a falência e a recuperação extrajudicial. Exatamente por assumirem um risco maior é que logram êxito na produção de riquezas e distribuição destas entre os agentes econômicos.

Por isto, a Lei da Liberdade Econômica (BRASIL, 2019), reafirma no art. 2º que o particular será considerado de boa-fé nas relações com o estado, reconhecendo sua vulnerabilidade perante ele. Por isto, a normativa obriga a realização de Estudo de Impacto Regulatório:

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. (BRASIL, 2019)

Logo, na limitação à Restruturação Societária em PPP's, deve a Administração Pública realizar um estudo de impacto regulatório, antevendo eventuais problemas, alterações não permanentes de controle, realidade do mercado atual e previsão futura, e entre outros, com o intuito de não impedir a dinamicidade dos agentes econômicos, incentivar a concorrência, permitindo maior eficiência e qualidade nos serviços objetos de PPP's, pois, como registra André Santa Cruz:

O único agente que pode realmente prejudicar a concorrência, criando cartéis, monopólios, duopólios, oligopólios etc. e impedindo a verdade livre concorrência é o Estado, com seu excesso de regulamentação que cria barreiras legais intransponíveis à entrada de novos competidores nos mais variados setores da economia. (CRUZ, 2022, p.555)

As regras de PPPs devem ser reajustas para um modelo mais livre, com controle pulverizado e com o reforço das regras de Governança Corporativa, incentivando que os agentes sejam livres para realizar as alterações societárias que desejarem, intervindo apenas quando a Reorganização Societária demonstrar ser prejudicial à capacidade financeira da controladora na SPE.

15.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo conclui-se pela prévia autorização da Administração Pública para algumas hipóteses de Reorganização Societária que envolvam diretamente a alteração do controle na SPE.

Pelo exposto, conclui-se que é necessária autorização prévia da Administração Pública em algumas hipóteses de Reorganização Societária que envolvam a SPE da PPP, como, por exemplo: Cisões Totais, parciais quando o controle da SPE for cindido; incorporação total quando controladora for a incorporada, incorporação parcial quando a SPE for objeto da operação e Fusões de qualquer tipo.

Em resumo, toda operação societária que envolva a alteração do controle de forma permanente deverá ser precedida de prévia autorização da Administração Pública, sem prejuízo da análise pelos órgãos reguladores, se necessário.

A Administração Pública, de acordo com a sua discricionariedade, poderá estabelecer mecanismos adicionais de proteção, como cláusulas para proteção contra o voto plural da Controladora, *Golden Share*, *poison pill*, arbitragem e entre outras.

Nesta hipótese, a Administração deverá realizar um Estudo de Impacto Regulatório, como determinado pela Lei da Liberdade Econômica (BRASIL, 2019), a fim de analisar se a inserção da regra editalícia poderá impedir o ingresso de novos agentes econômicos, cerceando a concorrência.

Por fim, conclui-se que o modelo de PPP precisa ser reajustado para uma forma mais livre, democrática e pulverizada, afastando as dúvidas interpretativas e explicitando que os agentes econômicos possam realizar reorganizações societárias, incluindo a Recuperação Judicial, de forma mais célere e livre; vetando apenas àquela operação que interfira diretamente na capacidade financeira da controladora na SPE.

REFERÊNCIAS

- BORGES, L. F. X.; FARIA, V. C. de S. **Project Finance: considerações sobre a aplicação em infraestrutura no Brasil**, Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, dez. 2008. p. 274.
- BRASIL (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2009). **Resp 946.707/RS**. Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe de 31/08/2009.
- BRASIL (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020). **Resp 1.805.925/SP**. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 23/6/2020, DJe de 05/08/2020.
- BRASIL (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2022b). **Resp nº 1.826.299/CE**. Relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 16/08/2022, DJe de 05/12/2022.
- BRASIL (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019). **RE 591.340-6/SP**. Relator Ministro Marco Aurélio, Pleno, julgado em 27/06/2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2024.
- BRASIL. **Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002.
- BRASIL. **Lei nº 6404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm. Acesso em: 2 jun. 2024.
- BRASIL. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera

dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Brasília, 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 11079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, 2004.

BRASIL. Lei nº 13874, de 20 de setembro de 2019. Conversão da Medida Provisória nº 881, de 2019 Regulamento Vigência Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm. Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 14133, de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, 2021.

BRASIL. Lei nº 14451, de 21 de setembro de 2022. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002a (Código Civil), para modificar os quóruns de deliberação dos sócios da sociedade limitada previstos nos arts. 1.061 e 1.076. Brasília, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14451.htm. Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 8031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm. Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 1995.

CARVALHOSA, M.; EIZIRIK, N. **Estudos de Direito Empresarial.** São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa: sociedades.** 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- COELHO, Fábio Ulhoa. **Código Comercial e legislação complementar anotados**. 10. São Paulo Saraiva 2010.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornada de Direito Civil**. Brasília: Coordenadoria de Serviços Gráficos do Conselho da Justiça Federal, 2007. 138 p. v. 1. ISBN 978-85-85572-84-6. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/compilacaoenunciadosaprovados-jornadas-1-3-4.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2024.
- CRUZ, Andre Santa. **Manual de Direito Empresarial: Volume Único**. 12. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: JusPODIVM, 2022. 1200 p. ISBN 978-85-442-3557-7.
- FIUZA, Cezar. **Direito Civil – Curso Completo**. 19. Ed. rev. e atual. Belo Horizonte: D'plácido, 2019.
- G1. G1. In: **Obra de presídio de Itaquitinga, PE, vai ter nova licitação**: Decreto publicado nesta quarta-feira (16) tornou inválido contrato de PPP. A ideia do governo é priorizar a construção de unidade para mil detentos. [S. l.], 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2016/03/nova-licitacao-para-obra-de-complexo-penitenciario-de-itaquitinga.html>. Acesso em: 2 jun. 2024.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GUIMARÃES, B. S.; MOREIRA, E. B. **Sociedade de Propósito Específico na Lei de PPP** (considerações em torno do art. 9º da Lei 11.079/2004). In: JUSTEN FILHO, M. (coord.);
- MARTINS, Fran; ABRÃO, Carlos Henrique. **Curso de direito comercial**. 38. Ed. Rev. Atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. Ed. rev. e atual. São Paulo: JusPODIVM, 2021. ISBN 9786558600206.
- SADDY, Andre. Possibilidade de extinção de concessão de serviço público justificada na recuperação judicial de sociedade empresária: O caso do setor elétrico brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 50, ed. 198, p. 33-57, 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril_v50_n198_p33.pdf. Acesso em: 2 jun. 2024.
- SCHWIND, R. W. **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 498.
- VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 13. Ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

16

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NA EDUCAÇÃO BRASILEIRA: REFLEXÕES SOBRE O ATUAL E O PORVIR

*Michelle Asato Junqueira*²⁴⁹
*Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci*²⁵⁰

249 Doutora e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM. Especialista em Direito Constitucional com extensão em Didática do Ensino Superior. Coordenadora de Pesquisa da Faculdade de Direito da UPM. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “CriadirMack : o direito à vez e à voz de crianças e adolescentes”. Vice-líder do Grupo de Pesquisa CNPq “Políticas Públicas como Instrumento de Efetivação da Cidadania”. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa CNPq “Estado e Economia no Brasil”. Membro do Instituto Brasileiro de Direito da Criança e do Adolescente (IBDCRIA). Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito.

250 Possui estágios Pós-Doutorais em Novas Narrativas Comunicacionais pela Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo (ECA/USP); em Direitos Humanos pelo Centro de Estudos Avançados da Universidade Nacional de Córdoba, Argentina e em Direitos Humanos e Democracia pelo Instituto Ius Gentium, Portugal. Doutora e Mestre pela PUC/SP. Professora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professora Convidada do Pós-Graduação Lato Sensu da ECA/USP. Vice-Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Criadirmack: direito à vez e à voz de crianças e adolescentes da Faculdade de Direito da UPM. Pesquisadora do Grupo de Estudos de Novas Narrativas (GENN- ECA/USP). Membro



“É no problema da educação que assenta o grande segredo do aperfeiçoamento da humanidade.”

Immanuel Kant

16.1 INTRODUÇÃO

O tema da parceria público-privada (PPP) na educação causa, desde o seu nascedouro, grandes discussões e divergências. A dicotomia se dá pela natureza das coisas, a natureza da educação e a natureza da PPP. Partir da premissa de que PPP é sinônimo de privatização, se opõe, sobremaneira ao caráter público e essencial da educação. Privatização impõe a lógica de mercado, desnaturando a natureza do serviço público.

Para tratar a questão, portanto, é necessário incluir como pressuposto que a educação é um direito, fornecido como serviço e obrigação estatal, que pode ser autorizada para o setor privado, mas sobretudo, é elemento essencial ao desenvolvimento e à formação da cidadania, conforme previsão constitucional (artigo 205 da Constituição Federal de 1988), ou seja, possui um objetivo essencial à estratégia do Estado e ao cumprimento dos objetivos da República, tais como previstos no artigo 3º do mesmo texto constitucional.

Em assim sendo, a discussão primária é sobre a relação público-privada na consecução dos serviços públicos, foco da discussão na presente obra.

De acordo com o Radar PPP²⁵¹, em abril de 2024, havia 59 projetos na área da educação no Brasil, considerando-se 26 projetos paralisados e 06 projetos cancelados, destacando-se 04 projetos com contrato iniciado, conforme será tratado no decorrer deste trabalho. Em geral, as PPPs em educação envolvem a administração, manutenção e conservação das unidades de ensino, não abrangendo os serviços pedagógicos, mas quais seriam os limites do que é possível ser prestado pelo setor privado? Haveria um campo intocável para a prestação exclusiva do serviço público pelo Estado?

Assim, postas estas premissas, o presente capítulo busca trazer informações sobre o atual estágio da utilização das PPPs no campo da educação.

Desenvolvido com a utilização do método hipotético-dedutivo, utiliza-se de bibliografia, documentos e relatórios disponíveis publicamente sobre a temática.

do Instituto Brasileiro de Direito da Criança e do Adolescente (IBDCRIA). Conselheira Curadora da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo (ESA/OAB). Membro do Conselho Consultivo da Aberje, Associação Brasileira de Comunicação Empresarial (ABERJE).

251 Disponível em: <https://radarppp.com/blog/concessoes-ppps-unidades-educacionais/>. Acesso em 20 jul.2024.

16.2 PPP, EDUCAÇÃO E SUA DIFÍCIL RELAÇÃO

As PPPs demandam um instrumento normativo que favorece a relação entre o público e o privado, visando um aperfeiçoamento da gestão da coisa pública, devendo visar sempre pela melhor efetivação dos direitos, especialmente os sociais.

No âmbito nacional, as PPPs são regidas pelas disposições contidas na Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. No estado de Minas Gerais, por exemplo, foi editada norma específica para disciplinar o marco legal das PPPs no respectivo estado (Lei Estadual nº 14.868/2003). Outros estados também buscam a sua aplicação, a exemplo de São Paulo e Paraná, como mais adiante se trará os dados.

Parceria, na exposição de Liege Dornellas (2021), pode assumir muitos sinônimos: conjunta, cogestão, aliança estratégica, estratégia política, instrumento para reconfiguração do Estado, novo modelo de atuação, fenômeno contemporâneo e privatização, sendo certo que a discussão mais presente no âmbito social e jurídico é se a PPP encobre um projeto de privatização (Hatcher, 2006). No âmbito educacional, por sua vez, reconhecer que a atuação da PPP envolve um projeto de privatização é também reconhecer que a educação deixa de ser um bem público para ser reconhecido como mercadoria.

A educação, todavia, é atividade complexa, social e política, servindo ao interesse público (Robertson e Verger, 2012), esta configuração como direito especial, caracterizado como direito subjetivo público, portanto, exigível, aponta para a própria escolha estrutural do Estado e para o elemento indispensável à formação da cidadania (Asato J., 2022, 188).

Em assim sendo, para os defensores da PPP no setor educacional, o instituto pode representar uma proposta de reconstituição da educação pública no âmbito de serviços, em uma sociedade de mercado, podendo se configurar com um meio inovador de financiamento, resolver sistemas sistêmicos do ensino, como o acesso, a qualidade e a equidade (King, 2009).

Assevere-se que, no âmbito da construção das políticas públicas, os níveis de preocupação se fortalecem inicialmente com o acesso, aprimorando-se com a inclusão da qualidade e da equidade, problemas que são apontados incessantemente pela aplicação de exames nacionais e internacionais na verificação da efetivação da educação.

Robertson e Verger (2012) alertam que as relações entre o público e o privado na gestão da educação sofrem profundas alterações, em especial, com a introdução da economia de livre mercado, após a crise do projeto de desenvolvimento capitalista pós-guerra. O avanço das políticas neoliberais, primordialmente nos anos 90 resultaram em desastrosas polarizações sociais e, acima de tudo, desigualdades. As parcerias surgem neste contexto, na busca de uma “terceira via” entre o Estado e o mercado, “enquadramentos múltiplos, múltiplos interesses e múltiplos objetivos”. Um corretivo entre a

presença demasiada no Estado, presente desde o keynesianismo e a privatização. Hood (1991) cunha a expressão: nova gestão pública, sinônimo de conjugação de metas de desempenho, transferência de gerenciamento para os gestores, especificação de padrões e indicadores, alocação regida por resultados, auditoria e terceirização.

Anote-se que, para muitos, como já citado, há um pacote perfeito de delegação à iniciativa privada.

Contudo, os defensores da parceria fixam-se na ideia de que elas se aliam à boa governança, desfilando-se da preocupação excessiva da eficiência, que se foca nos resultados (que procura o valor para o investimento), para se voltar à efetividade, que se volta aos resultados e estratégias.

A preocupação ganha ainda maior relevância quando é preciso se voltar aos meios para concretização dos objetivos 2030 (Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – ODS), firmados na agenda da ONU.

O objetivo nº 04, que busca a educação de qualidade, se filia diretamente ao presente assunto, valendo lembrar que a efetivação da educação de qualidade também se presta ao cumprimento de outros dois objetivos: nº 01, que busca a erradicação da pobreza e o nº 10, que se presta à redução das desigualdades.

As PPPs poderiam (aqui não é uma afirmação) ser um instrumento de auxílio na busca da efetivação das ODS, rompendo com velhos padrões de gestão, que já se mostraram, diversas vezes, como ineficientes.

Assim, na busca para alavancar as metas de desenvolvimento do milênio (ODS), integrantes das Nações Unidas, como o Banco Mundial e a OCDE começaram a concentrar-se em parcerias, avançando em direção de um novo paradigma de desenvolvimento. Até mesmo os dez princípios do Pacto Global das Nações Unidas²⁵², lançado por Kofi Annan, em 1999, também deram ênfase às parcerias, na medida em que deveriam pautar-se no mercado e no empreendedorismo. A Unicef foi pioneira nas parcerias.

No âmbito de vários direitos, em especial, os que envolvem crianças e adolescentes, questões em torno da atuação conjunto com a iniciativa privada são primordiais na efetivação da solidariedade, impondo a atuação da família, estado e sociedade para o bem-estar destes sujeitos de direito em desenvolvimento (conforme previsão do artigo 227 da Constituição Federal).

A parceria une diferentes atores, com diversos tipos de conhecimento em função de intermediação. Embora, para muitos, possuem uma base comum e conjunto de ideias programáticas que representam a continuação do liberalismo econômico (Linder, 2000).

No âmbito da educação também não foi diferente, já nos anos 90 a discussão das parcerias ganha força, partindo da premissa que a educação é um bem de consumo, atuando, portanto, na mesma lógica do mercado li-

²⁵² Para entender melhor: <https://globalcompact.pt/index.php/pt/un-global-compact/os-dez-principios>. Acesso em 27 jul 2024.

vre e, desta forma, deve o Estado atuar apenas para minimizar as falhas do mercado, assegurando um ambiente político favorável ao seu financiamento, impondo-se ainda a retirada de barreiras regulatórias, para estímulo do empresariado para atuação no setor.

A questão é a busca pelo objetivo: fornecer educação de qualidade, que integra um dos objetivos do desenvolvimento do milênio (ODS) e contribui para o cumprimento de outras metas, como a redução da pobreza e a desigualdade. É importante salientar, porém, que a educação de qualidade induz uma reestruturação das condições de trabalho dos professores, incluindo contrato de trabalho, incentivos e prêmios.

[...] a maioria dos especialistas em PPPEs considera que o setor público não tem como operar com os incentivos necessários à oferta e que a provisão pública prejudica a concorrência e afeta negativamente a qualidade e o custo dos serviços de educação (Robertson e Verger, 2012).

Mas a grande problemática está em se concluir: o caráter público da educação, sua importância social e estratégico para o Estado faz com que se afaste as iniciativas privadas? Faz com que todos os aspectos de sua gestão devam permanecer exclusivamente também no setor público?

No mais, algumas premissas devem ser exploradas. Ao se tratar a educação sob a lógica de mercado, o que se constitui é um sujeito consumidor e não um sujeito cidadão, ou seja, que opera no âmbito público e político. Esta questão será objeto de análise no item que se segue.

16.3 EDUCAÇÃO NÃO É MERCADORIA

A educação, como direito social que é, tem por objetivo a busca da igualdade para que se concretize a Justiça Social, objetivo precípua do Estado Social e Democrático de Direito. No Brasil, a Constituição de 1988, coloca a busca da Justiça Social como elemento central da ordem social e econômica.

Nancy Fraser (2009), na análise da Justiça Social, aponta três aspectos essenciais: o da redistribuição (aspecto econômico), de reconhecimento (aspecto cultural) e o da representação (o político), com este último aspecto, se deduz que Justiça significa, especialmente, paridade de participação.

No início de sua análise, a referida autora (Fraser, 2009) associava a à Justiça Social a dois grandes tipos de reivindicações dentro do Estado nacional territorial: (i) a redistribuição socioeconômica e (ii) reivindicações por reconhecimento legal ou cultural.

Contudo, a globalização trouxe novas formas de vulnerabilidades para além das fronteiras nacionais, perante forças transnacionais, apontando que não apenas “o que”, mas o “quem” está em disputa. Além desses dois, o político representa o “como”.

Nas palavras de Fraser (2009): “Superar a injustiça significa desmantelar os obstáculos institucionalizados que impedem alguns sujeitos de participarem, em condições de paridade com os demais, como parceiros integrais da interação social”.

Na análise da terceira dimensão, o “político”, não afasta a distribuição e o reconhecimento, que são políticos por natureza, mas busca algo mais específico, “diz respeito à natureza da jurisdição do Estado e das regras de decisão pelas quais ele estrutura as disputas sociais (Fraser, 2009). Fornece, portanto, o palco em que as lutas por distribuição e reconhecimento são conduzidas. Esta terceira dimensão é a “representação”, uma questão de pertencimento social, de estruturação dos processos públicos de contestação.

Para que não haja injustiça, é preciso que se afaste a falsa representação. Deve também “procurar democratizar o processo de estabelecimento do enquadramento” (Fraser, 2009).

O que se pretende, portanto, a partir desta análise é demonstrar as características primordiais da educação enquanto estes elementos de construção da justiça social, seja em qualquer dos elementos expostos por Fraser: redistribuição, reconhecimento e representação, não sendo possível que seja tratada como mero objeto de consumo.

Esta conclusão, porém, não importa no enclausuramento da educação, podendo ser buscadas novas soluções para os antigos e persistentes problemas.

16.4 PPP NA EDUCAÇÃO: MEDIDAS DO HOJE E DO AMANHÃ

Parcerias e convênios com organizações sociais, sem fins lucrativos, para o fornecimento de vagas na educação infantil, com base no marco regulatório das organizações da sociedade civil - MROSC, é uma realidade que atende mais de 690.000 crianças no Brasil. No município de São Paulo, por exemplo, 84% dos vagas de creche envolvem parcerias ou convênios²⁵³.

O MROSC é uma agenda política ampla, voltada para o aperfeiçoamento da relação entre as organizações da sociedade civil e o Estado que estabelece um novo regime jurídico para celebração de parcerias, estimulando a gestão pública democrática e a valorização das organizações enquanto parceiras na garantia e efetivação de direitos. A Lei nº 13.019/2014 entrou em vigor para a União, Estados e Distrito Federal em janeiro de 2016 e para os municípios em janeiro de 2017²⁵⁴.

²⁵³ Posicionamento do Todos pela Educada. Disponível em: <https://todospelaeducacao.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2024/06/posicionamento-sobre-ppps-na-educacao-basica-todos-pela-educacao.pdf>. Acesso em 27 jul. 2024.

²⁵⁴ Definição do Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Disponível em: <https://www.gov.br/mds/pt-br/acoes-e-programas/suas/entidades-de>

O que se demonstra é que instrumentos de integração da administração pública com a sociedade não são novidades no ordenamento jurídico brasileiro, a utilização de PPP, já integrada às obras públicas de infraestrutura também não. Segundo a imprensa brasileira, editais de PPPs bateram o recorde em 2023, com 342 editais licitatórios²⁵⁵.

Para demonstrar o cenário atual de discussão, a tabela que segue, aponta novos projetos de PPP, em curso no Brasil.

Tabela 1 – PPPs Educação em implantação no Brasil.

Nome	Objetivo	Início
Inova BH (Belo Horizonte/MG)	Construir e administrar os serviços não pedagógicos de 55 escolas por 20 anos	2013
CEU ²⁵⁶ São Matheus (São Paulo/SP)	12 CEUs, com contrato de 25 anos. O contratado fica responsável pela construção, serviços de limpeza, manutenção, vigilância e infraestrutura de tecnologia da informação	2022 e 2023
Projeto Novas Escolas (Rede Estadual de São Paulo/SP)	Construção, manutenção, conservação, gestão e operação dos serviços não-pedagógicos de 33 escolas, em 29 cidades. Tem por finalidade ampliar a oferta de unidades em tempo integral	Leilão previsto para o final de 2024
PPP para requalificação de escolas (Rio Grande do Sul)	100 unidades em 15 municípios, com maior vulnerabilidade social. Requalificar a infraestrutura das escolas e prestar serviços de apoio que não interferirão nas atividades pedagógicas.	Projeto anunciado em 2023, em fase de estruturação
Projeto Somar (Minas Gerais)	Gestão administrativa e pedagógica de três escolas de ensino médio. Termo de colaboração por Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC	2022

assistencia-social/marco-regulatorio-das-organizacoes-da-sociedade-civil-2013-mrosc. Acesso em 27 jul. 2024.

255 Informação disponível em: EXAME. Em 2023, editais de concessões e PPPs chegam a maior número na história. Disponível em: <https://exame.com/brasil/em-2023-editais-de-concessoes-e-ppps-registram-maior-numero-na-historia/>. Acesso em 01 ago. 2024.

256 "Os CEUs integram o sistema educacional da Prefeitura de São Paulo e são administrados pela Secretaria Municipal de Educação, para o desenvolvimento educacional integral dos cidadãos e cidadãs, em conformidade com os objetivos, planos e políticas estabelecidas para as áreas de educação, cultura, esportes, lazer, recreação e tecnologia". Disponível em: <https://ceu.sme.prefeitura.sp.gov.br/sobre/>. Acesso em 01 ago. 2024.

Parceiro da Escola (Paraná)	Contratação de empresas especializadas em gerenciamento de instituições de ensino. A lei estadual 2.206/2024 prevê a concessão administrativa de até 204 escolas com resultados educacionais críticos.	2023 em duas escolas da região metropolitana.
-----------------------------	--	---

Fonte: elaboração própria, com dados constantes do Posicionamento Todos pela Educação²⁵⁷.

Anote-se que o Projeto Somar, em Minas Gerais, constitui-se como Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC, não é PPP, mas apresenta proposta semelhante.

A proposta mais antiga é o Inova BH, realizado na gestão de Márcio Lacerda. Os estudos indicados pelo Todos pela Educação (2024) apontam que houve aprovação da comunidade e aceleração do tempo de construção das unidades escolares.

No projeto “Parceiros do Escola”, criado pela Lei Estadual nº 22.006/2024, no Paraná, as escolas selecionadas passarão por consulta pública com a comunidade escolar, que pode aceitar ou não o modelo na unidade. Os professores que não quiserem permanecer o novo modelo podem pedir a remoção simplificada. Esse modelo ainda espera o decreto regulamentador e o edital de credenciamento das organizações privadas.

O referido projeto é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, distribuída sob o nº 7.684 à relatoria do Ministro Nunes Marques, proposta pelo Partido dos Trabalhadores – PT. A alegação de inconstitucionalidade se pauta na alegada terceirização do ensino público de educação básica do estado, que se processaria na contratação de instituições que fariam a gestão administrativa e financeira das instituições educacionais. Outro argumento seria o de descumprimento das competências legislativas constitucionais, na medida em que cabe à União legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional e, neste exercício, a Lei nº 9.394/96 prescreve que a manutenção, desenvolvimento e organização dos sistemas de ensino dos estados são incumbência destes, uma vez que assegura a “autonomia pedagógica e administrativa e de gestão financeira” das “unidades escolares públicas de educação básica.

No que se refere ao impacto orçamentário, o projeto de lei pautado em regime de urgência na Assembleia Legislativa do Paraná, não teria observado o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que estabelece que “a proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória

²⁵⁷ Posicionamento do Todos pela Educação. Disponível em: <https://todospelaeducacao.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2024/06/posicionamento-sobre-ppps-na-educacao-basica-todos-pela-educacao.pdf>. Acesso em 27 jul. 2024

ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro” (Ingizza, 2024).

Quanto às discussões do futuro, há em tramitação um Projeto de Lei (5607/2023) de iniciativa da deputada Professora Luciana Cavalcante, do PSOL/SP, com o objetivo de alterar o § 4º do artigo 1º da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. A Lei nº 11.079 instituiu normas gerais para licitação e contratação de PPPs no âmbito da Administração Pública. O projeto visa acrescentar o inciso IV no referido parágrafo para proibir a utilização de PPP “na oferta de quaisquer serviços de garantia do direito fundamental à educação, incluindo-se além dos serviços públicos, obras públicas, fornecimento e instalação de bens”.

O projeto justifica que a educação pública é um dever estatal e não há lugar para a iniciativa privada, que visa o lucro. Assim, há o benefício do interesse privado, em detrimento do interesse público.

Postas as dicotomias, foram lançados os desafios.

16.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tudo o que rompe com o costumeiro é desafiador. A quebra de barreiras previamente estabelecidas pode se apresentar como um obstáculo para se superar antigas formas de gerir.

Educação não é mercadoria, isto é um pressuposto, não deve ser negociada no mercado, nem fragilizada diante do retorno de políticas liberais. Além de direito, a educação é um instrumento de alcance da Justiça Social, em seu triplo viés, de redistribuição, reconhecimento e representação.

Todavia, isso não afasta a realidade posta de sua difícil gestão. Assim, a pesada máquina pública brasileira sustenta o desafio de promover políticas públicas mais eficazes e que consigam efetivar os objetivos do desenvolvimento sustentável, seja o da educação de qualidade ou de outros que se inter-relacionam, como a redução das desigualdades e a erradicação da pobreza.

A busca, portanto, de novos formatos, não afronta a natureza essencial da educação. Não se trata de concessão da gestão pedagógica, pois isso, de fato, pode representar uma forma indevida de delegação da atividade ao setor privado, mas de deixar a atividade meio, como a infraestrutura, para que a administração possa se dedicar ao que de fato importa: uma educação transformadora e autônoma.

REFERÊNCIAS

- ASATO J., Michelle. Educação como direito e elemento de construção da cidadania e do desenvolvimento: perspectivas atuais em tempos pandêmicos. In: Danielle de Ouro Mamed; Isabelle Dias Carneiro Santos; José Paulo

Gutierrez. (Org.). **A proteção da pessoa humana: temas emergentes.**

Londrina/PR: Thoth, 2022, v. 1, p. 187-200.

DORNELLAS, Liege Coutinho Goulart. Parceria público-privada como objeto de estudo na área da educação: revisão de literatura. *In: Políticas Educacionais e a Privatização: concepções, ações e tendências na educação pública.* Disponível em: <https://downloads.editoracientifica.com.br/articulos/210705562.pdf>. Acesso em 28 jul. 2024.

FRASER, N. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. Lua Nova: **Revista de Cultura e Política**, n. 77, p. 11-39, 2009.

HATCHER, R. *Privatization and sponsorship: the re-agenting of the school system in England.* **Journal of Education Policy**, London, v. 21, n. 5, p. 599-619, 2006.

HOOD, C. *A public management for all seasons?* **Public Administration**, London, v. 69, p. 3-19, 1991.

INGIZZA, Caroline. PT contesta no STF lei do Paraná que permite terceirizar a gestão de escolas públicas. **Jota**. <https://www.jota.info/stf/do-supremo/pt-contesta-no-stf-lei-do-parana-que-permite-terceirizar-a-gestao-de-escolas-publicas-11/07/2024>

ROBERTSON, S.; VERGER, A. A origem das parcerias público-privada na governança global da educação. **Educação & Sociedade**, v. 33, n. 121, p. 1133-1156, out. 2012.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. **Posicionamento sobre PPPs na Educação Básica.** 2024. Disponível em: <https://todospelaeducacao.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2024/06/posicionamento-sobre-ppps-na-educacao-basica-todos-pela-educacao.pdf>. Acesso em 27 jul. 2024.

17

INTERSEÇÕES E DESAFIOS: COLABORAÇÕES ENTRE EDUCAÇÃO PÚBLICA E PRIVADA NO ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO

*Henrique Carivaldo de Miranda Neto*²⁵⁸

17.1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, as colaborações entre instituições de ensino superior públicas e privadas no Brasil têm ganhado destaque, impulsionadas pela necessidade de otimização de recursos, melhoria da qualidade educacional e ampliação do acesso ao ensino superior. Essa parceria, no entanto, apresenta uma série de desafios e complexidades, que vão desde divergências na gestão e financiamento até questões de identidade institucional e

²⁵⁸ Pós-doutor em Psicologia. Doutor e mestre em Educação. Possui especialização em Docência da Educação Superior, em Gestão Empresarial, em A moderna educação: metodologias, tendências e foco no aluno, em Gestão da Educação Superior e em Filosofia e Autoconhecimento: uso pessoal e profissional. É licenciado em Filosofia, em Letras e em Pedagogia. Docente e pesquisador na educação superior. Atualmente, está atuando como reitor do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).



missão educativa. Conforme aponta Sguissardi (2017, p. 58), “a articulação entre os setores público e privado no ensino superior é parte de um fenômeno mais amplo de reconfiguração das políticas educacionais no Brasil, fortemente marcado por pressões econômicas e demandas sociais por maior acesso à educação de qualidade” Diante desse contexto, o presente estudo busca analisar as interseções e os desafios enfrentados nas colaborações entre essas duas esferas no Brasil.

A expansão do ensino superior no Brasil, especialmente nas últimas décadas, tem sido impulsionada, em grande medida, pela participação do setor privado. Em 2019, cerca de 75% das matrículas no ensino superior brasileiro estavam concentradas em instituições privadas, o que evidencia a relevância desse segmento na oferta educacional (INEP, 2019). No entanto, essa hegemonia quantitativa não se traduz, necessariamente, em uma colaboração harmoniosa entre os setores público e privado. Segundo Sampaio e Andrade (2020, p. 102),

[...] embora a expansão do ensino superior privado tenha contribuído significativamente para a democratização do acesso, há uma clara lacuna em termos de qualidade e financiamento que precisa ser abordada por meio de políticas públicas mais eficazes.

As instituições públicas, por sua vez, enfrentam desafios próprios, como o subfinanciamento crônico e a pressão para ampliar o acesso, especialmente em um cenário de crescente demanda por educação superior. Em contrapartida, instituições privadas lidam com a necessidade de equilibrar a sustentabilidade financeira com a oferta de cursos de qualidade, um dilema exacerbado pela concorrência acirrada no mercado educacional. Como afirma Oliveira (2021, p. 88), “a tensão entre a busca pelo lucro no setor privado e o compromisso com a qualidade e inclusão no setor público é um dos principais obstáculos para a criação de sinergias efetivas entre as duas esferas”. Essas diferenças geram barreiras que tornam complexa a efetivação de parcerias benéficas para ambas as partes.

Entretanto, alguns exemplos de colaborações bem-sucedidas entre instituições públicas e privadas demonstram que, apesar dos desafios, essas interações podem gerar resultados positivos. Parcerias em pesquisa, desenvolvimento tecnológico e programas de extensão têm sido áreas de interseção promissoras. Como sugere Prado (2018, p. 76), “as parcerias público-privadas no ensino superior, quando bem estruturadas, podem catalisar avanços significativos na inovação e na criação de soluções para problemas sociais e econômicos” (p. 76). Essas experiências oferecem lições importantes para a construção de colaborações mais efetivas no futuro.

Dessa forma, o presente artigo tem como objetivo analisar criticamente as interseções e os desafios que envolvem a colaboração entre os setores público e privado no ensino superior brasileiro. A partir de uma revisão bibliográfica e de exemplos práticos, busca-se contribuir para o entendimento de como essas parcerias podem ser otimizadas, considerando os benefícios potenciais e as dificuldades inerentes a esse processo.

17.2 BREVE PANORAMA HISTÓRICO DAS RELAÇÕES ENTRE SETORES PÚBLICO E PRIVADO NO ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO

A história do ensino superior no Brasil é marcada por uma constante tensão e articulação entre os setores público e privado. Desde a fundação das primeiras universidades, no início do século XX, até a expansão acelerada das instituições privadas nas últimas décadas, as relações entre esses dois setores têm sido fundamentais para a conformação do cenário educacional no país. O desenvolvimento do ensino superior brasileiro reflete, em grande medida, as mudanças políticas, econômicas e sociais que o país atravessou ao longo do tempo, e a interação entre os setores público e privado se transformou conforme essas mudanças ocorreram. Conforme Sguissardi (2017, p. 45), “a coexistência de instituições públicas e privadas no ensino superior brasileiro nunca foi isenta de tensões, mas também se mostrou fundamental para a ampliação do acesso e a diversificação das ofertas educacionais”.

O marco inicial do ensino superior no Brasil está ligado à fundação da Universidade do Brasil, em 1937, atual Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), criada pelo governo Getúlio Vargas. A criação dessa universidade, que incorporava faculdades já existentes, foi uma tentativa de centralizar e organizar a oferta de ensino superior no país sob a tutela do Estado. No entanto, o ensino superior privado já existia de forma embrionária desde o século XIX, principalmente através das faculdades de direito e medicina, muitas delas ligadas à Igreja Católica. Segundo Oliveira (2020, p. 62),

[...] a presença de instituições privadas no Brasil antecede a fundação das universidades públicas, mas foi com a centralização do ensino pelo Estado, nas décadas de 1930 e 1940, que se estabeleceu uma linha divisória clara entre o setor público e o privado.

A década de 1960 foi um período de transição importante para o ensino superior brasileiro, com a promulgação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) de 1961, que regulamentou a coexistência de instituições públicas e privadas. Essa legislação reconheceu oficialmente o papel das instituições privadas, ao mesmo tempo em que definiu normas de funcionamento para o setor público. De acordo com Prado (2018, p. 73), “a LDB de

1961 foi um marco na história do ensino superior brasileiro, pois consolidou o espaço das universidades privadas, enquanto reafirmava o papel do Estado na educação superior”. Essa legislação permitiu a expansão das instituições privadas, especialmente nas áreas de ensino profissionalizante, onde o setor privado encontrou maior flexibilidade para operar.

Nos anos 1970, durante a ditadura militar, o governo brasileiro implementou uma política de expansão do ensino superior que priorizou as instituições privadas. A criação do Programa de Crédito Educativo (CRE-EDUC), em 1976, incentivou a entrada de estudantes no setor privado ao oferecer empréstimos para o pagamento de mensalidades. Esse movimento foi parte de uma estratégia governamental para transferir parte da responsabilidade pela expansão do acesso ao ensino superior para o setor privado, em um contexto de restrições orçamentárias para as universidades públicas. Conforme Andrade (2019, p. 91), “a política educacional do período militar contribuiu para a consolidação do setor privado no ensino superior, especialmente em áreas como administração, direito e ciências sociais aplicadas”. Essa expansão, no entanto, não veio acompanhada de um aumento proporcional na qualidade educacional.

Com a redemocratização do Brasil, a Constituição de 1988 reafirmou o papel do Estado na educação, garantindo o ensino público, gratuito e de qualidade como um direito social fundamental. No entanto, o setor privado continuou a expandir-se de forma acelerada, especialmente a partir da década de 1990, com a abertura econômica e as reformas neoliberais implementadas pelos governos de Fernando Collor e Fernando Henrique Cardoso. Durante esse período, as universidades privadas proliferaram, muitas vezes sem o controle de qualidade necessário, o que gerou um aumento de instituições com fins lucrativos. Como afirma Sampaio e Andrade (2020, p. 87), “a liberalização do ensino superior na década de 1990 levou à criação de centenas de novas instituições privadas, que passaram a disputar diretamente o espaço com as universidades públicas”.

A partir dos anos 2000, com a chegada do governo Lula, houve uma mudança significativa na política educacional. O governo adotou uma abordagem mais equilibrada, ao mesmo tempo em que ampliava as universidades públicas, com a criação do Programa de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI), também incentivava o setor privado por meio do Programa Universidade para Todos (ProUni) e do Fundo de Financiamento Estudantil (FIES). Essas iniciativas representaram uma tentativa de conciliar a expansão do acesso ao ensino superior com a qualidade educacional, ao mesmo tempo que o Estado mantinha uma forte presença tanto no setor público quanto no privado. Como observa Oliveira (2021, p. 95),

[...] o ProUni e o FIES foram fundamentais para a democratização do ensino superior no Brasil, ao possibilitar o acesso de estudantes de baixa renda a instituições privadas, enquanto o REUNI expandia as universidades públicas.

O setor privado no ensino superior, especialmente as instituições com fins lucrativos, passou por um crescimento exponencial na primeira década do século XXI. Esse crescimento foi marcado pela entrada de grandes grupos empresariais no mercado educacional, que viram no setor uma oportunidade lucrativa. Ao mesmo tempo, surgiram críticas à qualidade do ensino oferecido por muitas dessas instituições, que focavam em cursos de graduação à distância e de curta duração. Conforme Sguissardi (2017, p. 81), “a expansão acelerada das universidades privadas no início do século XXI gerou preocupações com a qualidade da formação oferecida, especialmente nas áreas de ensino a distância”. Essa expansão, contudo, foi essencial para a massificação do ensino superior no país.

Nos últimos anos, o ensino superior brasileiro tem enfrentado novos desafios, principalmente devido à crise econômica e aos cortes no financiamento público. As universidades públicas, tradicionalmente vistas como espaços de excelência acadêmica, têm sofrido com a redução de investimentos, o que afeta tanto a pesquisa quanto a qualidade do ensino. Por outro lado, as instituições privadas continuam a expandir-se, embora também enfrentem dificuldades, especialmente em um cenário de queda na capacidade de pagamento dos estudantes e inadimplência. Segundo Prado (2018, p. 104),

[...] a crise financeira das universidades públicas e privadas no Brasil tem levado a um questionamento sobre o modelo de financiamento do ensino superior, e a necessidade de novas formas de colaboração entre o público e o privado.

O panorama histórico das relações entre os setores público e privado no ensino superior brasileiro demonstra que, embora ambos os setores tenham desempenhado papéis complementares, as tensões e disparidades estruturais sempre estiveram presentes. O Estado tem oscilado entre uma postura de regulação e de incentivo ao setor privado, refletindo as mudanças nos contextos políticos e econômicos do país. Como sintetiza Sguissardi (2017, p. 109), “o ensino superior no Brasil é uma arena de disputas entre o público e o privado, em que ambos os setores buscam se afirmar como fundamentais para o desenvolvimento social e econômico do país”.

Dessa forma, as relações entre o setor público e o privado no ensino superior brasileiro, embora complexas e cheias de desafios, continuam a ser fundamentais para a ampliação do acesso à educação e a promoção de um ensino de qualidade. O equilíbrio entre esses setores é necessário para que

o país possa enfrentar as demandas crescentes por uma formação superior inclusiva e inovadora.

17.3 MODELOS DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA NO ENSINO SUPERIOR: TIPOLOGIAS E CASOS DE SUCESSO

As parcerias entre as instituições de ensino superior públicas e privadas no Brasil vêm ganhando destaque nas últimas décadas, especialmente como forma de responder às crescentes demandas por inovação, expansão do acesso e melhorias na qualidade do ensino. Essas colaborações ocorrem de diversas formas e envolvem diferentes tipos de interações, que podem variar desde projetos de pesquisa conjuntos até programas de extensão e intercâmbio de tecnologias. Segundo Oliveira (2020, p. 45), “[...] as parcerias entre o setor público e o privado no ensino superior têm se intensificado como uma resposta às limitações de financiamento e à necessidade de atender a um público estudantil cada vez mais diversificado.”

Um dos modelos mais comuns de colaboração entre instituições públicas e privadas é o desenvolvimento de projetos de pesquisa conjunta. Nesse tipo de parceria, as universidades públicas frequentemente lideram iniciativas de pesquisa, devido à sua infraestrutura e tradição acadêmica, enquanto as instituições privadas oferecem suporte financeiro ou logístico. Como aponta Prado (2018, p. 88), “a colaboração em pesquisa é uma das áreas mais promissoras de interação entre o público e o privado, pois permite que ambos os setores compartilhem recursos e expertise, maximizando os benefícios para a sociedade”. Um exemplo bem-sucedido desse modelo é o convênio entre a Universidade de São Paulo (USP) e empresas do setor farmacêutico, que resultou no desenvolvimento de novos medicamentos e patentes compartilhadas.

Outro modelo de colaboração público-privada é a criação de programas de formação profissional ou de pós-graduação em parceria. Esses programas são projetados para atender às demandas do mercado de trabalho, combinando a expertise acadêmica das universidades públicas com a agilidade e o foco prático das instituições privadas. Segundo Sguissardi (2017, p. 103), “os cursos de formação profissional e de pós-graduação oferecidos em parceria entre universidades públicas e privadas têm o potencial de alinhar o ensino superior com as necessidades do mercado de trabalho, sem comprometer a qualidade educacional”. Um exemplo desse tipo de colaboração é o curso de MBA em Gestão de Negócios promovido conjuntamente pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e a Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), que combina excelência acadêmica com uma abordagem prática voltada para o setor empresarial.

No âmbito da inovação tecnológica, as parcerias público-privadas têm desempenhado um papel crucial na criação de startups e incubadoras de empresas. As universidades públicas, muitas vezes, fornecem o conhecimento técnico e a pesquisa de base, enquanto as instituições privadas oferecem financiamento e suporte para a comercialização das inovações. De acordo com Andrade (2020, p. 120), “as incubadoras de empresas e startups que emergem de parcerias entre universidades públicas e privadas representam um dos principais resultados dessas colaborações, promovendo a inovação e a criação de empregos”. Um caso de sucesso é o Parque Tecnológico de São José dos Campos, que envolve diversas universidades públicas e empresas privadas em iniciativas voltadas para a tecnologia aeroespacial e de defesa.

As parcerias no campo da extensão universitária também têm se mostrado eficazes, especialmente em áreas que demandam intervenções sociais e comunitárias. As universidades públicas, com sua tradição de extensão voltada para a cidadania e o desenvolvimento social, colaboram com instituições privadas em projetos que beneficiam diretamente as comunidades locais. Como sugere Carvalho (2021, p. 77), “a colaboração em extensão universitária permite que o setor privado se engaje em projetos de responsabilidade social, enquanto as universidades públicas ampliam seu alcance e impacto na sociedade”. Um exemplo notável é o projeto de saúde comunitária realizado pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) em parceria com empresas privadas do setor de saúde, que oferece serviços médicos gratuitos em regiões carentes.

Um aspecto importante das colaborações público-privadas no ensino superior é a troca de conhecimento e tecnologia entre os dois setores. As universidades públicas, com seu vasto conhecimento acadêmico, podem se beneficiar da infraestrutura tecnológica e do conhecimento aplicado que as instituições privadas possuem. Segundo Prado (2018, p. 91), “a transferência de tecnologia é uma das áreas mais frutíferas de colaboração entre o público e o privado, permitindo que inovações desenvolvidas nas universidades públicas sejam levadas ao mercado com o apoio das instituições privadas”. Um exemplo é a parceria entre a Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) e a empresa Embrapa, que resultou no desenvolvimento de novas tecnologias agrícolas aplicadas na produção sustentável.

Além dessas colaborações em pesquisa, inovação e extensão, outro modelo de parceria é a utilização conjunta de infraestruturas e recursos, como laboratórios, bibliotecas e centros de convenções. Esse tipo de colaboração permite que as universidades públicas, frequentemente limitadas por orçamentos reduzidos, possam usufruir de instalações modernas de instituições privadas. Como destaca Sguissardi (2017, p. 112), “o compartilhamento de infraestrutura entre universidades públicas e privadas pode resultar em economias de escala e na otimização de recursos, beneficiando ambas as partes”.

Um caso de sucesso é a utilização do Centro de Convenções da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) para eventos acadêmicos promovidos em parceria com universidades públicas da região.

Entretanto, essas parcerias não estão isentas de desafios. A gestão conjunta de recursos e a definição de objetivos comuns podem ser fontes de tensão entre as instituições, que muitas vezes operam sob lógicas distintas. As universidades públicas, por exemplo, estão sujeitas a regulamentações estatais rígidas, enquanto as instituições privadas têm maior liberdade administrativa. Conforme Sampaio e Andrade (2020, p. 110), “as diferenças estruturais e culturais entre as instituições públicas e privadas podem dificultar a implementação de parcerias eficazes, exigindo um esforço adicional para alinhar interesses e processos”. Esse desafio pode ser superado com a criação de comitês gestores e a definição clara de responsabilidades e metas desde o início da parceria.

Outro ponto importante é a sustentabilidade financeira das parcerias. Embora o setor privado frequentemente forneça financiamento para projetos conjuntos, é essencial que as universidades públicas também busquem outras fontes de financiamento, como fundos de pesquisa e agências de fomento. Como ressalta Oliveira (2020, p. 56), “a dependência excessiva do financiamento privado pode comprometer a autonomia acadêmica das universidades públicas, sendo necessário buscar um equilíbrio entre as fontes de financiamento”. Um exemplo de equilíbrio bem-sucedido é a parceria entre a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e o setor privado para o desenvolvimento de tecnologias de energias renováveis, que contou com financiamento misto de empresas e de agências governamentais.

Por fim, o sucesso das colaborações público-privadas depende do alinhamento entre os objetivos acadêmicos e os interesses de mercado. As universidades públicas, ao se envolverem em parcerias com o setor privado, devem garantir que suas missões institucionais, voltadas para o desenvolvimento social e científico, não sejam comprometidas em função de interesses comerciais. Como destaca Prado (2018, p. 94), “é fundamental que as universidades públicas mantenham sua autonomia e seus princípios éticos, mesmo em colaborações com o setor privado, garantindo que os projetos desenvolvidos sirvam ao interesse público”. Essa abordagem equilibrada é essencial para garantir que as colaborações gerem benefícios tanto para o desenvolvimento científico quanto para a sociedade em geral.

17.4 DESAFIOS ESTRUTURAIS: DIFERENÇAS DE GESTÃO, DE FINANCIAMENTO E DE MISSÃO EDUCACIONAL

As colaborações entre instituições de ensino superior públicas e privadas no Brasil enfrentam uma série de desafios estruturais que complicam a

implementação e o sucesso dessas parcerias. Entre esses desafios, destacam-se as diferenças significativas em termos de gestão, financiamento e missão educacional. Esses três pilares representam obstáculos que, se não forem superados, podem comprometer a qualidade e o alcance das colaborações entre os setores. Como destaca Sguissardi (2017, p. 33), “a relação entre o público e o privado no ensino superior brasileiro é permeada por contradições e tensões, sobretudo no que tange às disparidades estruturais que caracterizam esses dois mundos”.

Em termos de gestão, uma das principais diferenças entre as instituições públicas e privadas reside na forma como são administradas. As instituições públicas estão sujeitas a uma série de normas e regulamentações do Estado, que limitam sua autonomia e flexibilidade. Elas dependem fortemente de concursos públicos para contratação de docentes e funcionários, o que, por vezes, torna os processos mais lentos. Por outro lado, as instituições privadas têm maior autonomia na gestão de seus recursos humanos e financeiros, o que lhes permite adaptar-se mais rapidamente às mudanças do mercado. Segundo Carvalho (2020, p. 65), “a rigidez administrativa das universidades públicas, imposta pela legislação brasileira, muitas vezes impede que essas instituições se adaptem rapidamente às demandas educacionais e de mercado”.

Além da gestão, o financiamento é outro aspecto crítico que distingue as instituições públicas e privadas. As universidades públicas são majoritariamente financiadas pelo Estado, e isso lhes garante certa estabilidade financeira, mas também as torna vulneráveis a cortes orçamentários, especialmente em tempos de crise econômica. Em contrapartida, as instituições privadas dependem quase exclusivamente de recursos próprios, oriundos de mensalidades, doações e, em alguns casos, de parcerias com empresas. Essa dependência do mercado pode ser uma vantagem em termos de flexibilidade financeira, mas também um risco, como aponta Prado (2018, p. 56), “a instabilidade econômica pode afetar diretamente o financiamento das universidades privadas, uma vez que a capacidade de pagamento dos estudantes é um fator crucial para a sobrevivência dessas instituições”.

Outra questão relevante nas colaborações público-privadas no ensino superior é a diferença em suas missões educacionais. As instituições públicas têm uma missão clara de promover a educação como um bem público, garantindo acesso igualitário e qualidade para a formação de cidadãos críticos. Já as instituições privadas, embora possam compartilhar o compromisso com a qualidade, são frequentemente guiadas por interesses mercadológicos e a necessidade de lucro. Segundo Andrade (2019, p. 88), “a missão pública das universidades está em conflito com a lógica de mercado das instituições privadas, o que gera tensões quando se tenta estabelecer parcerias entre essas duas esferas”.

Essas diferenças de missão também afetam o tipo de pesquisa e inovação que cada setor prioriza. Enquanto as universidades públicas geralmente se dedicam a pesquisas de interesse social e científico, as privadas muitas vezes focam em áreas mais imediatas e lucrativas, como as ciências aplicadas. Essa divergência pode dificultar a criação de projetos de pesquisa conjuntos. Como destaca Sampaio e Andrade (2020, p. 95), “o foco no retorno financeiro rápido, típico das instituições privadas, pode ser um obstáculo para projetos de pesquisa de longo prazo, que são mais comuns nas universidades públicas”. Isso demonstra como a missão de cada tipo de instituição impacta as parcerias e o desenvolvimento de inovações.

Outro ponto importante a considerar é que, nas universidades públicas, os recursos financeiros destinados à pesquisa e inovação dependem majoritariamente de agências governamentais e fundos públicos, como o CNPq e a CAPES. Esses financiamentos, embora essenciais, estão sujeitos a cortes e mudanças de prioridades políticas, o que pode comprometer a continuidade de projetos importantes. Em contraste, as universidades privadas, ao dependerem de parcerias com empresas para financiamento de pesquisa, podem direcionar seus esforços para áreas de interesse imediato do mercado, às vezes em detrimento de outras áreas do conhecimento. Para Oliveira (2021, p. 72), “a dependência de financiamento privado pode comprometer a autonomia acadêmica das universidades, direcionando suas pesquisas para interesses comerciais em vez de científicos”.

Outro aspecto relevante na gestão das colaborações é a governança compartilhada. Quando se trata de colaborações entre o público e o privado, as diferenças na forma de organização e tomada de decisão podem gerar conflitos. As universidades públicas possuem estruturas hierárquicas complexas e decisões colegiadas, enquanto as instituições privadas, muitas vezes, operam com estruturas mais enxutas e decisões centralizadas. Essa disparidade pode tornar difícil a integração dos processos administrativos e a execução de projetos conjuntos. Conforme Prado (2018, p. 67), “a governança das parcerias público-privadas no ensino superior é um desafio constante, devido às diferenças fundamentais na cultura organizacional de cada tipo de instituição”.

As disparidades de financiamento e gestão também impactam o perfil de estudantes que frequentam essas instituições. As universidades públicas, em geral, recebem estudantes que passaram por processos seletivos rigorosos, como o ENEM e o vestibular, e que, muitas vezes, vêm de contextos socioeconômicos mais desafiadores. Já as instituições privadas, que dependem de mensalidades, atraem um público mais diversificado, tanto em termos econômicos quanto acadêmicos, especialmente com o apoio de programas como o ProUni e o FIES. Segundo Sguissardi (2017, p. 78), “as diferenças no perfil do corpo discente entre as instituições públicas e privadas refletem

as disparidades estruturais que existem entre os dois setores e influenciam diretamente o sucesso das colaborações”.

Diante dessas diferenças, as parcerias público-privadas no ensino superior exigem uma atenção especial na definição de objetivos comuns e na criação de mecanismos que assegurem a sustentabilidade e o equilíbrio das iniciativas. A experiência mostra que as parcerias mais bem-sucedidas são aquelas que conseguem alinhar os interesses de ambos os setores, respeitando as particularidades de cada um. Como destaca Carvalho (2020, p. 102), “o sucesso das colaborações entre universidades públicas e privadas depende de uma negociação cuidadosa, que leve em conta as diferenças estruturais e busque formas de potencializar as forças de cada setor”.

Finalmente, é essencial que o Estado desempenhe um papel ativo na mediação dessas colaborações, por meio de políticas públicas que incentivem a interação entre os dois setores, mas que também protejam os princípios da educação pública. É necessário garantir que essas parcerias não comprometam a missão das universidades públicas de promover o bem comum e a inclusão social. Como argumenta Oliveira (2021, p. 84), “o papel do Estado é fundamental para equilibrar as relações entre o público e o privado, garantindo que as parcerias contribuam para o desenvolvimento social e científico do país”. Assim, o fortalecimento das colaborações público-privadas no ensino superior depende de uma abordagem equilibrada, que reconheça as diferenças estruturais e promova a sinergia entre os setores.

17.5 IMPACTOS DAS PARCERIAS EM PESQUISA, EM DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E EM INOVAÇÃO

As parcerias entre instituições de ensino superior públicas e privadas têm se consolidado como um dos pilares fundamentais para o desenvolvimento científico e tecnológico no Brasil. Tais colaborações visam não apenas a ampliação da capacidade de pesquisa, mas também o desenvolvimento de soluções inovadoras que atendam às demandas do mercado e da sociedade. A articulação entre o setor acadêmico e o setor produtivo é vista como um mecanismo essencial para fomentar a inovação, gerar conhecimento aplicado e impulsionar o desenvolvimento econômico. Como ressalta Prado (2018, p. 110), “as parcerias entre universidades e empresas têm sido um motor importante para a criação de novas tecnologias e a transferência de conhecimento para o setor produtivo, possibilitando um impacto direto na economia e no bem-estar social”.

No Brasil, a Lei de Inovação (Lei n.º 10.973/2004) representou um marco regulatório importante para o fortalecimento dessas parcerias, ao promover mecanismos que incentivam a colaboração entre as universidades e o setor privado. Com essa lei, foi possível estabelecer um quadro jurídico

mais favorável para a transferência de tecnologia e a criação de ambientes colaborativos, como incubadoras de empresas e parques tecnológicos. Para Andrade (2020, p. 64), “a Lei de Inovação foi crucial para romper com a tradicional barreira entre o setor acadêmico e o setor privado no Brasil, incentivando a criação de mecanismos formais para o desenvolvimento de pesquisas conjuntas e a inovação tecnológica”. Esse marco legal permitiu que as instituições públicas passassem a colaborar de maneira mais intensa com empresas privadas em projetos de interesse mútuo.

As parcerias em pesquisa, desenvolvimento tecnológico e inovação (P&D&I) também têm se mostrado eficazes na criação de *startups* e *spin-offs* acadêmicas, que são empresas derivadas de pesquisas realizadas no ambiente universitário. Essas empresas são responsáveis por levar ao mercado inovações nas áreas de biotecnologia, tecnologia da informação, energia renovável, entre outras. Segundo Oliveira (2021, p. 82), “as *startups* acadêmicas são um dos exemplos mais claros de como a colaboração entre universidade e setor privado pode gerar impacto econômico e social, ao transformar o conhecimento científico em produtos e serviços que atendem às demandas do mercado”. Esses empreendimentos têm potencial para alavancar a economia e gerar empregos altamente qualificados.

Um exemplo de sucesso de parcerias público-privadas no campo da inovação tecnológica é o Parque Tecnológico de São José dos Campos, que reúne diversas universidades públicas e empresas do setor aeroespacial e de defesa. O parque tecnológico tem sido responsável pela criação de soluções inovadoras em áreas como aviação, satélites e defesa nacional. De acordo com Sguissardi (2017, p. 95), “os parques tecnológicos são ambientes férteis para a colaboração entre universidades e empresas, pois oferecem infraestrutura de ponta e um ecossistema voltado para a inovação, facilitando o desenvolvimento de tecnologias de alto valor agregado”. Esse modelo de colaboração tem sido replicado em outras regiões do país, demonstrando a viabilidade e a importância de parcerias estratégicas.

Além dos parques tecnológicos, as incubadoras de empresas também têm desempenhado um papel relevante na promoção da inovação no Brasil. As incubadoras, muitas vezes vinculadas a universidades públicas, oferecem apoio logístico e técnico para empreendedores que desejam desenvolver inovações tecnológicas a partir de pesquisas acadêmicas. Segundo Prado (2018, p. 123), “as incubadoras de empresas são ambientes propícios para a criação de novos negócios de base tecnológica, pois oferecem suporte técnico, jurídico e de gestão, além de facilitarem o acesso a redes de investidores e clientes”. O Brasil conta hoje com dezenas de incubadoras espalhadas pelo país, que têm contribuído para o surgimento de uma nova geração de empresas inovadoras.

Outro impacto positivo das parcerias público-privadas reflete-se no aumento da competitividade da indústria brasileira. Ao estabelecer colaborações com universidades, empresas podem acessar o conhecimento mais avançado produzido no ambiente acadêmico e aplicá-lo em seus processos produtivos, o que gera ganhos de eficiência e qualidade. Para Sampaio e Andrade (2020, p. 91), “a parceria com universidades permite que as empresas brasileiras se mantenham competitivas em um mercado globalizado, ao incorporar inovações tecnológicas que aumentam sua produtividade e reduzem custos”. Isso é especialmente importante em setores de alta tecnologia, como a indústria farmacêutica, a indústria de softwares e a indústria automotiva.

Contudo, apesar dos benefícios, essas parcerias também enfrentam desafios. Um dos principais entraves é a burocracia existente nas universidades públicas, que pode dificultar a implementação de projetos conjuntos. As universidades, por serem instituições públicas, estão sujeitas a uma série de regulamentações que nem sempre são compatíveis com a agilidade necessária para o desenvolvimento de inovações em parceria com o setor privado. Como aponta Oliveira (2021, p. 96),

[...] a burocracia nas universidades públicas é um dos principais obstáculos para o sucesso das parcerias com o setor privado, pois dificulta a execução de projetos, a contratação de pessoal e a aquisição de equipamentos necessários para as pesquisas.

Além disso, as diferenças de interesse entre o setor acadêmico e o setor privado também podem gerar dificuldades. Enquanto as universidades têm como missão principal a produção de conhecimento e a formação de recursos humanos, as empresas buscam retornos financeiros mais imediatos e soluções aplicáveis no curto prazo. Para superar esse desafio, é necessário um esforço de alinhamento entre as expectativas dos parceiros envolvidos.

Nesse sentido, a capacitação de recursos humanos é outro impacto positivo das parcerias público-privadas. A colaboração com o setor privado permite que os estudantes de graduação e pós-graduação participem de projetos de pesquisa aplicada, desenvolvam habilidades práticas e tenham contato direto com o mercado de trabalho. Para Prado (2018, p. 118), “as parcerias em P&D&I oferecem uma oportunidade única para que os estudantes adquiram experiência prática e conheçam as demandas reais do mercado, o que aumenta sua empregabilidade e contribui para a formação de profissionais altamente qualificados. Esse intercâmbio de conhecimento beneficia tanto as empresas, que podem contar com mão de obra qualificada, quanto as universidades, que fortalecem seus programas de pesquisa.

Por fim, é importante destacar o papel do Estado como mediador e incentivador dessas parcerias. Políticas públicas que promovem a inovação,

como os incentivos fiscais para empresas que investem em pesquisa e desenvolvimento, são essenciais para a continuidade e o fortalecimento das colaborações entre universidades e o setor privado. Conforme Andrade (2020, p. 78), “o Estado desempenha um papel fundamental na criação de um ambiente favorável à inovação, seja por meio de políticas de incentivo ou da criação de mecanismos legais que facilitem a interação entre o público e o privado” (p. 78). O sucesso dessas iniciativas depende, portanto, de um esforço coordenado entre as universidades, as empresas e o governo.

17.6 POLÍTICAS PÚBLICAS E O FUTURO DAS COLABORAÇÕES NO ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO

As políticas públicas desempenham um papel crucial na estruturação e regulação do ensino superior no Brasil, especialmente no que se refere às colaborações entre as instituições públicas e privadas. Ao longo das últimas décadas, essas políticas foram moldadas por diferentes orientações econômicas e ideológicas, que ora incentivaram, ora restringiram as parcerias entre os setores. Com o aumento da demanda por educação superior e as limitações financeiras do Estado, essas colaborações tornaram-se ainda mais relevantes para a sustentabilidade e expansão do sistema educacional brasileiro. Conforme Oliveira (2020, p. 49), “as políticas públicas voltadas ao ensino superior têm buscado encontrar um equilíbrio entre a necessidade de ampliação do acesso e a garantia da qualidade educacional, especialmente no contexto das colaborações público-privadas”.

A criação de programas como o ProUni e o FIES, no início dos anos 2000, foi um marco importante na institucionalização das colaborações entre os setores público e privado no ensino superior. O ProUni, ao oferecer bolsas de estudo para alunos de baixa renda em universidades privadas, e o FIES, ao proporcionar financiamento estudantil com juros subsidiados, foram fundamentais para ampliar o acesso ao ensino superior no Brasil, particularmente no setor privado. Segundo Prado (2018, p. 77), “o ProUni e o FIES foram instrumentos centrais na expansão do ensino superior privado no Brasil, proporcionando oportunidades para milhões de estudantes que, de outra forma, não teriam acesso à educação superior”. Essas políticas públicas mostraram como o Estado pode atuar como um mediador eficaz nas parcerias público-privadas, garantindo benefícios sociais e ampliando o acesso à educação.

Contudo, apesar desses avanços, há desafios consideráveis no que se refere à continuidade e eficácia dessas colaborações. Um dos principais problemas enfrentados pelas políticas públicas no ensino superior é a questão do financiamento. A crescente dependência das instituições públicas em relação a recursos federais, combinada com os constantes cortes orçamentários, co-

loca em risco a sustentabilidade de muitas universidades públicas, enquanto o setor privado, por sua vez, enfrenta a instabilidade econômica e a inadimplência dos estudantes. Conforme Sguissardi (2017, p. 88),

[...] a redução dos investimentos públicos no ensino superior afeta diretamente a capacidade de inovação e expansão das universidades, ao passo que as instituições privadas lutam para manter a viabilidade econômica em um contexto de crise.

Outro ponto relevante é a regulação dessas colaborações. A falta de diretrizes claras para parcerias entre universidades públicas e privadas pode gerar conflitos e limitações na execução de projetos conjuntos. Segundo Sampaio e Andrade (2020, p. 102), “a ausência de uma política pública mais estruturada e específica para regular as colaborações entre os setores público e privado cria insegurança jurídica e administrativa, o que impede o pleno desenvolvimento dessas parcerias”. A criação de marcos regulatórios mais definidos é essencial para garantir que as colaborações sejam benéficas para ambas as partes e, principalmente, para a sociedade.

Além disso, as políticas públicas precisam considerar as mudanças na dinâmica educacional e nas demandas sociais. O avanço tecnológico e a globalização estão transformando a maneira como o conhecimento é produzido e disseminado. Nesse sentido, as colaborações entre o público e o privado no ensino superior podem desempenhar um papel fundamental na promoção da inovação e na adaptação das universidades às novas realidades. Conforme Oliveira (2021, p. 65), “o futuro das colaborações entre universidades públicas e privadas dependerá da capacidade dessas instituições de se adaptarem às novas demandas tecnológicas e sociais, com o apoio de políticas públicas que incentivem a inovação”.

Um exemplo de política pública voltada para o fomento de colaborações no ensino superior é o Programa Nacional de Apoio à Geração de Empreendimentos Inovadores (PRIME), que incentiva a criação de startups e projetos de inovação dentro das universidades. Esse programa permite que instituições públicas e privadas colaborem em projetos de pesquisa aplicada e desenvolvimento tecnológico, promovendo a inovação no Brasil. Segundo Prado (2018, p. 84), “programas como o PRIME são fundamentais para integrar o setor acadêmico com o mercado, facilitando a criação de soluções inovadoras que atendem às demandas da sociedade”. Iniciativas como essa mostram como as políticas públicas podem catalisar colaborações produtivas e gerar impacto social e econômico.

Por outro lado, é necessário repensar o modelo de financiamento da educação superior. A dependência excessiva de fundos públicos e o financiamento baseado em mensalidades podem limitar o crescimento e a inovação

nas instituições de ensino. As políticas públicas do futuro precisam buscar fontes alternativas de financiamento, como fundos de pesquisa e parcerias estratégicas com o setor privado, garantindo que as universidades possam continuar expandindo seu papel na produção de conhecimento e na formação de profissionais qualificados. Para Andrade (2020, p. 78), “a diversificação das fontes de financiamento é essencial para a sustentabilidade do ensino superior no Brasil, especialmente em tempos de crise econômica”.

As políticas públicas também devem atentar para a inclusão social e a democratização do acesso ao ensino superior. Embora programas como o ProUni e o FIES tenham ampliado significativamente o acesso à educação, ainda há uma grande disparidade entre os estudantes de baixa renda e os de classes mais favorecidas, especialmente no que diz respeito à permanência e conclusão dos cursos. Segundo Sguissardi (2017, p. 90), “ampliar o acesso ao ensino superior não é suficiente se não houver políticas de permanência que garantam a conclusão dos cursos por parte dos estudantes de baixa renda”. Nesse sentido, as colaborações entre o público e o privado podem ser uma ferramenta importante para desenvolver programas de apoio e permanência estudantil.

Além disso, o papel das universidades públicas na produção de ciência e tecnologia deve ser reforçado por políticas públicas que promovam parcerias estratégicas com o setor privado, mas que também assegurem a autonomia acadêmica e a qualidade da pesquisa. Conforme Oliveira (2021, p. 81), “é necessário garantir que as colaborações com o setor privado respeitem a autonomia das universidades públicas e não comprometam a qualidade e a independência da produção científica. O futuro das colaborações no ensino superior brasileiro dependerá da capacidade do Estado de equilibrar esses interesses e de promover um ambiente regulatório que incentive a inovação e o desenvolvimento acadêmico.

Desse modo, as políticas públicas desempenharão um papel fundamental na definição do futuro das colaborações entre o setor público e o privado no ensino superior brasileiro. O desenvolvimento de um marco regulatório robusto, aliado a um modelo de financiamento sustentável e inclusivo, será essencial para garantir que essas parcerias possam contribuir de maneira significativa para a inovação, o desenvolvimento econômico e a democratização do acesso à educação.

17.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo das interações entre os setores público e privado no ensino superior brasileiro revela uma dinâmica complexa e multifacetada, marcada por momentos de colaboração produtiva, mas também por desafios significativos. O panorama histórico dessas relações, evidencia que desde a fundação

das primeiras universidades até os dias atuais, o Brasil sempre contou com a presença de instituições privadas ao lado das públicas. Essa coexistência foi moldada por políticas públicas que, em diferentes momentos, promoveram a expansão do setor privado, especialmente em períodos de restrição orçamentária no setor público. O reconhecimento da importância dessas instituições na Lei de Diretrizes e Bases de 1961 foi um marco que consolidou essa dualidade, criando as bases para o que viria a ser um dos sistemas educacionais mais heterogêneos e amplos da América Latina.

No que diz respeito aos modelos de colaboração entre o público e o privado, percebe-se que essas parcerias podem assumir diferentes formas, cada uma com suas próprias características e impactos. Os casos de sucesso analisados mostram que, quando bem estruturadas, essas colaborações podem não apenas melhorar a qualidade do ensino superior, mas também expandir o acesso, promover a inovação e responder às demandas do mercado de trabalho. Parcerias que envolvem a criação de cursos conjuntos, programas de intercâmbio e iniciativas de pesquisa aplicada foram especialmente bem-sucedidas em gerar resultados positivos, apontando para o potencial dessas interações como uma ferramenta poderosa para o desenvolvimento do sistema educacional do país.

No entanto, existem desafios estruturais que ainda precisam ser superados para que essas colaborações alcancem todo o seu potencial. As diferenças de gestão, financiamento e missão educacional entre as instituições públicas e privadas continuam sendo barreiras significativas. O subfinanciamento crônico das universidades públicas e a necessidade de lucro das instituições privadas frequentemente criam tensões que dificultam a criação de parcerias estáveis e de longo prazo. Além disso, a divergência nas missões institucionais – com o setor público mais focado no interesse social e o setor privado nas demandas de mercado – pode dificultar a convergência de objetivos em projetos colaborativos.

Apesar dessas dificuldades, o impacto das parcerias em áreas como pesquisa e desenvolvimento tecnológico, analisado no quarto capítulo, não pode ser subestimado. As colaborações demonstraram ser um campo fértil para a inovação, especialmente em setores de alta tecnologia e nas áreas de saúde e meio ambiente. Parques tecnológicos e incubadoras de empresas vinculadas a universidades públicas e privadas são exemplos de como essas interações podem gerar avanços significativos tanto para o setor produtivo quanto para a sociedade em geral. No entanto, a burocracia e a falta de alinhamento de interesses entre academia e mercado ainda são entraves a serem enfrentados.

Por fim, há que se considerar que o papel das políticas públicas, será decisivo para o futuro das colaborações no ensino superior brasileiro. O desenvolvimento de marcos regulatórios claros, incentivos fiscais e programas de financiamento são instrumentos essenciais para fortalecer essas interações.

As políticas públicas devem promover um ambiente que facilite a inovação, mas que também proteja a autonomia acadêmica e garanta a qualidade do ensino e da pesquisa. O Estado, portanto, tem a responsabilidade de equilibrar os interesses do setor privado com as demandas da sociedade, assegurando que o ensino superior continue a ser um motor de desenvolvimento social e econômico.

Dessa forma, as colaborações entre o setor público e o privado no ensino superior brasileiro têm um grande potencial, mas só serão plenamente eficazes se os desafios estruturais forem enfrentados com políticas públicas adequadas, que promovam a convergência de interesses e a inovação, sem comprometer a missão educacional de ambas as partes.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Paulo. **A evolução do ensino superior no Brasil: da ditadura à democracia**. São Paulo: Editora Acadêmica, 2019.
- ANDRADE, Paulo. **A inovação e o papel das universidades no Brasil**. São Paulo: Editora Acadêmica, 2020.
- CARVALHO, Roberta. **Gestão e governança nas parcerias público-privadas no ensino superior**. Porto Alegre: Editora Universitária, 2020.
- CARVALHO, Roberta. **Inovação e colaboração: as parcerias público-privadas no ensino superior brasileiro**. Porto Alegre: Editora Universitária, 2021.
- INEP. **Censo da Educação Superior 2019**. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2019.
- OLIVEIRA, Pedro. **Desafios estruturais no ensino superior brasileiro: financiamento, gestão e autonomia**. São Paulo: Editora Universitária, 2021.
- OLIVEIRA, Pedro. **Educação superior e políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Editora Universitária, 2020.
- PRADO, Luciana. **Colaborações público-privadas no ensino superior: oportunidades e desafios**. Porto Alegre: Editora Acadêmica, 2018.
- SAMPAIO, Mariana; ANDRADE, João. **O impacto das parcerias acadêmicas na competitividade industrial**. Revista Brasileira de Educação, v. 25, n. 3, p. 85-105, 2020.
- SGUISSARDI, Valdemar. **Educação superior no Brasil: democratização, expansão e crise de identidade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017.

18

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Érika Vasconcelos Brandão²⁵⁹

18.1 INTRODUÇÃO

As Parcerias Público-Privadas (PPPs) são uma modalidade de concessão especial de serviços públicos, regulamentada pela Lei nº 11.079/2004, e que envolvem a colaboração entre o setor público e o setor privado para a realização de projetos que atendam ao interesse público, especialmente em áreas em que o Estado enfrenta limitações financeiras ou operacionais.

No Brasil, elas surgiram em um cenário de urgente necessidade de investimentos em infraestruturas essenciais, como estradas, hospitais, escolas e prisões, mas com a falta de recursos financeiros disponíveis pelo Estado.

No caso específico dos presídios, que é o objeto de estudo do presente trabalho, a implementação das PPPs permite que o setor privado participe com o poder público da construção, manutenção e gestão de unidades prisionais, visando não apenas a melhoria da infraestrutura, mas também a promoção de programas de educação, trabalho e assistência social dentro dos presídios.

²⁵⁹ Advogada, pós-graduada em *Compliance*, Governança e Ética pela PUCMINAS.



O presente artigo, nesse cenário, aponta os desafios enfrentados pelo sistema carcerário brasileiro e explora a possibilidade da aplicação das PPPs no contexto prisional, já que são uma alternativa viável para melhorar as condições dos presídios e garantir o respeito aos direitos fundamentais dos presos.

A análise do presente trabalho inclui, ainda, um estudo de caso do presídio de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais, exemplificando os benefícios e desafios dessa modalidade de parceria no Brasil.

Além disso, abordar-se-á a necessidade de uma gestão eficiente e transparente dos recursos, a fim de garantir que os objetivos das PPPs sejam alcançados.

A experiência internacional, especialmente dos Estados Unidos e da França, também é considerada para fornecer uma perspectiva comparativa e identificar melhores práticas que podem ser adaptadas ao contexto brasileiro.

Ver-se-á que as PPPs representam uma oportunidade para transformar o sistema carcerário brasileiro, proporcionando condições mais dignas para os detentos e contribuindo para a redução da reincidência criminal. No entanto, é fundamental que essas parcerias sejam cuidadosamente planejadas e monitoradas para assegurar que os benefícios esperados sejam efetivamente alcançados.

18.2 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

18.2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A MODALIDADE DE CONCESSÕES ESPECIAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As Parcerias Público-Privadas (PPPs) consistem em uma modalidade de concessão especial de serviços públicos, a qual, atualmente, é regulamentada na legislação brasileira pela Lei nº 11.079/2004 e, de forma subsidiária, pela Lei da Concessão, nº 8.987/1995, assim como pela Lei das Licitações 14.133/2021.

Nesse contexto, o próprio artigo 2º da Lei das Parcerias Público-Privadas conceitua essa modalidade de contratação, nos seguintes termos:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º 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.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Assim, percebe-se que existem duas categorias de contratações: a concessão administrativa, cujas contraprestações são de responsabilidade exclusiva do Poder Público; e a concessão patrocinada, a qual, além das supracitadas contraprestações, também é remunerada por meio de pagamento de tarifas pelos usuários. Inclusive, é a previsão de obrigatoriedade de quitação das contraprestações que diferencia as concessões comuns (estas, remuneradas tão somente por meio das tarifas), das ora estudadas concessões especiais.

Nessa seara, tem-se que os contratos de concessões especiais surgiram do programa de desestatização vivenciado pelo Brasil entre a década de 1990 e o começo dos anos 2000, em um contexto de extrema necessidade de investimento em infraestruturas básicas, como rodovias, portos, aeroportos, hospitais, presídios e escolas, mas com indisponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado.

Logo, tanto por meio da Lei de Concessões quanto, mais tarde, pela Lei de Parcerias Público Privadas, o Poder Público passou a fomentar a celebração desses contratos de longo prazo para que recursos privados pudessem ser alocados na construção e na melhoria das necessidades fundamentais da população e, em contrapartida, compartilhar com o setor privado os riscos e as responsabilidades inerentes da prestação desses serviços, concedendo, inclusive, certas garantias.

José dos Santos Carvalho Filho aponta três principais características das PPPs:

- 1) Financiamento do setor privado: “o Poder Público não disponibilizará integralmente (até porque não os tem) recursos financeiros para os empreendimentos públicos que contratar”. Caberá ao parceiro privado a incumbência de fazer investimentos no empreendimento concedido, seja com recursos próprios, seja através de recursos obtidos junto a financiadores do projeto.
- 2) Compartilhamento dos riscos: o Poder concedente deve se solidarizar com o parceiro privado caso ocorram prejuízos ou déficits, ainda que decorram de fatos imprevisíveis (caso fortuito, força maior, fato do príncipe e a imprevisão em virtude de álea econômica extraordinária).
- 3) Pluralidade compensatória do Estado em favor do concessionário: na PPP admite-se o pagamento da contraprestação sob diversas formas.

Além do pagamento em pecúnia, a legislação admite a cessão de créditos não tributários e a outorga de certos direitos da Administração, fora outros estabelecidos em lei. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 451-452)

Nesse sentido, tem-se que as PPPs são um modelo híbrido, por meio da junção de duas forças, o público e o privado, objetivando a efetividade e a modernização das infraestruturas e dos serviços e, pela exploração destes, as empresas são remuneradas.

Esse modelo, portanto, acaba por gerir uma cadeia de suprimentos básicos da sociedade, além de promover a geração de empregos, de receitas, de desenvolvimento tecnológico, dentre outros.

Contudo, existem algumas restrições à celebração das PPPs, previstas também no artigo 2º, §4º e no artigo 5º, I, ambos da Lei nº 11.079/2004, e que merecem ser ressaltadas:

Artigo 2º: § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);

II - cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III - que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Artigo 5º: I - o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

Portanto, os contratos de concessões especiais, além de, obrigatoriamente, serem em valor superior a R\$ 10 milhões²⁶⁰, devem, ainda, vigorar pelo prazo de 5 (cinco) a 35 (trinta e cinco) anos, motivo pelo qual são também denominados de longa duração. Ademais, precisam mesclar ao menos duas das seguintes atividades: fornecimento de mão-de-obra; fornecimento e instalação de equipamentos; execução de obra pública.

Além disso, o legislador limitou a possibilidade de delegação das atividades estatais exclusivas como a regulação, a função jurisdicional e o exercício do poder de polícia.

Assim, as PPPs existem para viabilizar os investimentos em serviços e em obras para os cidadãos, balanceando a efetividade típica do setor privado,

260 A Lei 13.529/2017 altera a redação da Lei 11.079/2004, reduzindo de 20 para 10 milhões de reais o valor mínimo do contrato para que sejam celebradas Parcerias Público-Privadas (PPP).

com as necessidades básicas e fundamentais da população e compartilhando os riscos, o equilíbrio financeiro e as garantias com o Poder Público.

18.2.2 AS SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO (SPE)

Antes de celebrar o contrato de concessão com o Poder Público, a empresa precisa constituir uma sociedade de propósito específico (SPE), com o objetivo de implantar e gerir o objeto da concessão. Inclusive, Carvalho Filho afirma que a exigência da SPE demonstra que o legislador pretendeu “colocar em apartado a pessoa jurídica interessada na parceria, de um lado, e a pessoa jurídica incumbida da execução do objeto do contrato, de outro”. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 459).

Isso ocorre para permitir que o ente estatal possa fiscalizar as atividades, o desempenho e as contas do parceiro privado e, caso o contratado descumpra os termos do contrato, os financiadores ou os garantidores deste poderão assumir o controle ou a administração da SPE.

Os requisitos legais para constituição da SPE estão previstos no artigo 9º da Lei nº 11.079/2004:

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

§ 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

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

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

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

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

Portanto, o que se observa pela leitura do texto normativo é que o legislador se preocupou em garantir que o ente público manteria seu poder fisca-

lizatório e regulatório sob as PPPs, limitando, assim, os riscos financeiros e operacionais ao âmbito do contrato e garantindo maior segurança jurídica aos envolvidos.

Ademais, a SPE permite uma gestão mais transparente e eficaz dos recursos envolvidos no projeto de PPP, já que todos os fluxos financeiros, contratações e operações são realizados dentro de um modelo de governança corporativa, com regras claras de responsabilidade e prestação de contas, além de sanções. Isso contribui para a eficiência do projeto e para a prevenção de problemas como desvios de recursos ou mau gerenciamento.

18.3 SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

18.3.1. O SURGIMENTO DO ATUAL MODELO CARCERÁRIO

Para Michel Foucault a prisão integra um complexo sistema de controle social e disciplinar, não servindo apenas para punir o criminoso, mas, em verdade, trata-se de um instituto que adestra corpos e mentes. O autor, nesse contexto, ao longo de sua obra “Vigiar e Punir” faz um traçado histórico, analisando como, a partir do século XVIII, emergiu na sociedade ocidental uma nova forma de poder, o disciplinar, o qual se expressa por meio das mais importantes instituições sociais como escolas, fábricas, hospitais e, obviamente, prisões. (FOUCAULT, 2014, s/p)

Assim, antes do século XVIII, segundo Foucault, as penas corporais eram verdadeiros suplícios, utilizadas para infringir dor aos criminosos, de forma pública e humilhante, por meio de execuções lentas e dolorosas, com o objetivo não só punitivo, mas também exemplificativo para toda a sociedade. (FOUCAULT, 2014, s/p)

Todavia, com o decorrer dos séculos, a pena privativa de liberdade passou a ser adotada na sociedade ocidental, já que atinge e afeta o consciente dos criminosos, em um ambiente privado e extremamente controlado, que objetiva a reprogramação mental da pessoa. Essa mudança de perspectiva em relação às penas é atrelada, em especial, à ascensão da burguesia, pois se tornou um recurso de aplicação de trabalhos penitenciários forçados em prol do capitalismo.

Esse modelo prisional foi sendo, ao longo dos anos, incrementado e aperfeiçoado para trazer, paulatinamente, uma maior eficiência ao sistema carcerário, tornando-o mais restrito, mais estável e mais controlável, enquadrando-se no conceito Panóptico descrito por Foucault em sua obra.

O princípio do Panóptico é o seguinte: na periferia, uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é perfurada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas,

cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma voltada para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, voltada para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta, então, colocar um vigilante na torre central e, em cada cela, trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. (...) Submetido a um campo de visibilidade, o indivíduo é objeto de uma informação, nunca de uma comunicação. Este campo visível cria um efeito de poder automático.” (FOUCAULT, 2014, p. 166-167)

O referido sistema de vigilância, portanto, abarca o controle social e corporal do indivíduo, baseando-se na visibilidade contínua e, conseqüentemente, na materialização do poder de polícia por meio de uma forma eficaz de dominação que, ao mesmo tempo, é econômica e invisível, já que o indivíduo que se sente vigiado interioriza o olhar do vigilante e, assim, acaba sendo mentalmente reprogramado para poder ser reinserido na sociedade.

Desse modo, visando resguardar os direitos fundamentais dos detentos que estão submetidos às penas privativas de liberdade dentro do atual modelo carcerário ocidental, a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1955, publicou as “Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela)”, as quais estabelecem uma série de princípios e de diretrizes básicas que devem ser adotadas pelos Estados para proteção dos direitos fundamentais dos detentos, sendo que os mais importantes são:

- 1) Respeito ao Princípio da Dignidade Humana: de modo que nenhum preso poderá ser submetido a “tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.”
- 2) Preservação da integridade dos presos, em especial dos grupos vulneráveis, razão pela qual deve haver a separação dos presos por categorias de, ao menos, sexo e idade.
- 3) Promoção, dentro dos sistemas prisionais, de educação, de formação profissional e de trabalho a todos os presos, além de outras formas assistenciais como médica, psicológica, dental, religiosa e desportiva.
- 4) Foco na reabilitação dos detentos e na sua reintegração social após o cumprimento da pena e não apenas no caráter punitivo das penas (ONU, 1955, s/p).

Seguindo essa cartilha, a Constituição Federal estabeleceu, em seu artigo 3º, os objetivos fundamentais da República Brasileira, englobando, dentre eles, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, devendo ser essa meta perseguida, inclusive, através do tratamento digno e do processo de ressocialização do preso. Além disso, não só o texto constitucional, como

também os códigos penal e processual penal e a lei de execução penal também abarcam uma série de normas que visam proteger os direitos fundamentais básicos dos detentos, em observância ao que foi estabelecido pela ONU.

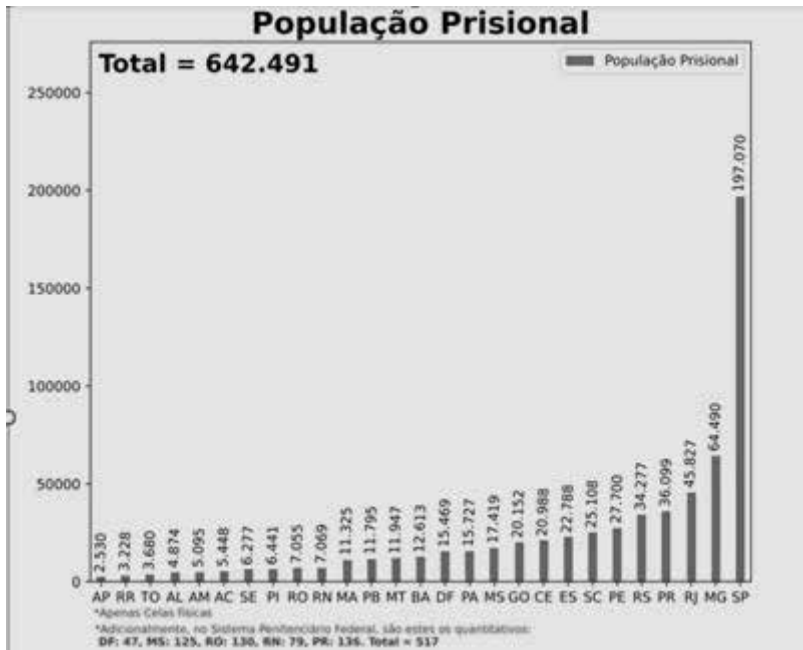
Logo, verifica-se que os propósitos basilares do sistema punitivo implementado no Brasil se respaldam na prevenção ao crime, na ressocialização do preso e na proteção da população, isto é, o criminoso é retirado do convívio em sociedade, sofrendo restrição em sua liberdade, não só porque representa um perigo à comunidade, mas também porque precisa passar por um processo reflexivo para que, na sequência, após cumprida a pena, seja ressocializado. Inclusive, o autor Roberto Porto afirma que “o encarceramento penal desde a sua origem, visava, ao mesmo tempo, a privação da liberdade e a transformação dos indivíduos”. (PORTO, 2007, p. 13)

Assim, extrai-se que os objetivos da penalização no Brasil é o de desestimular a prática de delitos e, ao mesmo tempo, manter a estabilidade do sistema social, reforçando os valores éticos e morais estabelecidos na legislação pátria.

18.3.2 DO COLAPSO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Contudo, em que se pese o texto legislativo prever e resguardar inúmeros direitos dos detentos, o que se vê, no caso concreto, é a ausência de aplicabilidade da norma no sistema prisional do Brasil. Isso ocorre porque, atualmente, alguns dos maiores entraves verificados no modelo carcerário do país envolvem a superlotação das cadeias, a carência de agentes de custódia, a precariedade de infraestrutura e de assistência básica aos detentos e a má administração dos presídios.

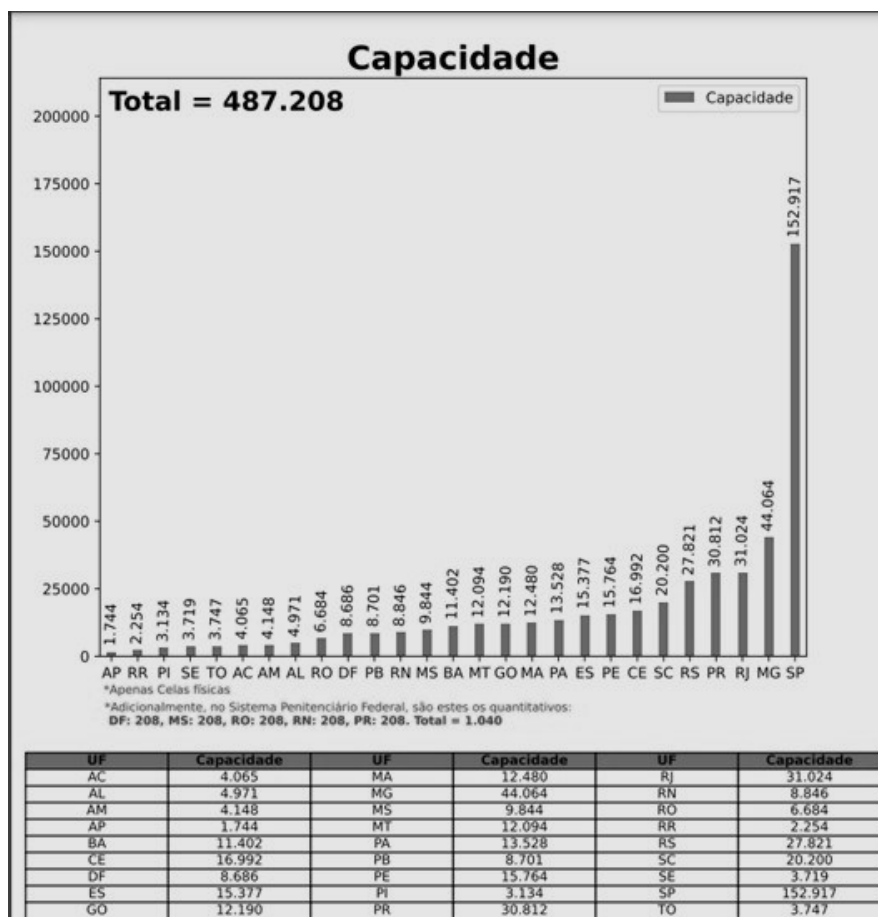
Nesse sentido, segundo dados oficiais da Secretaria Nacional de Políticas Penais, o Brasil é o sétimo país mais populoso do mundo e, em contrapartida, possui a terceira maior população carcerária do planeta, com cerca de 850 mil presos ao todo, sendo que, destes, 642.491 ocupam as 487.208 celas físicas disponíveis nos presídios estaduais e federais de todo o território. (BRASIL, 2023, s/p)



*Apenas Celas físicas

*Adicionalmente, no Sistema Penitenciário Federal, são estes os quantitativos:
DF: 47, MS: 125, RO: 130, RN: 79, PR: 136. Total = 517

UF	População Prisional	UF	População Prisional	UF	População Prisional
AC	5.448	MA	11.325	RJ	45.827
AL	4.874	MG	64.490	RN	7.069
AM	5.095	MS	17.419	RO	7.055
AP	2.330	MT	11.947	RR	3.228
BA	12.613	PA	15.727	RS	34.277
CE	20.988	PB	11.795	SC	25.108
DF	15.469	PE	27.700	SE	6.277
ES	22.788	PI	6.441	SP	197.070
GO	20.152	PR	36.099	TO	3.660



261

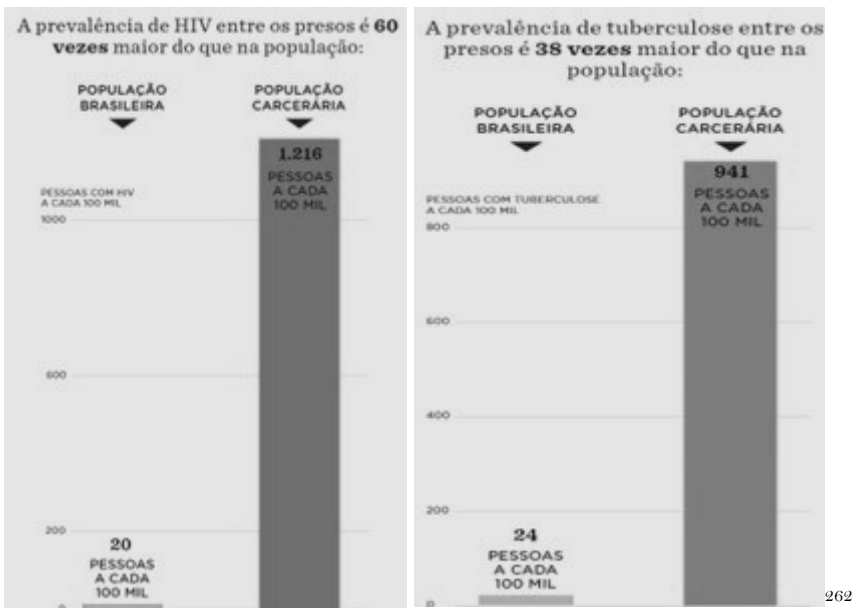
E o número de encarcerados só vem crescendo nos últimos anos. Assim, neste último século, a título comparativo, observa-se que a população brasileira cresceu 19,7%, enquanto o quantitativo de detentos, no mesmo período, aumentou 257%, crescimento este que não foi acompanhado pela construção de novos presídios ou ampliação dos já existentes. (MALAFAYA, 2023, s/p)

A consequência desse contingente alarmante de presos frente à escassez de vagas no sistema prisional é a notória e preocupante precariedade estrutural dos presídios no país, os quais, segundo dados extraídos da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário de 2009, possuem insuficiência de recursos farmacêuticos, odontológicos, psicológicos, jurídicos,

261 Informações retiradas do site BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Relatório do Sistema Penitenciário Nacional - 2º semestre de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>. Acesso em: 29 set. 2024.

sociais, além de falta de infraestrutura mínima como iluminação, ventilação, esgoto, água, luz, camas, saneamento, alimentação entre outros. Além disso, a grande maioria dos detentos têm o direito de acesso aos programas assistenciais educacionais, trabalhistas e ressocializadores suprimidos. (BRASIL, 2009, s/p)

Obviamente que, em razão da falta de investimento público e de espaços adequados, as condições de vida nas prisões são degradantes e insustentáveis, refletindo, inclusive, nos altos índices de violência dentro dos presídios e na proliferação de doenças (já controladas em nossa sociedade) entre os detentos, como HIV, tuberculose e sífilis. Vejamos os dados coletados pela revista NEXO em 2017.



Além disso, em que se pese a Lei de Execução Penal (LEP) prever especificamente um rol de programas assistenciais mínimos que devem ser fornecidos a todos os presos, em especial material, educação, saúde e trabalho, o que se vê, na realidade, é a privação desses direitos.

Uma das justificativas para a supressão dos direitos fundamentais dos internos é o alto custo deles para o Estado, aliado ao encarceramento em massa experimentado na sociedade brasileira. Nessa seara, segundo dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em 2021, o custo médio mensal

262 Informações retiradas do site Nexojornal. Qual o perfil da população carcerária brasileira. 18 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/grafico/2017/01/18/qual-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em: 29 set. 2024.

de um preso recluso em presídios estaduais é de R\$1.800,00, enquanto nos federais o valor sobe para R\$ 35.000,00 (BRASIL, 2021, s.p)

Desse modo, em razão da superlotação dos presídios e dos elevados custos que envolvem a manutenção de um interno, em especial em penitenciárias federais, os recursos financeiros que o Estado destina para custear são insuficientes para fornecer aos detentos condições mínimas necessárias a todo ser humano, seja no campo material, englobando alimentação, água, vestuário e instalações higiênicas, seja no campo social, abarcando acesso à médicos, à psicólogos, à defensores, à educação e ao trabalho.

Assim, para tentar combater essa situação precária, o Governo Federal instituiu o Fundo Penitenciário Nacional (FUPEN), criado com o objetivo de promover melhorias no sistema prisional e para facilitar a reintegração dos detentos à sociedade, por meio da construção, reforma, ampliação e modernização de unidades prisionais, além de investimentos em programas socializadores e de assistência básica aos internos. (BRASIL, 2024, s/p)

O Fundo Penitenciário Nacional - Funpen foi criado pela Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, instituído no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, gerido pela Secretaria Nacional de Políticas Penais - Senappen, com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional.

Serão destinados ao fundo, os recursos e bens perdidos em favor da União, excetuando-se aqueles decorrentes do tráfico ilícito de drogas ou de atividades criminosas praticadas por milicianos, decretados em sentenças penais condenatórias. Também serão vertidos os valores auferidos em leilão de apreensões judiciais de produtos oriundos de ilícitos penais, bem como os valores relativos à multa penal, independentemente do crime praticado.

Os recursos do fundo são repassados aos estados para a execução de estratégias e ações para a construção e para a ampliação de estabelecimentos penais, assim como para a garantia do tratamento penal com as políticas públicas de assistências penitenciárias. (BRASIL, 2024)

Ocorre que o orçamento do FUNPEN tem sido historicamente insuficiente e, em que se pese ele ter, em 2020, destinado R\$ 700 milhões aos estados membros, apenas uma fração desse valor foi direcionada à construção de novas unidades prisionais e à melhoria das condições já existentes. Isso se dá devido à contingência realizada pelo próprio Governo, o qual cedeu as verbas recolhidas pelo Fundo para outros fins, liberando cerca de apenas 25% do valor total para o Sistema Penitenciário Nacional. (BRASIL, 2016 e 2020, s/p)

Outro ponto que contribuiu para o colapso do sistema penitenciário brasileiro é a gestão ineficiente dos recursos, já que os estados federados, em grande parte das vezes, deixam de aplicar de forma eficaz os valores recebidos pelo FUNPEN, em razão da ausência de planejamento adequado, implicando nos inúmeros problemas estruturais experimentados pelos presídios estaduais atualmente, inclusive na carência de agentes carcerários disponíveis, os quais hoje existem na proporção de 1 servidor para cada 10 presos. (LIMA, 2017, s/p)

Por fim, necessário apontar que, de forma cíclica, em decorrência da ausência de recursos financeiros, há uma carência de políticas de reintegração e de programas de capacitação para os presos, o que acarreta uma alta taxa de reincidência criminal, que hoje chega a quase 70% e, conseqüentemente, leva ao retorno de ex-presidiários a novo encarceramento, fator este que implica no aumento ainda mais acentuado da demanda sobre o sistema prisional. (BRASIL, 2022, s/p)

São muitos os que voltam a delinquir após ter cumprido uma pena privativa de liberdade, demonstrando-se, assim, tanto o fracasso do tratamento penitenciário orientado à ressocialização, quanto a falácia de se tentar ensinar alguém a viver em liberdade privando-lhe desta ao mesmo tempo. (AMARAL, 2017, p. 54)

Logo, o que se conclui após a análise dos dados acerca da situação prisional brasileira, é que parte das prisões no país são inconstitucionais, uma vez que o Estado, ao ceifar os detentos de seus direitos fundamentais mínimos, descumprem a Lei de Execução Penal, o texto constitucional e os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

Portanto, a obrigação do Estado em manter a custódia direta exige que o poder público atue de forma proativa e ofereça um tratamento realmente especializado, com o objetivo de assegurar que os presos tenham acesso e possam usufruir dos direitos garantidos pelas normas nacionais e internacionais.

18.4 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

O Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, em entrevista ao Documentário “O Grito”, ao dissertar sobre o sistema penitenciário brasileiro postulou:

O preso está inteiramente sob a guarda do Estado. Ele não pode sair para prover nenhuma de suas necessidades básicas. Então, se o Estado privou a liberdade dele, legitimamente o Estado tem o dever de dar a ele condições mínimas de dignidade e de sobrevivência. (BARROSO, 2023, s/p)

Nessa seara, o que se apura dos dados coletados e apresentados ao longo do presente trabalho é que o Estado se mostra incapaz de, sozinho, prover as “condições mínimas de dignidade e de sobrevivência” dos seus detentos, de tal sorte que vários de seus direitos fundamentais basilares vêm sendo, reiteradamente, violados ao longo das décadas.

Desse modo, é evidente que medidas precisam ser adotadas visando a melhoria da situação carcerária no país. Uma delas é, justamente, a instituição de parcerias público-privadas nesse complexo sistema, que podem atuar desde a elaboração do projeto arquitetônico e na construção dos presídios, até na sua gestão, de forma integral ou em conjunto com a Administração Pública.

Nos Estados Unidos da América (EUA) e na França esse modelo de parceria já é amplamente difundido. No país norte-americano, inclusive, o controle privado da execução penal é total, diferentemente do que ocorre no Brasil, uma vez que o poder de polícia da Administração Pública é indelegável aqui.

Apesar de ser amplamente difundido nos estados americanos, o modelo adotado pelos EUA é amplamente criticado, sob justificativa de que incentiva uma cultura de encarceramento em larga escala e uma suposta ausência de transparência e de fiscalização das empresas gestoras. Além disso, há ponderações no que toca a precariedade de incentivos em programas de educação e de ressocialização, seja pelos altos custos, seja pela ausência de interesse de que os detentos sejam soltos. (VALLORY, 2020, p.117)

Já na França, que tem um modelo mais similar ao adotado no Brasil, apenas parte das responsabilidades dos presídios são transferidos ao setor privado, ficando o Estado com o controle efetivo da gestão das penitenciárias (BORTOLOZZI JÚNIOR, 2019, s/p).

Assim, as PPPs no sistema carcerário do país europeu, tal como ocorre com o exemplo brasileiro em Ribeirão das Neves/MG, são encaradas como uma forma de enfrentar os entraves da superlotação dos presídios, além de serem um meio de implementação de obras de melhorias das infraestruturas e de modernização das dependências dos complexos penitenciários, bem como são responsáveis por aperfeiçoar a eficiência operacional dos serviços essenciais, como vestuário, alimentação, saúde e educação.

Nessa seara, conforme salientado alhures, o exemplo bem-sucedido dessa modalidade de parceria no Brasil ocorre no presídio de Ribeirão das Neves/MG, que é o único atualmente vigente no país. A Gestores Prisionais Associados S/A (GPA), instituiu uma SPE para atuar nas atividades de construção e de gestão do complexo penal, inclusive por meio do fornecimento de apoio psicológico, médico, educacional entre outros aos internos. Além disso, a manutenção, a segurança interna do presídio e o monitoramento dos detentos é de responsabilidade exclusiva do consórcio. (ROSTIROLLA, 2018, p. 77)

Assim, a SPE é responsável pela manutenção e pela gestão do presídio, funções essas que incluem o fornecimento de atividades educativas e profissionais, além de refeições, uniformes, tratamento de saúde e odontológico, atuando na eficiência da administração e na manutenção dos complexos penitenciários. O Poder Público, por sua sorte, fiscaliza esse trabalho sem se esquecer de observar as atribuições inerentes ao poder de polícia estatal e que se prestam às funções extramuros, como o transporte dos detentos e a prestação jurisdicional.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende como poder de polícia “a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”. (DI PIETRO, 2019, p. 153)

Ademais, o autor Luiz Flávio Borges D’Urso postulou:

Não se está transferindo a função jurisdicional do Estado para o empreendedor privado, que cuidará exclusivamente da função material da execução penal, vale dizer, o administrador particular será responsável pela comida, pela limpeza, pelas roupas, pela chamada hotelaria, enfim, por serviços que são indispensáveis num presídio. Já a função jurisdicional, indelegável, permanece nas mãos do Estado que, por meio de seu órgão-juiz, determinará quando o homem poderá ser preso, quanto tempo assim ficará, quando e como ocorrerá a punição e quando o homem poderá sair da cadeia, numa preservação do poder de império do Estado, que é o único legitimado para o uso da força, dentro da observância da lei. D’Urso (2002, p. 44-46)

Inclusive, é de ser ressaltar que, em uma análise minuciosa da LEP, verifica-se que o próprio texto legal autoriza a participação do setor privado em regime de parceria com o Poder Público para que o preso possa exercer atividade laboral dentro ou fora da unidade prisional: “Artigo 34, § 2º. Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios”.

Ou seja, a própria Lei de Execução Penal, já em 1984, data em que foi promulgada, entendia a necessidade de se estabelecer parcerias com a iniciativa privada para garantir o cumprimento e a observância dos direitos fundamentais dos detentos dentro do sistema carcerário brasileiro.

Portanto, no caso das PPPs do sistema carcerário, o Estado, garantidor da execução penal, mantém as atribuições que são inerentes do poder de polícia, tais como a direção da unidade prisional, a guarda externa dos detentos e a carceragem e, por outro lado, delega as demais funções acessórias.

Assim, uma vez estabelecido o consórcio, a Administração Pública não precisa mais exercer atividades de construção, manutenção e conservação das unidades prisionais, tampouco precisa administrar os refeitórios, lavanderia e outros serviços e, até mesmo, pode repassar a incumbência de

fornecimento das oportunidades laborais e estudantis garantidas por lei ao apenado.

No caso específico de Minas Gerais, a construção do presídio contou com investimento inicial de R\$ 280 milhões, custeados integralmente pela SPE ganhadora da licitação realizada em 2009. Hoje, o custo médio para manutenção de cerca dos 2.000 presos que estão internados no presídio gira em torno de R\$ 3.000,00 cada ao mês. (SOUZA, 2012, s/p).

Além disso, no complexo não há superlotação, uma vez que o número de vagas corresponde exatamente ao quantitativo de detentos comportados nas celas, de forma que todos têm acesso a uma infraestrutura de qualidade, à saúde, escola, oficinas laborais, à vestimenta, à alimentação entre outros. Ou seja, o consórcio fornece todos os insumos necessários para que os internos tenham acesso aos direitos fundamentais enquanto se encontram reclusos.

Minas Gerais, por sua sorte, ao celebrar o contrato com a SPE, estabeleceu cerca de 380 indicadores de desempenho, os quais abrangem várias áreas, como segurança, saúde e ressocialização e que devem ser cumpridos pela concessionária, sob pena de seu faturamento ser prejudicado no caso de inobservância. Logo, para evitar prejuízos, ela investe na tecnologia e na modernização da casa prisional, além de realizar o fornecimento adequado de todas as outras subsistências previstas contratualmente. (BRASIL, 2019, s/p)

Ademais, o contrato prevê penalidades para a concessionária em caso de descumprimento das obrigações estabelecidas, que incluem multas de elevado valor ou, até mesmo, a rescisão do contrato. Para fiscalizar o cumprimento dessas medidas, o governo realiza auditorias periódicas nas unidades prisionais, incluindo a verificação da qualidade da alimentação, saúde, e educação oferecida aos detentos, além de obrigar a SPE a apresentar relatórios periódicos com detalhamento da execução dos serviços.

A consequência dessa parceria, em grande parte dos casos, é a mudança do comportamento do preso, o qual passa a ter a real oportunidade de ser ressocializado, já que tem acesso a um aprisionamento digno, sem superlotação e violação aos seus direitos fundamentais. Também tem oportunidade de trabalho e renda, inclusive pela educação e pelo treinamento profissional. Dessa forma, a saída do cárcere se transforma em uma oportunidade para um recomeço e não para a reincidência delitiva.

18.5 CONCLUSÃO

Diante de todo o analisado ao longo do presente artigo, verifica-se que as PPPs são uma solução inovadora e necessária para enfrentar os desafios estruturais e operacionais do sistema carcerário brasileiro.

A análise detalhada das concessões especiais, regulamentadas pela Lei nº 11.079/2004, revela que essa modalidade de parceria pode proporcionar melhorias significativas na infraestrutura prisional, na qualidade de vida dos detentos e na eficiência da gestão dos recursos públicos.

O estudo de caso do presídio de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais, exemplifica os benefícios potenciais das PPPs. A implementação de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) para a construção e gestão do complexo penal demonstrou que é possível oferecer condições dignas aos detentos, com acesso a serviços essenciais como saúde, educação e trabalho, além de garantir a manutenção adequada das instalações. A SPE, ao assumir responsabilidades operacionais, permite que o Estado se concentre em suas funções de fiscalização e regulação, assegurando o cumprimento dos direitos fundamentais dos presos.

Todavia, a adoção das PPPs no sistema carcerário brasileiro não está isenta de desafios. É crucial estabelecer mecanismos rigorosos de fiscalização e controle para evitar abusos e garantir a transparência na gestão dos recursos.

A experiência internacional, especialmente dos Estados Unidos e da França, oferece lições valiosas sobre os riscos e as melhores práticas associadas a esse modelo de parceria. Nos EUA, por exemplo, a privatização total da execução penal é criticada por incentivar o encarceramento em massa e pela falta de transparência. Já na França, a modalidade patrocinada é mais equilibrada, com o setor privado assumindo apenas parte das responsabilidades, enquanto o Estado mantém o controle efetivo da gestão penitenciária.

Além disso, é fundamental que as PPPs sejam planejadas e implementadas de maneira a promover a ressocialização dos detentos, reduzindo a reincidência criminal. Programas de educação, formação profissional e assistência social devem ser integrados às atividades prisionais, proporcionando aos presos oportunidades reais de reintegração à sociedade.

A experiência de Ribeirão das Neves mostra que, quando bem executadas, as PPPs podem transformar o ambiente prisional, oferecendo um tratamento mais humano e digno aos detentos.

Em suma, as PPPs representam uma oportunidade significativa para a transformação do sistema carcerário brasileiro. Elas podem contribuir para a melhoria das condições de vida dos detentos, promover a eficiência na gestão dos recursos públicos e fortalecer a segurança pública.

Todavia, o sucesso dessas parcerias depende de um compromisso contínuo com a transparência, a responsabilidade e a promoção dos direitos humanos. Com uma implementação cuidadosa e uma fiscalização rigorosa, as PPPs podem se tornar um modelo eficaz para a modernização e humanização do sistema prisional no Brasil.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Cláudio do Prado. **Evolução histórica e perspectivas sobre o encarcerado no Brasil como sujeito de direitos**. Disponível em: http://www.gecap.direitorp.usp.br/gecap/index.php?option=com_content&view=article&id=13. 2012. GECAP. Acesso em: 23 ago. 2017
- AMARAL, Cláudio do Prado. **Sistema prisional: teoria e pesquisa**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Grito**. [S.l.: s.n.], 2023. Disponível em: <https://www.netflix.com/watch/81921018>. Acesso em: 29 set. 2024
- BORTOLOZZI JÚNIOR, **Como funciona a gestão privada de presídios nos EUA e na França**, Curitiba, Ed. Gazeta, 2019. Acesso em: 30 set. 2024
- BRASIL. **Depen visita Minas Gerais e conhece iniciativas de parcerias público-privadas (PPPs)**. Secretaria Nacional de Políticas Penais, 6 set. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-visita-minas-gerais-e-conhece-iniciativas-de-parcerias-publico-privadas-ppps>. Acesso em: 30 set. 2024.
- BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 30 set. 2024.
- BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Dispõe sobre a parceria entre a administração pública e o setor privado**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 25 set. 2024.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Relatório do Sistema Penitenciário Nacional - 2º semestre de 2023**. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>. Acesso em: 29 set. 2024.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN). Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN)**. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/funpen>. Acesso em: 29 set. 2024.
- BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN). **Relatório Anual do FUNPEN 2020**. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/funpen>. Acesso em: 29 set. 2024.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **CNJ lança estudo inédito sobre custos do sistema prisional**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-lanca-estudo-inedito-sobre-custos-do-sistema-prisional/>. Acesso em: 29 set. 2024.

- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Dados sobre a Liberação de Recursos do FUNPEN**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 29 set. 2024.
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Depen divulga relatório prévio de estudo inédito sobre reincidência criminal no Brasil**. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil>. Acesso em: 29 set. 2024.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.
- LIMA, Ricardo. **A crise do sistema penitenciário do Brasil**. JusBrasil, 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-crise-do-sistema-penitenciario-do-brasil/2620514664>. Acesso em: 29 set. 2024.
- MALAFAYA, André. **O Grito**. [S.l.: s.n.], 2023. Disponível em: <https://www.netflix.com/watch/81921018>. Acesso em: 29 set. 2024.
- MONTEIRO, Antônio R. M. **Parcerias Público-Privadas: uma visão crítica e a prática no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- NAÇÕES UNIDAS. **Regras de Mandela para o tratamento de prisioneiros. 2015**. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 29 set. 2024.
- NEXO JORNAL. **Qual o perfil da população carcerária brasileira**. 18 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/grafico/2017/01/18/qual-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em: 29 set. 2024.
- PINTO, Carlos Ari Sundfeld. **Parcerias Público-Privadas e Concessões**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- PORTO, Roberto. **O crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007.
- ROSTIROLLA, Luciano. **A situação do sistema penitenciário brasileiro**. Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, 2018.
- SOUZA, Cíntia. **A parceria público-privada em um presídio mineiro**. Jornal GGN, 2024. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/gestao/a-parceria-publico-privada-em-um-presidio-mineiro/>. Acesso em: 30 set. 2024.
- VALLORY, Lucas Torres. **A privatização dos presídios: a experiência americana e a sua introdução do Brasil**. São Paulo, 2020.
- VIEIRA, Ricardo Marcondes. **Parcerias Público-Privadas: aspectos jurídicos e econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



19

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SETOR DE TRANSPORTE BRASILEIRO: DESAFIOS, INOVAÇÃO E MUDANÇAS NO SETOR DE MOBILIDADE

*Camila Nunes Coelho Lage*²⁶³

19.1 CONCEITO E HISTÓRICO

Parcerias público-privadas (PPPs) são acordos realizados entre entidades governamentais e empresas privadas, com a finalidade de oferecer serviços de interesse público através de processos licitatórios competitivos.

No Brasil, a lei 11.079/2004 estabelece as normas gerais para o procedimento licitatório no âmbito da administração pública e estabelece, de forma excludente, que não será considerada parceria público-privada a concessão de serviços públicos ou de obras públicas que, quando, a despeito da própria lógica

²⁶³ Advogada, graduada em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara - DHC e Pós-Graduada em Direito, Gestão da Inovação e Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

da parceira, não envolverem contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Também de forma excludente, serão vedados os contratos cujo valor seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais)²⁶⁴; cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos, ou que tenham como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Observados os requisitos, será possível conceber a existência do contrato de parceria, possível dentre duas modalidades: patrocinada ou administrativa. No primeiro caso, adicionalmente à contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado, poderão ser cobradas tarifas dos usuários pelo gozo do serviço.

Já nas parcerias administrativas, os recursos serão disponibilizados pelo poder público exclusivamente, pois neste a administração será uma usuária do serviço (direta ou indireta), mesmo que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Considerando o objetivo das PPPs como a união de esforços entre ente privado e ente público para a melhoria dos sistemas estruturais e organizacionais da sociedade, o proveito dessa comunhão pode ser destinado, inicialmente, à melhoria das infraestruturas de comunicação (radiofusão e transmissão, telecomunicação e informática), de economia (que possibilitam a atividade comercial) e sociais (voltadas aos serviços sociais).

Nesse contexto, este artigo busca proporcionar um resumo das discussões atuais sobre PPPs no serviço de transporte público, dentro do contexto das políticas de infraestrutura econômica.

Mesmo assim, a especificidade do tema não significa, de qualquer modo, que a análise das parcerias de mobilidade urbana desconsidere as evoluções e debates acerca das demais infraestruturas, especialmente as de comunicação. Isso porque a partir dos anos 60 (sessenta), o avanço do setor de transporte inter e multimodal brasileiro foi possível pelo advento da unificação de cargas gerais em contêineres, que por sua vez foi um ponto substancial ao aperfeiçoamento das logísticas de abastecimento e escoamento, tudo isso atrelado à extraordinária evolução ocorrida nas telecomunicações e na informática (BARAT, 2007).

Essas evoluções contribuíram para que a perspectiva atual sobre mobilidade urbana ultrapassasse o tradicionalismo que sustentava que a prestação de serviços dependia necessariamente da execução de obras públicas, com projetos de engenharias enormes e voltado ao modal isolado (a uma modalidade de transporte), para uma visão mais moderna, que concebe o serviço

²⁶⁴ Alteração realizada pela Lei 13.529/2017. Na redação original da Lei 11.079/2004 esse valor era de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

de transporte como serviço compartilhado, de concepção multimodal e complexo.

Considerando a sistemática das PPPs, o estado (ente estatal) que já possui e opera uma infraestrutura utilizada por usuários e outros operadores (como, por exemplo, companhias aéreas, portos e rodoviárias no caso dos transportes) tem a oportunidade de melhorar a qualidade dessa operação ao incorporar parceiros privados na gestão e execução das diversas fases do serviço (cobrança de tarifas, manutenção, obras de melhoria e ampliação de estradas, soluções de mobilidade, etc.).

A razão pela qual não se pode afirmar que as PPPs são equivalentes às privatizações é a seguinte: nesse último casos, ao término do contrato os ativos retornam ao controle estatal. Toda a melhora e/ou estrutura construída durante a parceria será incorporada ao estado, geralmente sem custo adicional²⁶⁵. Embora resultantes de um mesmo processo de reforma e modernização do Estado, as privatizações implicam a alienação de ativos públicos ao setor privado, enquanto nas PPP ocorre o inverso: ao término do contrato, a infraestrutura implementada é transferida ao setor público (BARBOSA DE BRITO et al., 2005).

A primeira PPP (concessão patrocinada) assinada no Brasil foi o projeto para exploração da operação dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 - Amarela do Metrô de São Paulo, cujo percurso abrange desde a Estação da Luz até Taboão da Serra, com um valor de R\$ 790 milhões, realizada entre a Companhia do Metropolitano de São Paulo - METRÔ do Estado de São Paulo e a Concessionária da Linha 4 do Metrô de São Paulo S.A. (Via Quatro) (MAFFIA, 2015). O estado foi o responsável pela construção do projeto, mas a concessão para a operação, ficou com a iniciativa privada. A empresa adotou tecnologias de ponta para lançar um projeto com veículos automáticos controlados remotamente por um sistema central, eliminando a necessidade de motoristas.

As possibilidades para a atuação das PPPs na mobilidade urbana são extensas²⁶⁶, embora os projetos para as concessões se atenham ainda, em sua maioria, à melhoria e manutenção de rodovias. Mesmo assim, com o advento das tecnologias preditivas e de análise cada vez mais rebuscadas, a tendência é o leque de oportunidades para as empresas privadas, nesse sentido, também amadureça.

265 Salvo estipulação contratual em contrário. Há a possibilidade de previsão de pagamento em casos de melhorias extraordinárias; custos com aquisição de tecnologias avançadas; contratos que preveem a compra de determinados ativos; indenização por investimentos não amortizados, etc.

266 Podem ser voltadas a construção de novas rodovias, projetos de túnel, ponte, acessibilidade, estações de metrô, sistema de cobrança de bilhetes e passagens, estacionamentos, terminais intermodais, dentre outros.

Nos tópicos a seguir serão trazidas as principais mudanças ocorridas ao longo dos anos na infraestrutura de transportes, em especial as mudanças ocorridas no sistema ao fomento das parcerias, considerando a visão de mundo adotada pelas grandes empresas, líderes em inovação tecnológica.

19.2 CONTRATOS, GOVERNANÇA E DESAFIOS DAS PPPS NO SETOR DE TRANSPORTES

Para a realização das parcerias a Constituição determina a obrigatoriedade do processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes nos casos de obras, serviços, compras e alienações ao estado (art. 37, XXI e art. 175 da Constituição Federal). É que, no Estado de Direito Democrático todos têm o direito de se interessar em colaborar com a Administração Pública, devendo ser assegurada a absoluta equivalência aos participantes da disputa e ser escolhido sem discriminações ou favoritismos, não o preferido, mas o que apresentar a proposta mais vantajosa para a administração, demonstrando idoneidade e revelando ter melhores condições de desempenhar o serviço licitado de modo adequado e seguro, para satisfazer as necessidades da população (AVALONE FILHO, s.d.).

A transparência e a clareza nos processos decisórios são princípios importantes deste mercado, atrelados, claro, às práticas de governança bem delimitadas, que devem ser exercidas a contento. Isso faz com que oportunismo perca forças dentro deste ambiente, faz com que a assimetria informacional não seja tão relevante, promove confiança aos investidores e evita despesas para o processo de auditoria do estado que não possui recurso para acompanhar o desempenho privado.

Sobre a natureza dos contratos das PPPs, Hart, Shleifer e Vishny (1997) iniciaram a discussão teórica sobre contratações privadas em serviços inerentemente públicos, concluindo que esses contratos seriam incompletos sempre que envolvessem fatores qualitativos de difícil mensuração, uma vez que o ente privado seria incentivado a reduzir custos em detrimento de prover serviços de qualidade. Williamson (1999) avança na análise da burocracia pública por meio da ótica de custos de transação e destaca que modos alternativos de governança devem ser selecionados com base nos riscos da transação (THAMER; LAZZARINI, 2015).

Sendo assim, a governança atua no acompanhamento do projeto, evidente, mas desempenha um papel crucial para, no momento pré-contratual, reduzir o maior número de riscos possíveis. Se por meio de uma política de governança bem estruturada for possível a antecipação desses riscos, o parceiro privado pode ser encorajado a assumi-los, sejam operacionais, financeiros ou de construção, caso o contrato seja preciso o suficiente e adote mecanismos eficientes para essa mitigação.

A alocação dos *direitos de controle* (Hart, Shleifer e Vishny, 1997) do contrato - o poder que parceiro (público ou privado) detém na tomada de decisões - possui impacto direto nos incentivos e eficiência da operação. É possível que o instrumento que preveja políticas de incentivo robustas e reais torne o parceiro mais empenhado, sem que o *trade-off* entre o custo e a qualidade se tornem um problema.

E a política de um contrato nunca será igual a política de outro. Tanto é que, a depender de quem detém a infraestrutura da parceria, os incentivos tenderão a ser mais, ou menos arrojados. A empresa privada, motivada pelo lucro, pode adotar meios de redução de custo que irão impactar a qualidade do serviço de forma negativa. Isto é, o (in)sucesso de um contrato de parceria está também diretamente ligado aos interesses inerentes a cada investimento, aos vieses políticos e interesses que possam surgir no decorrer da prestação. A governança em fase pré-contrato, nesse sentido, esforça-se na predição desses riscos.

Bennett e Iossa (2006) fizeram uma breve análise sobre os diferentes arranjos de parcerias e chegaram a três pressupostos necessários para o sucesso de um projeto caso as responsabilidades pela gestão desse projeto sejam concedidas exclusivamente ao parceiro privado. Os autores entendem que a concessão exclusiva da responsabilidade de um consórcio (ou mesmo projeto unitário) será uma boa escolha quando (1) existirem externalidades positivas, ou seja, a ação pretendida gerará mais efeitos positivos do que negativos (ou nenhum negativo); (2) os efeitos da inovação no valor de mercado residual do ativo forem fortes; e (3) caso os efeitos da inovação no benefício social gerado pela provisão do serviço público forem fracos (BENNETT; IOSSA, 2006).

Assim, se a inovação (como uma nova tecnologia ou abordagem) aplicada aos serviços públicos não gerar um impacto positivo forte ou significativo para a sociedade, os benefícios sociais que poderiam ser esperados dessa inovação também serão fracos. Em outras palavras, mesmo que haja uma tentativa de melhorar os serviços públicos, se a inovação não for eficaz, a sociedade não verá melhorias.

Apesar das PPPs oferecerem benefícios significativos tanto para o setor público (acesso a investimentos privados, diminuição de riscos financeiros, maior eficácia operacional, inovação tecnológica, melhor planejamento e manutenção, geração de empregos, aceleração de projetos) quanto para o setor privado (retorno financeiro consistente, menor risco político e regulatório, reconhecimento, incentivos fiscais, financiamento), a discussão sobre a eficácia prática dessas parcerias é bastante pertinente.

Durante a fase de negociação, preocupam os custos de transação relacionados à corrupção, a assimetria informacional, à confecção desses contratos e aquelas resultantes de vieses políticos e ideológicos e que contaminam

a relação público-privada. Na fase de operação, o oportunismo, a expropriação de recursos, problemas de *hold-up* e renegociação contratual (THAMER; OGASAVARA, 2023) **são os problemas mais reconhecidos.**

No setor de transporte os desafios não fogem à regra. Os profissionais da área, no entanto, podem contar com os “braços” que surgem no mercado, na maioria das vezes elaborados por órgãos regulatórios dominantes. Um exemplo seria a utilização de matrizes ligadas aos principais riscos de um projeto, como a Matriz de Alocação de Riscos de PPPs em Rodovias, criada pela Global Infrastructure Hub (GIHub), iniciativa do G-20 (grupo composto pelas 20 maiores economias globais).

A matriz contém uma lista indicativa – mas não exaustiva – dos principais riscos normalmente a serem considerados em projetos de PPP de rodovia e a sua alocação típica entre a Autoridade Contratante e o Parceiro Privado. Pode-se usá-la como um ponto de partida para entender as questões de alocação de risco que comumente surgem em projetos de rodovia e para desenvolver uma matriz de risco individual para o projeto em questão.

No entanto, o setor de transporte atravessa problemas particulares.

Os progressos na economia de massa desde a era do *laissez-faire* contribuíram para o início da queda do uso das ferrovias no mundo inteiro. No mundo, as crises do petróleo ajudaram o aprofundamento das especializações ferroviárias nos anos 70 (setenta) e 80 (oitenta) em função da busca pelo maior rendimento energético no transporte de cargas (BARAT, 2007). Essa busca por eficiência fez com que empresas que operavam somente em vias marítimas começassem a operar também nas ferrovias, em atuação multimodal.

No Brasil, os elevados níveis de investimento em transportes foram motivados pelos acréscimos nos volumes de produção, pela dinâmica de expansão das fronteiras econômicas e pelo processo de ocupação territorial – associados ao período de industrialização acelerada – que exigiram vultosos recursos nas infraestruturas de logística e transporte. No entanto, o prolongado quadro recessivo que assolou a economia brasileira nos anos 80 e 90 provocou uma queda brutal dos investimentos públicos nas infraestruturas econômicas em geral, o que ocasionou a redução da própria Formação Bruta de Capital Fixo – em média 23,6% do PIB entre 1972 e 1982 e 19,4% do PIB entre 1992 e 2002 — assim como da participação dos investimentos em transportes (BARAT, 2007).

O surto de implantação de rodovias no país para a consolidação e integração do mercado interno, por sua vez, explica a dependência da movimentação de passageiros e cargas em relação ao transporte rodoviário até hoje, inclusive em detrimento das ferrovias. De acordo com Ballou (2010), isso se deu, pois, a utilização de caminhões oferece vantagens na prestação dos ser-

viços, como carga ou descarga de porta a porta, frequência, disponibilidade e velocidade (OLIVEIRA FILHO et al., 2014).

Hoje o cenário que vemos nas dinâmicas de cargas - ainda sim no intuito de reduzir os custos e aumentar a eficiência das entregas - é a busca pela especialização e inovação dos serviços logísticos, de forma integrada. A eficiência nas rodovias está atrelada à prestação dos serviços de alta demanda, de forma coesa, na maioria das vezes englobando, além do transporte, a armazenagem e gestão da cadeia de suprimentos.

É possível dizer, portanto, que a eficiência da operação será determinada por uma série de requisitos que relatam a (in)viabilidade da operação pelo setor público ou pelo setor privado. Na análise sobre a existência da demanda, que dela eventualmente poderá surgir a oferta, quem vai operar, inicialmente, não importa. No entanto, na prática, há de sopesar os conflitos e dificuldade de cada um na operacionalização do serviço.

Para Quinet (1992), os níveis mínimos de demanda, o atendimento de fluxos distribuídos no espaço geoeconômico e as exigências quanto à eficiência são elementos que condicionam as escalas, as localizações e as tecnologias nas decisões relativas a investimentos e métodos dos operacionais na logística e nos transportes. E sendo assim, estes objetivos, preocupações e restrições das políticas de transportes são muitas vezes incompatíveis entre si, o que dificulta o equacionamento das prioridades pelo poder público. Por exemplo, a promoção de maior equidade inter-regional; Sentido de afirmação e integração da nacionalidade; Indução de novas oportunidades de especialização produtiva; Preservação do meio ambiente; Racionalização do uso de insumos energéticos; Eficiência no atendimento às exigências decorrentes da modernização e ampliação de escala dos setores produtivos (BARAT, 2007). Sob a perspectivas das PPPs, dessa forma, busca-se o equilíbrio entre estes conflitos.

Observe que, nesse contexto, se a entidade pública estiver incapaz de fornecer o serviço e este for operado por empresa privada munida de tecnologias suficientes e ágeis o bastante, o gerenciamento e governança da cooperação entre privado e público também pode ser facilitado por meio desses sistemas de informações - sistema diagramação de carga, de planejamento de recursos empresariais (ERP), pagamento eletrônico de frete e abastecimento, de identificação por código de barra (P. DIAS, 2012) gestão de armazéns e transportes, elaboração e otimização de rotas, gestão de seguros, etc.

Não apenas nas rodovias, as soluções integradas tendem a alavancar a prestação dos serviços dentro das cidades, nos transportes público coletivos. A constante pesquisa e análise dos números deste mercado a nível mundial vão indicar os caminhos deste setor.

A para fundamentação da política setorial brasileira, porém, se deve simplificar a complexidade de muitos dos estudos elaborados em países desenvolvidos, em favor de abordagens objetivas e integradas. Deve-se atentar para o fato de que, a ausência ou a má qualidade das informações torna, em geral, inútil a sofisticação de estudos, e que estes devem adquirir o caráter de diagnósticos objetivos e de delineamento de cenários sem a projeção mecânica de tendências, enquanto se aperfeiçoam, paralelamente, os levantamentos sistemáticos e permanentes das informações (BARAT, 2007).

As dificuldades cotidianas enfrentadas no setor de transporte além daquelas sobre o gerenciamento dos projetos, incluem: a ausência de integração entre modais de transporte; a desinformação e a insatisfação do usuário; atrasos de viagens; conflitos de uso do espaço urbano (várias ocupações marcadas por irregularidades e falta de infraestrutura); dependência de subsídios e incertezas de receita; baixa eficiência operacional; dificuldade de financiamento e gestão dos indicadores; emissão de poluentes; defasagem no modelo contratual; acidentes e falta de inovação.

Nesse contexto, as parcerias público-privadas que implementam estratégias de integração, inovação e divisão de riscos destacam-se pelas novas oportunidades de financiamento dos projetos, pela aplicação de conceitos como o planejamento urbano integrado, e pela adoção estratégica de novas tecnologias.

19.3 FINANCIAMENTO NAS PPPs DE MOBILIDADE URBANA

Os métodos de financiamento para a melhoria e manutenção dos transportes públicos no Brasil evoluíram ao longo dos anos, particularmente após a promulgação da Constituição Federal e a criação da CIDE-Combustíveis.

Inicialmente, o mecanismo predominante possuía natureza tributária, com a destinação dos recursos do Imposto Único sobre Combustíveis Líquidos e Gasosos (IUCLG) ao Fundo Rodoviário Nacional (FRN). A ele vinculou-se cerca de 80% os recursos arrecadados do IUCLG, para a construção e conservação das rodovias. Sob a administração do governo federal, o FRN teve os recursos repartidos entre a União, os estados e os municípios segundo critérios objetivos definidos em lei (BARAT, 2007).

Após a Constituição Federal de 1988, no entanto, o FRN foi extinto e foi criada a CIDE-Combustíveis, em 2001, que antecedeu a criação da lei das PPPs em 2004, do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) em Mobilidade de 2007, e por fim, da Política Nacional de Mobilidade Urbana em 2012, instituída pela Lei 12.587 em 2012, cuja política incentiva o financiamento (subsídios) de transportes públicos sustentáveis, com foco em transporte coletivo de massa.

O subsídio público, dessa forma, é importante mecanismo de financiamento da área, com a destinação de receitas do orçamento público municipal (arrecadação de ISS e IPTU), transferências intergovernamentais (FPM, ICMS), exploração de ativos e, em alguns casos, programas de financiamento federal.

No ano de 2022, com base na Política Nacional de Mobilidade Urbana, a Lei 11.367 de 2022 autorizou a concessão de subsídio mensal ao transporte público coletivo no município de Belo Horizonte, no valor máximo total de R\$ 237.500.000,00 (BELO HORIZONTE, 2022). O Governador do estado de Minas Gerais, por sua vez, a fim de regulamentar a crescente demanda por parcerias público-privadas editou o Decreto nº 48.670 de 2023 para dispor sobre a política de concessões e parcerias público-privadas do estado, o comitê gestor de parcerias e a governança de concessões e parcerias (BELO HORIZONTE, 2023).

Desde então, o número de leilões em Minas Gerais tem exibido uma tendência de crescimento. Recentemente, o edital n.º 1/2024 foi lançado com a finalidade de conceder serviço e realização de obra, envolvendo a exploração da infraestrutura, recuperação, manutenção, conservação, operação, monitoração, implementação de melhorias e expansão da capacidade do Sistema Rodoviário da BR-381/MG, no trecho entre Belo Horizonte/MG e Governador Valadares/MG (BELO HORIZONTE, 2024).

No leilão mais disputado em 2024, cujo objetivo era a concessão dos serviços e obras na BR 040/GO/MG, que abrange os 594,80 quilômetros entre Cristalina/GO e Belo Horizonte/MG, o grupo francês VINCI Highways SAS venceu a concessão e tem planos para melhorar a conectividade da região, implementar políticas ambientais e fomentar o desenvolvimento econômico (BRASIL, 2024).

No âmbito federal, os esforços para regulamentar e desenvolver o tema crescem significativamente. O Ministério dos Transportes (Infraestrutura), iniciou recentemente uma agenda colaborativa com o setor privado para desenvolver parcerias público-privadas (PPPs) em projetos de infraestrutura de transportes, mas que conta com a contribuição de operadores, investidores e com o mercado financeiro (BRASIL, 2024). Ele é o responsável por formular e implementar políticas nacionais para o setor de transportes em todas as modalidades.

No Brasil, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), por sua vez, é a agência responsável pela fiscalização e regulamentação do transporte rodoviário, ferroviário e intermunicipal e interestadual, enquanto o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIIT) realiza a execução e a manutenção de toda essa infraestrutura. A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) são responsáveis por estabelecer as normas e gerenciar os ser-

viços de transporte aéreo, marítimo e fluvial, respectivamente. Além disso, claro, tanto os municípios quanto os estados podem formar parcerias público-privadas e oferecer subsídios ao setor de mobilidade.

Mas retornando aos fundamentos e definições das PPPs que podem ocorrer tanto na modalidade administrativa quanto na patrocinada, observa-se que, no setor de transporte público, em sua maioria, elas são de natureza patrocinada. Isso ocorre porque, geralmente, o investimento inicial em infraestrutura de transportes é elevado e há uma expectativa de retorno financeiro por meio das tarifas dos usuários. No entanto, é possível considerar parcerias administrativas em casos em que a cobrança de tarifa não seja adequada ou necessária.

Outro ponto fundamental para o sucesso das parcerias patrocinadas é o fato de que a operação exigida para o ajuste e gestão, melhoria e acompanhamento dos projetos de transporte, além de dispendiosas, possuem um alto risco regulatório e de custo variante, com uma infraestrutura complexa e um longo prazo de retorno, fazendo com que o público não consiga arcar com os projetos sem o investimento do privado.

Também é comum que as parcerias patrocinadas busquem financiamento por outros recursos e empresas, buscando o isolamento dos riscos (considerando que o balanço considerado será apenas o da sociedade em operação), maior possibilidade de captação de recursos, maior garantia de retorno e, por sua vez, a apresentação de uma proposta com maior robustez à administração pública.

Para submeter o projeto ao parceiro público as empresas têm a opção de formar um consórcio, conforme permitido pela Lei 8.987/1995 (art. 2º, II). Nessas situações será criada uma empresa para a realização dos serviços, uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), sendo possível dispensar a obrigatoriedade de licitação conforme autoriza a Lei nº 11.107/2005.

O financiamento para uma SPE (empresa criada para gerir o objeto da parceria, fruto de consórcio ou não) ocorre a partir do *equity* e das dívidas empresariais - os passivos dessas empresas. O ativo, por outro lado, será constituído de despesas de capital (aquisição de maquinário, equipamentos, ferramentas, etc.), rendimentos financeiros e outros.

O método de financiamento mais comum dentro das PPPs é o *Project Finance*, cuja temática é descrita no Guia de Certificação de Parcerias Público-Privadas (The APMG *Public-Private Partnerships Certification Program* - CP³P):

As obrigações da empresa responsável pelo projeto estão isoladas das dos investidores de *equity* de forma que a garantia da dívida são os fluxos de caixa do empreendimento. O financiamento consistirá de *equity* (fornecido pelos acionistas/quotistas da empresa do projeto, que são, por sua vez, os sócios do consórcio vencedor da licitação) e dívida (provida por mutuan-

tes (lenders) como bancos comerciais ou outras instituições creditícias)⁷⁵. O *equity* sempre suportará os eventuais prejuízos do projeto antes da dívida, uma vez que quaisquer pagamentos relativos àquele estarão subordinados ao serviço da dívida, que segue uma programação específica, com um cronograma de pagamentos contratuais que contempla o principal e os juros. Assim sendo, o *equity* requer um prêmio mais elevado (retorno) do que a dívida.

Nessas situações os acionistas ocupam uma posição subordinada, o que implica dizer que eles só receberão retorno financeiro após o pagamento dos credores mutuantes (bancos e instituições financeiras, por exemplo) e que as perdas associadas ao projeto serão absorvidas por eles, priorizando o pagamento das dívidas do empreendimento. Assim, o financiamento está vinculado à capacidade que o projeto possui de gerar receita.

Como consequência dessa lógica, esses financiamentos promovem a gestão dos custos durante todo o ciclo de vida do projeto, garantindo que, após a quitação dos custos, o parceiro disponha de receita suficiente para liquidar a dívida e proporcionar retorno aos seus investidores.

Projetos de transporte no Brasil, contudo, enfrentam dificuldades na atração de financiamento privado pela longa duração dos investimentos, à insegurança jurídica que essa longevidade causa, e pela não padronização dos métodos tecnológicos utilizados nos projetos de maior porte.

Veja, as legislações que tratam do tema são recentes; há evidente risco político que considera a longevidade dos projetos (as mudanças de governo e políticas podem impactar a continuidade dos projetos); há a percepção de risco pelos atrasos e superação da verba orçamentária (comum nestes casos) e tudo isso atrelado à ausência de tecnologias padronizadas e compatíveis.

No que diz respeito ao elevado custo orçamentário para os projetos de PPPs no geral, conforme Oliveira Filho (2013), “enquanto países como Estados Unidos, Reino Unido e Alemanha contaram com mais de 50% de recursos próprios para realizar seus investimentos, os países emergentes contaram com menos de 25%, configurando um elevado grau de dependência de fontes alternativas de *funding*”. Essa forte dependência do crédito bancário, por sua vez, é inapropriada para definir uma estrutura adequada de capitais, em especial nas situações em que a maturidade dos investimentos é longa e com riscos diferenciados (OLIVEIRA FILHO, 2014).

Um exemplo típico de concessão a longo prazo é a administração de linhas de metrô ou trem em grandes metrópoles. Nelas, a parceira assume a responsabilidade de operar e manter a infraestrutura rodando por um período determinado, entre 15 e 30 anos, dependendo das condições do contrato. Geralmente, incumbe à empresa privada a operação dos trens, gerenciamento do sistema de bilhetagem, contratação do pessoal e manutenção da qualidade do serviço. A diferença entre os “contratos de gestão” e os “contratos de

serviço”, no entanto, estão ligados ao valor do financiamento/investimento inicial (APMG, 2019) e não teria relação direta com a duração da parceria:

Alguns desses projetos incluem investimento inicial substancial (por exemplo, a aquisição de uma nova frota para serviço de transporte por ônibus). A fundamentação para que esses contratos sejam considerados “contratos de gestão” ou “contratos de prestação de serviços” é o valor relativo envolvido no financiamento/investimento inicial. Por exemplo, para muitas concessões de ônibus, o investimento constitui somente a renovação de um número limitado de veículos por ano, de forma que o custo predominante para o governo e o parceiro privado seja um custo anual.

No final das contas, se essa longínqua operação resultará ou não em valor para o governo, vai depender do preço do ativo e, acima de tudo, do que será feito com o lucro. Com os recursos captados o governo poderá desenvolver outra infraestrutura, suprir outras necessidades públicas, reduzir as dívidas, reverter os valores aos fundos destinados ao desenvolvimento de infraestrutura e que são geridos por instituições (deve-se balancear os interesses públicos nesse caso) sujeitas autorizações da Comissão de Valores Imobiliários (CVM).

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) vinculada ao Ministério da Fazenda é a entidade responsável pela regulamentação do mercado de capitais no Brasil. Todos os fundos de investimentos em infraestrutura estão sob sua regulação: os Fundos de Investimento Imobiliário voltados para Infraestrutura (FI-Infra), os Fundos de Investimento em Participações em Infraestrutura (FIP-IE), os Fundos de Investimento em Direitos Creditórios de Infraestrutura (FDIC-Infra), o Fundo de Investimento em Participação na Produção Econômica Intensiva em Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (FIP-PD&I) para investimentos específicos neste setor, e o Fundo de Investimento do FGTS (FI-FGTS), que pode direcionar recursos para projetos de infraestrutura.

Os fundos são regulamentados pela Resolução CVM nº 175. Essa resolução dispõe sobre a constituição e funcionamento de cada um deles, e dentre outras previsões, determina os limites de concentração do patrimônio líquido por emissor, regulamentando a emissão dos títulos por SPEs de infraestrutura, conforme art. 60:

Art. 60. É de 20% (vinte por cento) do patrimônio líquido o limite de concentração por emissor que atenda ao disposto no art. 2º da Lei nº 12.431, de 2011, para a carteira de ativos da classe tipificada como “Infraestrutura”.

§ 4º Para efeito do disposto no caput, no caso de debêntures emitidas por sociedade de propósito específico – SPE constituída sob a forma

de sociedade por ações, o limite deve ser computado considerando-se a SPE como emissor independente, desde que haja constituição de garantias relativas ao cumprimento das obrigações principais e acessórias e que tais garantias não sejam concedidas por sociedades integrantes do seu grupo econômico, exceto no caso de garantias reais incidentes sobre as ações de emissão da SPE de propriedade de tais sociedades.

E no que diz respeito a possibilidade de emissão de títulos de dívida pelas SPEs, as mudanças legislativas ocorridas nos últimos anos reforçam a ideia de que o mercado de fundos de infraestrutura no Brasil representa uma gama de oportunidade de investimento nos setores essenciais com diferentes perfis de risco e retorno, e chances de investimentos relevantes nos projetos das PPPs, tornando-os mais seguros e atrativos.

O novo comportamento de mercado desse setor foi influenciado por uma série de normas, dentre elas as principais: Lei nº 11.478 de maio de 2007 (Institui o FIP-IE e FIP-PD&I) alterada pela Lei nº 12.431/11 (Dispõe sobre as debêntures incentivadas de infraestrutura e concede benefícios fiscal aos investidores); Lei nº 14.801 de janeiro de 2024 (Dispõe sobre as debêntures de infraestrutura e concede benefício fiscal às empresas emissoras) e Lei nº 11.491, de 20 de junho de 2007 (criação do FI-FGTS).

Em síntese, os regramentos foram responsáveis por introduzir ao setor duas modalidades importantes de fundo de investimento (de participação e desenvolvimento de pesquisa e inovação) e concedem benefícios fiscais aos investidores e empresas emissoras de incentivadas.

Assim como a Lei nº 12.431/11 que concede benefícios ao investidor em 2011, a recente edição da Lei nº 14.801, de janeiro de 2024 criou benefícios voltados as empresas que emitem os títulos. Enquanto a norma anterior concedia- os somente ao investidor - inclusive prevendo a isenção de imposto de renda para o investidor pessoa física - a Lei nº 14.801 criou as vantagens próprias para as pessoas jurídicas, concedendo-as, em razão dessas emissões, a dedução da soma dos juros pagos ou incorridos para os cálculos de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e de Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ). Ela também prevê a exclusão do valor de 30% da soma dos juros relativos às debêntures pagas no exercício para a apuração do lucro real e da base do CSLL.

Com o avanço da regulamentação específica a emissão dos títulos para o mercado de infraestrutura será maior nos próximos anos. A Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (ANBIMA) demonstrou, em fevereiro de 2024, que a quantidade de operações registradas (em milhares) por debêntures incentivadas saltou de 137,4 em 2019 para 624,7 em 2023, contra 30,0 e 276,1 das debêntures corporativas (BRASIL, 2024). Se a emissão de incentivadas já estava mostrando resultados maio-

res do que as emissões dos títulos corporativos, sem benefícios às empresas, agora esse número tende a crescer.

Outro ponto de relevância esteve no final do ano de 2021 logo após a criação dos Fundos de Infraestrutura (voltados às debêntures incentivadas, ainda conforme a Lei nº 12.431/11), momento em que os FIDCs começaram a migrar para a classe dos FI-Infra no objetivo de expandir o número de investidores, principalmente os de varejo, já que os FIDCs possuem uma limitação nesse sentido, voltados apenas aos investidores qualificados (com mais de R\$ 1 milhão em aplicações na Bolsa).

O FI-FGTS, por sua vez, gerido pela Caixa Econômica Federal (CEF), empresa de economia mista e Lei nº 11.491, de 20 de junho de 2007, visa a aplicação de recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) para os empreendimentos dos setores de aeroportos, energia, rodovia, ferrovia, hidrovía, porto e saneamento, a depender das necessidades do estado.

Por fim, o estreitamento da relação das instituições financeiras governamentais com projetos de infraestrutura emergentes será valiosa para o setor.

A Confederação Nacional do Transporte (CTN) - uma associação sindical de grau superior no setor de mobilidade - apontou em 2024 que BNDES se consolidou como principal financiador de projetos de infraestrutura de transportes no Brasil, enquanto, em 2021, a mesma Confederação havia apontado que o desembolso total do BNDES em 2020 havia sido de apenas 0,1% do Produto Interno Bruto (PIB) Brasileiro, e que apenas 1,8% dos valores das concessões realizadas de 2001 a 2021 foram gastos no setor de transportes (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE, 2024).

O avanço das Parcerias Público-Privadas (PPPs) nos transportes no Brasil destacam uma transformação importante na abordagem do país para enfrentar os desafios de infraestrutura. A participação de empresas e fundos privados no financiamento desses projetos trouxe capital e conhecimento especializado em gestão e operação, elevando os níveis de eficiência e inovação dos empreendimentos.

19.4 INOVAÇÃO, INTELIGÊNCIA E MOBILIDADE SUSTENTÁVEL NAS PPPS DE TRANSPORTE

Com relação a este último ponto, destaca-se outra perspectiva promissora no campo das PPPs de transporte com a entrada dos Fundos de Investimentos em Participação na Produção Econômica Intensiva em Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (FIP-PD&I) no mercado de debêntures incentivadas, especialmente com relação à obtenção de recursos para projetos cujo investimento em tecnologias será mais alto.

No Brasil e no mundo, destacam-se no mercado de mobilidade os projetos e empresas que investem em inovação e conectividade. A título de exemplo, os já conhecidos Uber (aplicativo de transporte) e Waze (aplicação de navegação via *Global Positioning System*- GPS). Emergem, no entanto, empresas como a BeepBeep Mobilidade que pretende se tornar o maior player em compartilhamento de carros elétricos no Brasil, ou a BlaBlaCar, que oferece serviços de carona e viagens de ônibus compartilhadas. As empresas Tembici e a E-Moving se destacam como iniciativas para a locação e uso de bicicletas que permitem explorar a cidade de forma mais sustentável.

O sucesso do grupo francês Vinci Highways na licitação do trecho da rodovia BR-040 mencionado, inclusive, está intimamente ligado a capacidade da empresa de fomento e rodagem dos projetos Free Flow e HS Win que já são de iniciativa do Governo Federal. O projeto prevê um investimento no valor de 12 bilhões de reais.

O Free Flow é um projeto de Sandbox Regulatório²⁶⁷ da ANTT que permite que os veículos não tenham que parar nos pedágios para realizar o pagamento, por meio da adoção de um sistema de pedagiamento eletrônico que identifica os automóveis a partir da etiqueta eletrônica (TAG) utilizada no veículo ou pela placa. Isso gera mais agilidade às viagens, evitando os atrasos, a obstrução das vias e o consumo de combustível. Já o HS Win, também um projeto de Sandbox Regulatório, pretende a alteração do antigo modelo utilizado nos postos de pesagem veicular (PPVs) com o uso de balanças lentas e ineficazes, para a pesagem em movimento, com o sistema *HS-WIM* (*High Speed Weigh-In-Motion*).

Outras soluções são percebidas, inicialmente, nas capitais brasileiras.

O Sistema de Estacionamento Rotativo Zona Azul em São Paulo, operado pela ESTAPAR, foi realizado por meio de uma PPP que envolveu empresas do setor privado para a digitalização do sistema, coleta de dados sobre a utilização das vagas e o desenvolvimento de um aplicativo que permite a gestão inteligente do estacionamento urbano (ESTAPAR, 2024). Em Curitiba/PR a parceira da DATAPROM foi responsável pela implantação de sistemas de controle de tráfego baseados em dados. Esses sistemas permitem ajustar os semáforos em tempo real, com base em informações sobre o fluxo de veículos, aumentando a fluidez do trânsito. Para isso, ele opera em conjunto com sensores como câmeras ou laços físicos e ajusta os tempos dos semáforos reduzindo congestionamentos (DATAPROM, 2024).

O data analytics e o machine learning estão enraizadas nos futuros projetos das PPPs. O Moovit, empresa líder global em Mobilidade como Servi-

267 Projetos experimentais para teste de produtos ou serviços inovadores e teste de solução regulatória inovadora.

ço (MaaS) coleta, mapeia e mantém atualizados em tempo real os dados de mobilidade urbana de 3,500 cidades em 112 países do mundo.

E como mencionado anteriormente, as empresas privadas podem dar conta das diferentes etapas do processo de prestação de serviço, como por exemplo, o pagamento. A integração das formas de pagamento nos serviços ofertados por meio da interoperabilidade dos sistemas já é uma realidade. A ideia é que todas essas novas operações acompanhem os avanços de todo o setor de transportes, inclusive abrangendo a ideia da multimodalidade como bem já adotado em Londres no uso do cartão *Oyster Card* em todas as plataformas: metrô, ônibus, TRAM (bondes), trens (underground) e National Rail e DLR (sistema de metrô leve). Lá, o crédito é realizado no estilo “*pay as you go*”, ou seja, você paga conforme o trajeto feito (NOMAD, 2024).

Isso é possível porque os pagamentos de arranjo aberto (que são regulados pela Resolução BACEN/DC Nº 150 DE 06/10/2021) estão cada vez mais presentes. As cidades tendem a adotar cartões únicos para ônibus, metrô e trens.

Os sistemas adotados pela prefeitura de Belo Horizonte/MG por meio da BH Trans, pela BRB Mobilidade desde quando assumiu a operacionalização do Sistema de Bilhetagem Automática (SBA) do Distrito Federal/DF e pela prefeitura de São Paulo/SP com a com a inserção do Bilhete Único nos sistemas de transporte, todos eles possibilitam recargas via pix e utilização, tanto nos ônibus, quanto nos metrô das cidades. E alguns bancos já oferecem o serviço de cartão pré-pago, com a possibilidade de pagamento por meio da tecnologia de aproximação (*contactless*).

Todas essas tecnologias criam um ambiente de pesquisa e análise enorme para os profissionais analíticos de dados.

Os arquivos do Sistema de Bilhetagem Eletrônica (SBE) são exportados no formato CSV, XML ou JSON e neles são encontradas as seguintes informações: código do cartão, data, número da linha, código motorista, código do veículo, horário que houve a validação, tipo de cartão, número da viagem, sentido e outras informações (TRÉPANIER et al. 2009; GRASER et al. 2020). O cruzamento dos dados coletados, de horário, duração, local, sentido e frequência da viagem, permitem ao operador do sistema o mapeamento das necessidades mais urgentes da cidade. Neste caso, é possível verificar as zonas mais densas, que necessitam de maior atenção. É possível inclusive, por esses cruzamentos, afirmar com certa tranquilidade o local do trabalho e da residência de cada um dos usuários.

Na Europa já está em uso o pagamento de transportes mediante reconhecimento facial e na China já é utilizado o reconhecimento biométrico (ESTADÃO, 2024). Essas tecnologias que já são utilizadas no sistema brasileiro de prevenção às fraudes, se introduzido aos transportes, pode servir ao combate de burlas de políticas governamentais, como a utilização de um

bilhete com benefícios que são voltados a uma determinada classe de pessoas, por quem não detenha esse direito.

No transporte de carga para frete, as tecnologias de pagamento favorecem a agilidade que se espera desse campo:

Esse sistema consiste a um cartão eletrônico, que recebe um crédito, como um equipamento pré-pago, sendo utilizado para o pagamento de despesas durante uma viagem. Esse sistema oferece às empresas a vantagem de não ter de disponibilizar numerário (dinheiro) aos operadores, o que reduz o risco durante o percurso e ainda permite, caso o operador não utilize todo o valor, o reembolso do crédito ao final da viagem. Atualmente, diversas empresas — operadoras de cartão de crédito, distribuidoras de combustível e empresas prestadoras de serviços — tem se especializado nessa atividade e oferecido produtos com esse perfil (SCHUTZ DE LIMA; PE-TRECH DE OLIVEIRA, 2014).

Ao contratar o terceiro, a transportadora da gera no sistema Datamex (por exemplo) um Contrato de Frete Eletrônico e o transmite à administradora de meios de pagamento de sua preferência, que por sua vez informa ao Banco sobre a existência do contrato, para a aprovação. Assim que aprovado, a administradora retorna o resultado positivo à transportadora, via sistema, que carrega o Contrato de Frete diretamente no cartão do motorista, liberando o adiantamento. Após a utilização do valor para o pagamento dos custos da viagem (gasolina, manutenção, serviços etc.), o motorista deve apresentar à transportadora o comprovante de entrega da carga para o pagamento do saldo remanescente.

Na mesma linha, os bancos de digitais buscam oferecer soluções e estratégias para atender às demandas do mercado sustentável. É possível que os usuários comprem créditos de compensação de carbono com a utilização do saldo em conta corrente ou pontos acumulados pela utilização do cartão. Para cada transação uma parte dos gastos é destinada à compra desses créditos, ajudando a financiar projetos que reduzem as emissões de gases de efeito estufa. Esses projetos podem incluir reflorestamento, conservação de florestas e energias renováveis.

Sob este aspecto, a ideia de sustentabilidade atrelado à mobilidade urbana, há uma profunda discussão sobre da necessidade de eletrificação e a renovação das frotas de veículos, pois estima-se que a utilização da frota mais antiga e descalibrada é responsável por mais de 50% da poluição no Brasil (FITEC AMBIENTAL, 2024). A diminuição do uso de biocombustíveis é matéria relevante nos debates quanto a sustentabilidade da mobilidade urbana, apontando como saída a produção de biometano a partir de resíduos de cana-de-açúcar.

Organizações como o WRI cidades (World Resources Institute) e ITDP Brasil (Instituto de Políticas de Transporte & Desenvolvimento) acompanham o tema da sustentabilidade no transporte urbano, e desde a promulgação da Lei de Mobilidade em 2012, trabalham para implantar o Sistema de Informações em Mobilidade Urbana (SIMU) (PORTUGAL et. al, 2017), um portal de visualização de dados que permite tabulações on-line, geração de planilha, gráficos e mapas com rapidez e objetividade, a partir da análise de fontes de dados diversas (MCID, IBGE, ANP, DataSUS, etc.).

No desenvolvimento de ideias tecnológicas para o transporte, no entanto, surge o problema enfrentado nos diferentes setores de infraestruturas das PPPs, que é a dificuldade de integração das tecnologias emergentes. Simplificadamente, trata-se de um problema de comunicação entre as máquinas (M2M) ou entre aplicativos (App2App), que ocorre por diversos fatores: (i) Dificuldade da adaptação do mercado ao crescimento de mobilidade como serviço (MaaS); (ii) a posição dominante da Google sobre o controle das interfaces e Interfaces de Programação de Aplicativos API [do inglês *Application Programming Interface*]; (iii) a gestão de Big Data e (iv) a ausência de padrão das normas para a criação de novas tecnologias, que por sua vez, impede a interoperabilidade entre os sistemas já existentes.

A ausência de padrão não afeta apenas o ambiente regulatório tecnológico, mas a regulamentação sobre os indicadores de mobilidade urbana de igual maneira. Ainda não há consenso sobre a utilização desses índices, que se diferenciam dos indicadores de desenvolvimento sustentável, que já são padronizados (PORTUGAL et. al, 2017). Os índices de mobilidade deverão surgir, dessa forma, a partir dos elementos que são utilizados na análise do desenvolvimento sustentável, voltados aos atributos próprios ao setor de transporte, como a acessibilidade, segurança, a eficiência e inclusão.

É a partir de todo esse contexto de reestruturação ambiental e tecnológica que surge a denominação *Transit Oriented Development* – TOD, uma categoria particular do *Smart Growth*, que busca a eficiência da localização, concentrando em grandes densidades (PORTUGAL et. al, 2017). Uma ideia que busca a maximização e melhorias dos espaços residenciais, comerciais e de lazer, a uma curta distância dos sistemas de transporte.

A diversidade de serviços e comércios ao redor dos sistemas de transporte (multimodais) que se correlacionam com o próprio desenho da cidade, faz com que essas zonas se potencializem rapidamente. Um exemplo disto ocorre na cidade do Rio de Janeiro, que tenta potencializar zonas no entorno do sistema BRT, aplicando os princípios do TOD (ITDP Brasil, 2014). Busca-se a diminuição do uso de carros particulares nas cidades, promovendo o crescimento urbano de forma mais sustentável.

Por fim, como sempre é no direito, as leis precedem as discussões sobre as necessidades mais urgentes, buscando a regulamentação dessas situações.

Está em votação a PL nº 2148/15 que por sua emenda substitutiva pretende instituir o Sistema Brasileiro de Comércio de Emissões de Gases de Efeito Estufa (SBCE). Dentre as medidas propostas está a redução de tributos para produtos adequados à economia verde de baixo carbono e a definição de limites para as emissões de gases pelas empresas. As que excederem esses limites, deverão compensar as emissões por meio da aquisição de títulos de compensação, enquanto as que não os atingirem poderão ser beneficiadas por cotas negociáveis no mercado, para a venda a outras empresas que precisam compensar as emissões excedidas.

19.5 CONCLUSÃO

As parcerias público-privadas (PPPs) no transporte brasileiro representam uma estratégia crucial para a modernização e eficiência dos serviços de mobilidade. Através da colaboração entre o setor público e privado é possível superar desafios históricos e promover inovações tecnológicas que beneficiam a sociedade. No entanto, a falta de integração entre os diferentes modais de transporte, a desinformação e insatisfação dos usuários, os atrasos nas viagens e os conflitos de uso do espaço urbano como são tidos como os principais problemas estruturais desse mercado, além, claro, da defasagem no modelo contratual adotado, que hoje se direciona mais à ideia do transporte como serviço compartilhado, e não mais como propriedade individual.

No âmbito das inovações e mobilidade sustentável, a falta de comunicação entre as máquinas e aplicativos, a dificuldade da adaptação do mercado ao crescimento de mobilidade como serviço compartilhado e a ausência de interoperabilidade entre as novas tecnologias em razão da defasagem do padrão regulatório, constituem desafios sob esse viés. No entanto, na busca pela superação desses limites, as parcerias público-privadas permitem a implementação de projetos complexos e integrados, como a Linha 4 do Metrô de São Paulo, por exemplo.

A adoção de políticas de incentivo robustas e a análise criteriosa dos riscos são essenciais para o sucesso de cada um dos projetos, particularmente após as mudanças ocorridas no mercado de capital, com a entrada de novos fundos de investimento no setor e às concessões de benefícios para as empresas emissoras das debêntures incentivadas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Grupo francês arremata Rota dos Cristais e prevê R\$ 1,2 bilhões em investimentos.** Disponível em: <https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202409/grupo-frances-arremata-rota-dos-cristais-e-preve-r-12-bilhoes-em-investimentos>. Acesso em: 30 set. 2024.

ANBIMA. **Veja as diferenças entre as debêntures regidas pelas leis 12.431 e 14.801.** Disponível em: https://www.anbima.com.br/pt_br/noticias/veja-as-diferencas-entre-as-debentures-regidas-pelas-leis-12-431-e-14-801.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

APMG. **Guia de Certificação de Parcerias Público-Privadas (PPPs) da APMG: Certified PPP Professional (CP3P) Guide.** Tradução de Augusto Neves Dal Pozzo, Bruno Ramos Pereira, Bruno Vidigal Coscarelli, Guilherme de Ávila Naves, Renan Marcondes Fachinatto, Rodrigo Reis de Oliveira. Banco Interamericano de Desenvolvimento; Radar PPP; Dal Pozzo Advogados, 2019.

AVALONE FILHO, Jofir. **Estudo sobre o serviço público de transporte coletivo.** São Paulo: Avalone Advogados, [s/d.]. Disponível em: <https://archive.org/details/073177d6f7896c2eae156550f97af20b>. Acesso em: 30 set. 2024.

BARAT, Josef. **Logística, transporte e desenvolvimento econômico: a visão histórica.** São Paulo: CIA., 2007.

BARAT, Josef. **Logística, transporte e desenvolvimento econômico: a visão setorial.** São Paulo: CIA., 2007.

BARAT, Josef. **Logística, transporte e desenvolvimento econômico: a visão macroeconômica.** São Paulo: CIA., 2007.

BARATA, Aline Fernandes. Participação social e justiça da mobilidade no Brasil. **Cadernos Metrôpole**, [S.l.], v. 25, n. 1, p. 35-54, 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cm/a/pdMXNYRMBsKw9FKC3K8gR6g/?lang=pt#>. Acesso em: 29 set. 2024.

BELO HORIZONTE. **Lei Ordinária nº 11.367, de 1º de julho de 2022.**

Autoriza a concessão de subsídio mensal ao transporte público coletivo, convencional e suplementar, de passageiros por ônibus do Município.

Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/2022/1137/11367/lei-ordinaria-n-11367-2022-autoriza-a-concessao-de-subsidio-mensal-ao-transporte-publico-coletivo-convencional-e-suplementar-de-passageiros-por-onibus-do-municipio>. Acesso em: 29 set. 2024.

BENNETT, John; IOSSA, Elisabetta. *Building and managing facilities for public services.* **Journal of Public Economics**, v. 90, n. 10, p. 2143-2160, 2006.

BING. **Concessões transporte longo prazo inflação.** Disponível em: <https://www.bing.com/search?q=concessões+transportes+ongo+prazo+inflação&qsn=&form=QBRE&sp=-1&ghc=1&lq=0&pq=concessões+transportes+ongo+prazo+inflação&sc=6-40&sk=&cvid=DA6604B9A5A-941FDB8445D614F541302&ghsh=0&ghacc=0&ghpl=>>. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. **Agência Nacional de Transportes Terrestres. Pedágio eletrônico Free Flow.** Disponível em: <https://www.gov.br/antt/pt-br/aceso-a-in>

formacao/acoes-e-programas/ambiente-regulatorio-experimental-sandbox-regulatorio/pedagio-eletronico-free-flow. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. **Agência Nacional de Transportes Terrestres. Sistema de pesagem dinâmica de veículos em velocidade da via (HS-WIM).** Disponível em: <https://www.gov.br/antt/pt-br/acao-a-informacao/acoes-e-programas/ambiente-regulatorio-experimental-sandbox-regulatorio/pesagem-em-alta-velocidade-hs-wim/sistema-de-pesagem-dinamica-de-veiculos-em-velocidade-da-via-hs-wim>. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2148, de 2015.** Dispõe sobre [...]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2382000&filename=Tramitacao-PL%202148/2015. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. **Comissão de Valores Mobiliários (CVM).** Resolução CVM n° 175, de 29 de setembro de 2022. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/legislacao/legislacao_interna/Resolucao175.html. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. **Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. Inmetro publica aprovação de modelo de novo sistema de pesagem automático para rodovias brasileiras.** Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/centrais-de-conteudo/noticias/inmetro-publica-aprovacao-de-modelo-de-novo-sistema-de-pesagem-automatico-para-rodovias-brasileiras#:~:text=O%20que%20%20C%20A%20o%20HS-WIM%20O%20sistema%20de,monitoramento%20e%20controle%20de%20rodovias%20em%20fluxo%20livre>. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. **Lei n° 11.491, de 20 de junho de 2007.** Dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento da Aviação Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2007/L11491.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. **Lei n° 12.431, de 24 de junho de 2011.** Altera a Lei n° 11.033, de 21 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a concessão de isenção de imposto de renda para investidores em debêntures. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2011/L12431.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. **Lei n° 14.801, de 14 de janeiro de 2024.** Altera a Lei n° 11.033, de 21 de dezembro de 2004, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2024/L14801.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. **Ministério dos Transportes. PPPs mais seguras e atrativas são caminho para desenvolver infraestrutura do país.** Disponível em: <https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/noticias/2023/06/ppps-mais-seguras-e-atrativas-sao-caminho-para-desenvolver-infraestrutura-do-pais>. Acesso em: 29 set. 2024.

- BRASIL. Ministério dos Transportes. **VINCI Highways SAS vence disputa por Rota dos Cristais no leilão mais concorrido do ano.** Disponível em: <https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/noticias/2024/09/VINCI-Highways-SAS-vence-disputa-por-Rota-dos-Cristais-no-leilao-mais-concorrido-do-ano>. Acesso em: 29 set. 2024.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2148, de 2015.** Institui o Sistema Brasileiro de Comércio de Emissões de Gases de Efeito Estufa (SBCE) e altera as Leis nºs 12.187, de 29 de dezembro de 2009, 12.651, de 25 de maio de 2012 (Código Florestal), 6.385, de 7 de dezembro de 1976, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2024. Disponível em: <http://infoleg-autenticidade-assinatura.camara.leg.br/2384066>. Acesso em: 29 set. 2024.
- BRASIL. Ministério da Economia. **Programa País do Brasil para o Fundo Verde do Clima - GCF.** Brasília, DF: Ministério da Economia, 2022. Disponível em: <http://infoleg-autenticidade-assinatura.camara.leg.br/2384066>. Acesso em: 29 set. 2024.
- BRITO, Barbara Moreira Barbosa de; SILVEIRA, Antonio Henrique Pinheiro. **Parceria Público-Privada: Compreendendo o Modelo Brasileiro.** Revista do Serviço Público, Brasília, v. 56, n. 1, p. 7-21, jan./mar. 2005.
- CAMPOS, Danielly Cristinne Barbosa de; DAMASCENO, Alberto. Parcerias público-privada (PPP): trajetória histórica no Brasil e sua inserção na política educacional brasileira. Perspectiva: **Revista do Centro de Ciências da Educação**, Florianópolis, v. 38, n. 1, p. 01-23, jan./mar. 2020. Disponível em: <https://www.perspectiva.ufsc.br>. Acesso em: 30 mar. 2019.
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Instruções.** Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes.html>. Acesso em: 30 set. 2024.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE. **BNDES se consolidou como principal financiador de projetos de infraestrutura de transportes e das empresas do setor no Brasil. 2023.** Disponível em: <https://cnt.org.br/agencia-cnt/bndes-se-consolidou-como-principal-financiador-de-projetos-de-infraestrutura-de-transportes-e-das-empresas-do-setor-no-brasil>. Acesso em: 30 set. 2024.
- CONTÍ, Diego de Melo; VIEIRA, Vinnicius Lopes Ramos (Orgs.). **O futuro das cidades: sustentabilidade, inteligência urbana e modelos de viabilidade utilizando PPPs e concessões.** São Paulo: CD.G Casa de Soluções e Editora, 2020. 344 p. ISBN 978-65-990593-2-2.
- DATAPROM. **Semáforos: como funcionam e são controlados.** Disponível em: <https://dataprom.com/semaforos-como-funcionam-e-sao-controlado>. Acesso em: 30 set. 2024.

DIAS, Marco Aurélio P. **Logística, transporte e infraestrutura: armazenagem, operador logístico, gestão via TI, multimodal** / Marco Aurélio P. Dias - São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 978-85-224-7427-1.

ESTADÃO. **Reconhecimento facial será usado no pagamento do transporte público: saiba mais.** Disponível em: <https://mobilidade.estadao.com.br/inovacao/reconhecimento-facial-sera-usado-no-pagamento-do-transporte-publico-saiba-mais/>. Acesso em: 30 set. 2024.

ESTAPAR. **Nova Zona Azul SP.** Disponível em <<https://www.estapar.com.br/novazonaazulsp>> . Acesso em: 30 set. 2024.

FIIS. **FI Infra x Debêntures: veja as vantagens dos fundos.** Disponível em: <https://fiis.com.br/web-stories/fi-infra-x-debentures-veja-as-vantagens-dos-fundos/>. Acesso em: 30 set. 2024.

FITEC AMBIENTAL. **Brasil testa alternativas para descarbonização do transporte.** Disponível em: <https://fitecambiental.com.br/brasil-testa-alternativas-para-descarbonizacao-do-transporte/>. Acesso em: 30 set. 2024.

GOVERNO DO BRASIL. **Tesouro anuncia quatro medidas de incentivo a parcerias público-privadas (PPP).** Disponível em: <https://www.gov.br/tesouronacional/pt-br/noticias/tesouro-anuncia-quatro-medidas-de-incentivo-a-parcerias-publico-privadas-ppp>. Acesso em: 30 set. 2024.

HART, Oliver; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. *The proper scope of government: theory and an application to prisons.* *The Quarterly Journal of Economics*, v. 112, n. 4, p. 1127-1161, 1997.

INFOMONEY. **Debêntures de infraestrutura x incentivadas: o que muda com novo título de renda fixa.** Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/onde-investir/debentures-de-infraestrutura-x-incentivadas-o-que-muda-com-novo-titulo-de-renda-fixa/>. Acesso em: 30 set. 2024.

INFOMONEY. **Fundos de debêntures incentivadas: entenda como funcionam e por que cada vez mais investidores apostam em infraestrutura.** Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/onde-investir/fundos-de-debentures-incentivadas-entenda-como-funcionam-e-por-que-cada-vez-mais-investidores-apostam-em-infraestrutura/>. Acesso em: 30 set. 2024.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Parcerias Público-Privadas: Conceitos e Modalidades.** In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). Enciclopédia Jurídica da PUCSP: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 1-15.

MATTOS, César; MAFFIA, Débora Veloso. **Aspectos Jurídico/Econômicos das Parcerias Público-Privadas (PPPs).** Câmara dos Deputados: Consultoria Legislativa, Brasília, 2015.

MELLO, A. J. R., Portugal, L.S. (2017) **Um procedimento baseado na acessibilidade para a concepção de planos estratégicos de mobilidade**

urbana: o caso do Brasil. EURE – Revista Latinoamericana de Estudios Urbano Regionales, 43(128): 99-125.

MINAS GERAIS. **Decreto nº 48.670, de 2023.** Dispõe sobre a Política de Concessões e Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais, o Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas, a governança de Concessões e Parcerias Público-Privadas e dá outras providências. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/mg/decreto-n-48670-2023-minas-gerais-dispoe-sobre-a-politica-de-concessoes-e-parcerias-publico-privadas-do-estado-de-minas-gerais-o-comite-gestor-de-parcerias-publico-privadas-a-governanca-de-concessoes-e-parcerias-publico-pr>. Acesso em: 29 set. 2024.

MINAS GERAIS. **Companhia de Desenvolvimento de Minas Gerais. Programa de PPP para Terminais e Estações do Transporte Metropolitano e Regional de Minas Gerais.** Belo Horizonte: CODEMGE, 2024.

MINAS GERAIS. **Deliberação CGPPP nº 01, de 21 de agosto de 2023.** Aprova a inclusão de projetos na Política de Concessões e Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Governo do Estado de Minas Gerais, 2023. Disponível em: http://sei.mg.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador 71817194 e o código CRC 73912480. Acesso em: 29 set. 2024.

NOMAD. **Oyster Card:** o que é, como funciona e onde usar. Disponível em: <https://www.nomadglobal.com/conteudos/oyster-card>. Acesso em: 30 set. 2024.

OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysóstomo. Financiamento de longo prazo e mercado de capitais em investimentos em infraestrutura: novas concessões e parcerias público-privadas. In: OLIVEIRA FILHO, L.C.; OLIVEIRA, G. (Org.). **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas.** Rio de Janeiro: LTC IEPE/CdG, 2013.

OLIVEIRA, Alessandra Petrech de; LIMA, Lúcia Maria Schutz de. **Gestão de transportes.** Londrina: Educacional S.A., 2014. 176 p. ISBN 978-85-68075-24-1.

OLIVEIRA, Sebastião; PORTUGAL, Licínio da Silva. **Mobilidade, Transporte e Desenvolvimento Urbano.** [S.l.: s.n.], 2017.

RADAR PPP. **Concessão do Sistema Rodoviário da BR-381/MG.** Disponível em: <https://radarppp.com/blog/atualidades-do-mercado-de-ppps-e-concessoes/concessao-rodovia-br381-mg-belo-horizonte-governador-valadares/>. Acesso em: 29 set. 2024.

SAES, Flávio Azevedo Marques de. **As ferrovias de São Paulo, 1870-1940:** expansão e declínio do transporte ferroviário em São Paulo. São Paulo: HUCITEC; Brasília: INL, 1981. (Coleção Estudos Históricos).

SILVA, Paulo Bernardo. **Parceria público-privada:** desafios e oportunidades. Revista do TCU, ed. especial, n. 104, p. 23-26, abr./jun. 2005.

- SOUPIZET, Jean-François. **Cidades inteligentes: desafios para as sociedades democráticas**. Tradução de Regina Marcia Teixeira. Revisão de Dorothee Bruchard. São Paulo: Plataforma Democrática, Fundação FHC, Centro Edelstein, 2017. Disponível em: <https://www.plataformademocratica.org>. Acesso em: 29 set. 2024.
- SUNO. **Fundos de infraestrutura: FIDC e FI Infra – vantagens**. Disponível em: <https://www.suno.com.br/noticias/fundos-de-infraestrutura-fidc-fi-infra-vantagens/>. Acesso em: 30 set. 2024.
- TAKEMOTO, Walter. **Tarifa, mobilidade e exclusão social**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2014. 60 p. (Coleção O Que Saber; 4). ISBN 978-85-7643-204-3.
- THAMER, Rogério; LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. Projetos de parceria público-privada: fatores que influenciam o avanço dessas iniciativas. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, p. 819-846, jul./ago. 2015. São Paulo: Insper Instituto de Ensino e Pesquisa, 2015.
- THAMER, Rogério; OGASAVARA, Mario Henrique. Parcerias público-privadas: construindo relações entre sua governança e custos de transação. *Revista Eletrônica de Ciência Administrativa*, Curitiba, v. 22, n. 1, p. 40-65, jan./abr. 2023.
- TRÉPANIER, Martin; MORENCY, Catherine; AGARD, Bruno. *Calculation of Transit Performance Measures Using Smartcard Data*. **Journal of Public Transportation**, 12 (1): 2009, p. 79-96. DOI: <http://doi.org/10.5038/2375-0901.12.1.5>
- XP INVESTIMENTOS. **Está na hora de investir em fundos de debêntures incentivadas**. Disponível em: <https://conteudos.xpi.com.br/fundos-de-investimento/relatorios/esta-na-hora-de-investir-em-fundos-de-debentures-incentivadas/>. Acesso em: 30 set. 2024.

20

AS PARCERIAS PÚBLICO- PRIVADAS COMO INSTRUMENTO PARA A UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO AO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL: PERSPECTIVAS E DESAFIOS

*Bárbara Sabina de Santana e Fonseca*²⁶⁸

20.1 INTRODUÇÃO

O saneamento básico é internacionalmente reconhecido como um direito humano fundamental. É consenso que o correto abastecimento e tratamento de água e esgoto são imprescindíveis ao desenvolvimento e à manutenção da qualidade de vida das populações urbanas, sendo, portanto, clara a importância desse direito fundamental para toda a civilização.

Nesse contexto, ante a forte interface com a saúde pública, o saneamento básico

²⁶⁸ Advogada. Orientadora na Divisão de Assistência Judiciária da Universidade Federal de Minas Gerais. Pós Graduada em Direito Público. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.



emerge como uma das principais preocupações globais, ganhando espaços nos fóruns internacionais e instituições governamentais. Em 2010, a Assembleia Geral da ONU, por meio de sua Resolução nº 64/292, reconheceu o direito à água potável e limpa e o direito ao saneamento como essenciais para o pleno gozo da vida e de todos os direitos humanos.

Nessa toada, a Agenda 2030, publicada pela Organização das Nações Unidas em 2015, estabeleceu um conjunto de dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, com o propósito de proporcionar um plano de ação global para erradicar a pobreza, preservar o meio ambiente e promover a prosperidade em todas as nações. Dentre os objetivos que compõem essa Agenda, o Objetivo 6 tem como mote “Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos” e, mais especificamente, dentre as seis submetas, destaca-se o objetivo 6.2 que dispõe “até 2030, alcançar o acesso a saneamento e higiene adequados e equitativos para todos, e acabar com a defecação a céu aberto, com especial atenção para as necessidades das mulheres e meninas e daqueles em situação de vulnerabilidade” (ONU, 2015).

No entanto, a edição 2024 do Relatório sobre Desenvolvimento da Água das Nações Unidas (UNESCO, 2024) demonstra que nenhuma das seis metas do ODS 6 “parece estar no caminho certo”. Estima-se que há 3,5 bilhões de pessoas sem acesso à saneamento básico adequado, isso porque, as cidades, em particular, não têm conseguido acompanhar o crescimento acelerado de suas populações urbanas.

Para a ONU, alcançar a universalização do acesso até 2030 exigirá uma velocidade maior na resolução de *déficits* e lacunas em diferentes áreas, ou seja, um ritmo seis vezes maior para a água potável e cinco vezes para o saneamento, o que pressupõe, inevitavelmente, um profundo comprometimento dos governos internos e da sociedade civil, a fim de identificar deficiências e traçar novas alternativas à implementação das políticas públicas no setor. Estima-se que a universalização do acesso à água potável, ao saneamento e à higiene (metas 6.1 e 6.2 do ODS 6) em 140 países de renda baixa ou média custaria aproximadamente US\$ 1,7 trilhão entre 2016 e 2030, ou US\$ 114 bilhões por ano.

No contexto do direito interno, o artigo 196 da Constituição da República do Brasil reafirma o compromisso do Estado em assegurar à população acesso universal e igualitário aos serviços de saúde, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença, objetivo que perpassa, inevitavelmente, a consecução das políticas de saneamento básico.

Diante das preocupações com o acesso da população aos serviços de saneamento, em especial o abastecimento de água potável e o tratamento de esgoto, no ano de 2007, foi promulgada a Lei nº 11.445, Marco Legal do Saneamento, que estabelece, dentre os princípios norteadores, a

universalização do acesso da comunidade a esses serviços. A Lei nº 14.026 de 2020, por sua vez, promoveu a atualização do Marco Legal, avançando ainda mais na regulamentação do setor, visando expansão da participação de entes privados no seguimento e, conseqüentemente, melhoria da infraestrutura de saneamento básico no país.

O referido diploma legal estabeleceu ainda a ousada meta para a cobertura dos serviços prestados: alcançar o patamar de 99% da população com acesso à água potável e 90% com acesso à coleta e tratamento de esgotos até 2033. Entretanto, identificam-se grandes barreiras na implementação dessas metas.

Historicamente, o setor é marcado por um notável descompasso entre o crescimento populacional e a expansão do atendimento do sistema de saneamento básico. Ainda hoje, os indicadores de cobertura dos serviços de água e esgoto indicam percentual de atendimento à população muito aquém do necessário para se alcançar as metas de universalização.

Desde a implementação dos primeiros sistemas de abastecimento e tratamento de água e esgoto, a falta de planejamento e de investimentos sanitários adequados têm sido os principais fatores para o *déficit* de abastecimento. Com efeito, a implantação, manutenção e gestão dessas infraestruturas, sempre foram, em sua ampla maioria, de provisão exclusivamente estadual.

Até a meados dos anos 90, no Brasil, o modelo de gestão dos serviços públicos, de modo geral, era marcado pelo planejamento, financiamento e prestação, de forma direta, pelo aparelho estatal, sendo que, somente após a Reforma Gerencial de 1995, se vislumbrou a necessidade de construção de um modelo organizacional mais flexível, sob os prismas do pluralismo institucional, da gestão para resultados e novas formas de *accountability* (FERLIE et al. 1999).

Nessa toada de mudança de foco das políticas públicas, a Lei nº 8.987, Lei de Concessões, promulgada em 1995, regulamentou a participação do setor privado na prestação de serviços públicos. A partir desse modelo de gestão, os entes políticos passaram a atuar através da descentralização, por outorga ou delegação, transferindo aos particulares ou às entidades da administração indireta a execução do serviço público, passando esses entes a gerir lucrativamente um empreendimento público, sob a regulação estatal.

Em 2004, a promulgação da Lei Federal nº 11.079 – Lei de PPPs – de forma a complementar a legislação anterior, viabilizou contratos específicos entre o setor público e o privado, suprimindo as lacunas normativas do diploma anterior e tornando esse arranjo jurídico-econômico mais atrativo ao setor privado e mais seguro ao setor público.

Ao instituir normas gerais para viabilizar licitação e contratação de PPPs no âmbito da administração pública, que antes não podiam ser feitas

por insuficiência normativa ou por proibição legal (SUNDFELD, 2005), a Lei Federal nº 11.079 contribui para a popularização da utilização desse modelo institucional em vários setores, com destaque para os setores de infraestrutura, saúde e educação.

No âmbito da educação, cita-se o caso da cidade de Recife: de acordo com os resultados do censo escolar de 2022 conduzido pelo Inep, Recife tinha 7.466 vagas de creche e 14.030 vagas na pré-escola na rede municipal. Em janeiro de 2023, o município realizou a consulta pública de uma PPP para a construção e operação não pedagógica de quarenta unidades de ensino infantil, que envolverá a criação de 5.372 vagas de creches (todas em período integral). Ou seja, em um prazo de apenas dois anos, a utilização das PPPs aumentará em 72% a oferta de vagas de creches da rede municipal, sendo que os custos para o Poder Público só incidirão após a entrada em operação das creches (Inep, 2020).

No campo da saúde, cita-se, de forma ilustrativa, estudo conduzido por pesquisadoras da Universidade Federal do Estado de Minas Gerais (Abreu e Sette, 2014), em três hospitais públicos da Cidade de Belo Horizonte, nos quais foi implementada forma de parceria público-privada denominada programa *Pro Hosp.* Foram analisados os indicadores desses hospitais antes e após a implementação do programa. A partir dos indicadores verificou-se a melhora significativa das taxas de ocupação, infecção, permanência e mortalidade, diminuído notadamente as taxas de partos por cesárea e de mortalidade infantil de 62% para 38%.

Nos setores da saúde e educação, as PPPs vêm desempenhando um importante papel na alavancagem de investimento na execução de projetos de interesse público e melhorando a quantidade e o alcance da prestação dos serviços públicos à sociedade. Cita-se ainda outros setores que obtiveram êxito em incorporar o modelo institucional das PPPs, como infraestrutura, energia elétrica, dentre outros.

Nos referidos setores, os indicadores refletem o que já era esperado quando da promulgação da Lei: a participação da iniciativa privada é positiva nos setores em que é implementada, na medida em que apresenta menores perdas de distribuição e de faturamento, além de maiores índices de produtividade, investimento e qualidade dos serviços. Isso porque as PPPs permitem ao parceiro privado aportar recursos financeiros, know-how tecnológico e modelos de gestão inovadores (Cabral, 2007).

A despeito do significativo aumento da eficiência nesses setores, as experiências de Parcerias Público-Privadas no setor de saneamento básico ainda são muito tímidas. Isso ocorre pois, apesar da relevância dos serviços de acesso à água potável e coleta de esgoto doméstico, para a qualidade de vida das populações urbanas, o segmento apresenta certas peculiaridades, que dificultam sua implantação.

Dentre as características, cita-se a fato de o setor de saneamento ser um monopólio natural. Explica-se: o ciclo de saneamento envolve custos fixos de implantação muito elevados, devido à alta especificidade dos ativos cuja estrutura não pode ser compartilhada por mais de um gestor. Outro fator são as dificuldades regulatórias e até a obtenção de dados, principalmente em razão das dimensões geográficas e da diversidade demográfica do país, condições que dificultam a padronização da qualidade e do atendimento no setor de saneamento.

Diante da atual e urgente preocupação, global e doméstica, em concretizar a universalização do acesso dos serviços de água e esgoto, surgem discussões acerca de instrumento alternativos de concretização à execução da política de saneamento, notadamente, o modelo de PPP, que ganhou relevo em outros setores de utilidade pública, mas não se expandiu se forma significava no âmbito dos serviços de saneamento.

Se faz necessário não só analisar as contexto social e econômico em que o arranjo jurídico das PPPs se insere na estrutura do macrossistema de saneamento básico brasileiro, como também identificar os entraves e desafios para a efetiva implementação desse modelo negocial à realidade dos serviços de abastecimento e tratamento de água e esgoto.

A recentíssima emergência desse modelo no setor, por adotar uma abordagem colaborativa e inovadora, apresenta-se como um real instrumento para aprimorar a infraestrutura e gestão do setor de saneamento, não só contribuindo para o desenvolvimento econômico, mas garantindo um acesso universal e justo aos serviços essenciais de saneamento.

20.2 BREVE HISTÓRICO DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

A precariedade do acesso aos serviços de saneamento básico é um problema histórico no Brasil. O volume de investimentos no setor sempre foi muito aquém do necessário para a universalização dos serviços, evidenciando o descompasso entre o crescimento das populações urbanas no Brasil e a capacidade técnica e financeira dos entes públicos para manter e expandir as redes sanitárias de modo contínuo.

A partir da década de 1950, com a intensificação do processo de urbanização e de formação das grandes cidades, as demandas por serviços de saneamento básico se tornaram mais evidentes. Os investimentos no setor, no entanto, lentos e restritos a algumas localidades, não acompanharam o crescimento urbano das cidades brasileiras. Nesse contexto, a década de 1960 no Brasil foi marcada por uma grave crise sanitária, na medida em que apenas 40% da população tinha acesso à água potável, sendo que menos de 20% das pessoas eram atendidas por sistemas de esgotamento sanitário (JORGE, 1992).

Para atender a demanda da população, na década seguinte, foi instituído o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANASA), que implementou importantes medidas de gestão e estruturação do setor. Dentre os principais instrumentos para a articulação do setor, destacam-se (1) a implantação do Sistema Financeiro do Saneamento, e (2) a autorização para aplicar recursos do FGTS nos projetos de infraestrutura (Pires, 1977; Sanchez, 2001).

O PLANASA era gerido pelo Banco Nacional de Habitação (BNH), que, através de recursos próprios e do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS), capitaneava as operações de financiamento para implantação ou melhoria de sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Os recursos eram encaminhados pelo BNH para as Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs), também criadas à época. Nesse sentido, apenas os municípios que haviam concedido os serviços para CESBs poderiam ser beneficiários dos recursos do plano, assim, o PLANASA suprimiu a titularidade municipal para gerir serviços de água e esgoto, centralizando-os em empresas sob o controle estadual.

Durante o período de vigência do PLANASA foram realizados os maiores aportes de recursos para o abastecimento de água e esgotamento sanitário. Estima-se que, entre 1970 e 1980, o abastecimento de água nas grandes cidades se expandiu significativamente, chegando a cerca de 80% da população à época.

Apesar dos avanços da década de 1970, a recessão econômica de 1980 e o grave endividamento externo do Brasil ocasionaram a drástica redução nos aportes financiamentos no âmbito do saneamento básico. Em 1986 foi extinto o Banco Nacional de Habitação, principal operador financeiro do PLANASA, gerando a conseqüente dispersão de suas atribuições para diferentes órgãos. Posteriormente, em 1991 o PLANASA foi oficialmente extinto.

Nos anos posteriores à extinção do PLANASA, verificou-se uma queda acentuada do volume de recursos destinados ao saneamento, em função da própria crise nas contas públicas, que abateu o Estado brasileiro, com o fim da disponibilidade farta de recursos externos, o saneamento era dependente quase exclusivo dos recursos federais e não era uma das prioridades do governo, restando sucateado.

Desde o fim do PLANASA, com a pulverização dos recursos destinados ao saneamento básico, o setor foi marcado pela precária alocação de recursos, bem como pelo recrudescimento da expansão efetivada nas décadas anteriores, sendo que, apenas décadas após, é que mudanças ocorreram na condução das políticas públicas para essa área.

Em 2007, diante da necessidade de incrementar os investimentos federais em saneamento básico, foi promulgada a Lei nº 11.445/2007, Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico, que implementou a Política

Nacional de Saneamento Básico. O novo Marco Legal cuidou de estabelecer diretrizes nacionais de saneamento básico e o definiu, como o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos, bem como a drenagem e gerenciamento das águas pluviais urbanas.

Além do implemento da legislação pioneira, a retomada de investimentos nesse campo foi viabilizada pela criação do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) em 2007, que tinha, dentre as áreas prioritárias de atuação, os investimentos em saneamento básico. Entre 2007 e 2014, o PAC destinou R\$ 84,4 bilhões em investimentos em saneamento básico, com o objetivo de ampliar o acesso aos serviços de água e esgoto em todo o país. Para gerir melhor os recursos, o governo federal criou o Fundo Nacional de Saneamento Básico (FNSB), composto por recursos do Orçamento Geral da União, além de outras fontes provenientes do BNDES e do FGTS.

Em 2013, buscando concretizar a perspectiva de universalização estabelecida pela Lei nº 11.445/2007, foi instituído o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB). Viana e Ehrl (2021) ao analisarem o desempenho do setor de saneamento entre 2008 e 2018, destacaram o aumento significativo nos investimentos, resultando na redução dos custos relacionados à saúde pública, aumento da produtividade e diminuição da mortalidade infantil.

Apesar do significativo avanço na regulação e implementação da Política Nacional do Saneamento, o Primeiro Marco Regulatório não atingiu a metas de universalização dos serviços de água e esgoto propostas, visto que a indústria de saneamento ainda apresentava lacunas consideráveis na busca pela universalização do acesso ao setor.

Em 2020, foi promulgada Lei nº 14.026/2020, que atualizou o Marco Regulatório do Saneamento Básico, visando flexibilizar e ampliar as garantias para fomentar a participação das empresas privadas nesse setor. Nesse sentido, o novo marco legal visa estimular a concorrência entre empresas e busca participação do setor privado, por meio de concessões e PPPs. As alterações trazidas pelo Segundo Marco Legal visam conceder mais garantias aos investimentos dos agentes privados, bem como as condições para garantir o retorno econômico dos investimentos, visando fomentar investimentos, bem como propiciar melhor regulação do setor.

Adicionalmente, o novo marco, apostando no modelo de PPPs para expandir e melhorar a rede sanitária brasileira e o fornecimento de água, estipulou a ambiciosa meta de alcançar 99% de acesso à água potável e 90% de acesso à coleta e tratamento de esgoto. A concretização dessa meta demanda não só vultuosos investimentos, como também a alocação e coordenação eficiente desses.

De acordo com Sistema Nacional de Informações sobre o Saneamento (SNIS) e o Instituto Trata Brasil (2023), o atual índice de atendimento de água é de 84,9%, havendo, no entanto, mais de 32 milhões de brasileiros sem acesso a esse serviço. No caso do esgotamento sanitário, o índice de atendimento total de esgoto é 56%, ou seja, há um déficit de atendimento de quase metade da população brasileira.

Outro dado alarmante apontado pelo estudo denuncia a regionalização do abastecimento no Brasil, visto a discrepância entre os dados coletados nas diferentes regiões do país. No que toca ao abastecimento de água, o menor índice de atendimento da população total com redes públicas de abastecimento de água é da macrorregião Norte (64,2%), enquanto o maior índice registrado é na região Sul (91,6%), já em relação ao esgoto os índices são de (80,9%) da macrorregião Sudeste contra (14,7%) da região Norte.

Nesse sentido, dados recentes do Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto, realizado em 2022 (SNIS), evidenciam a assimetria dos aportes públicos em saneamento: do valor de total de R\$ 22,5 bilhões de investimentos, R\$ 11,0 bilhões (49,1%) foram alocados na região Sudeste, ao passo que a região Norte, apesar de concentrar a maior parte do déficit, recebeu apenas 4,3% de investimentos, ou seja, R\$ 974,1 milhões.

Tem-se que a despeito do importante arcabouço normativo que vem sendo construído, o cenário atual desses serviços no país demonstra a necessidade de grande volume de recursos para garanti-los efetivamente à toda a população. Segundo projeção apresentada pela Associação e Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (ABCON), para atingir a efetiva universalização dos serviços de saneamento no Brasil, o investimento chegaria à ordem de R\$ 893,3 bilhões até o ano 2033 para que o país alcance a universalização dos serviços, que representa cerca de 0,4% do PIB ao ano ou seja, a duplicação do atual patamar de investimentos.

Nesse contexto, muito embora a cobertura dos serviços de saneamento tenha avançado nas últimas décadas, o país ainda apresenta elevados déficits, além de notáveis assimetrias entre as regiões brasileiras. Visto isso, é premente a necessidade de se buscar alternativas para construção e manutenção de infraestrutura necessária aos serviços públicos de saneamento.

20.3 A INCORPORAÇÃO DAS PPPS COMO INSTRUMENTO PARA CONSECUÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

No ordenamento jurídico brasileiro, o termo parceria público-privada, possui duas acepções, podendo ser utilizado, num sentido amplo, para designar os quaisquer vínculos negociais de trato continuado, estabelecidos entre a Administração e entes privados, para viabilizar oferta de serviços

e atividades de interesse geral (SUNDFELD, 2005), como a concessão de serviços públicos, contratos de gestão com Organizações Sociais (OS) e termos de parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Em sentido estrito, o termo Parceria Público-Privada refere-se a um tipo específico de relação contratual, no Brasil regido pela Lei nº 11.079 de 2004, por meio da qual o parceiro privado assume o compromisso de colocar à disposição da administração pública ou da comunidade um serviço, acompanhado ou não da execução de obra pública, e, em contrapartida, o Estado o remunera de acordo com seu desempenho no período de referência. É justamente essa acepção do termo que iremos nos referir ao utilizar o termo Parceria Público Privada (PPP).

As origens desse modelo negocial remontam à Inglaterra dos anos 1970, mais especificamente à Era Thatcher, durante a qual o governo britânico buscava melhorar a oferta e a gestão de serviços públicos à população, bem como melhorar a governança e o monitoramento dos serviços, mas sem elevar demasiadamente o custo público no aporte de recursos necessário para o desenvolvimento de tais projetos.

Os objetivos do governo inglês eram aumentar a participação do capital privado na prestação de serviços públicos, reduzir o intervencionismo estatal no campo econômico; e quebrar monopólios de certas atividades econômicas (DI PIETRO, 2006), sendo assim, as PPPs apresentaram-se como um dos instrumentos de reforma do aparelho estatal, buscando a redução e transformação do papel do Estado, bem com a flexibilização da sua gestão— a chamada *New Public Management*. (PECI; SOBRAL, 2006).

Os principais fatores apresentados como justificativa para a adoção das PPPs no ordenamento jurídico inglês foram: (1) a expectativa de melhoria nos serviços públicos; (2) a convicção de que as empresas privadas podem ser mais eficientes e melhor geridas do que as empresas públicas; (3) a expectativa de melhor eficiência no uso dos recursos públicos; (4) o compartilhamento de riscos entre setor público e privado; (5) a redução do custo ao setor público, por meio de participação de recursos privados e (6) as melhorias nos padrões de governança e monitoramento dos serviços (HM TREASURY, 2003).

O formato econômico de contrato que caracterizava as PPPs, na Inglaterra, ganhou, assim, *status* de programa estruturado de forma abrangente, passando a ser utilizado pelos mais diversos setores, como saúde, educação, aeroportos, presídios, instalações administrativas em geral. A agenda de práticas reformistas, iniciada na Inglaterra propagou-se por outros Estados como Nova Zelândia, Austrália e Estados Unidos, que passaram a internalizar novos paradigmas de gestão pós-burocráticos (HOOD, 1991). Sendo assim, as PPPs inauguraram um marco institucional das relações entre público e privado.

No Brasil, a aproximação do setor público e privado como instrumento de gestão pública, só tomou corpo a partir da década de 80, com a Reforma Gerencial, que teve com objetivo principal tornar mais eficiente e moderna a administração pública, bem como construir um modelo organizacional mais flexível. Nas palavras de Abrucio (2012), a construção de um modelo organizacional mais flexível pressupõe a existência de diversos modelos institucionais e organizacionais na provisão de serviços públicos. Essa ideia está relacionada à descentralização e à existência de novas redes de relacionamento entre Estado e sociedade.

Dentre os principais precursores da Reforma Gerencial no Brasil, assim como nos demais países, destacam-se as crises fiscal e/ou financeira enfrentadas pela maioria dos países, desenvolvidos ou não, que levou a um progressivo esgotamento do modelo de financiamento pelo Estado, resultando, no que se refere infraestrutura econômica, num quadro de deterioração bastante generalizada (MOREIRA; CARNEIRO, 1994, p. 28), uma vez que o Estado se tomou pesado e inchado.

Assim, a administração pública brasileira, a partir da década de 90, experimentou a redução do papel e da atuação do Estado brasileiro (estado mínimo), atribuindo ao setor privado a execução de atividades, que antes eram de responsabilidade exclusiva do Estado, e reservando a este último o papel de regulador e fiscalizador dessas atividades.

No que tange às concessões de serviços públicos, as Leis Federais nº 8.987/1995 e nº 9.074/1995 – Lei Geral de Concessões e Permissões – passaram a regulamentar a delegação da execução de serviços públicos ao particular que, em seu próprio nome e por sua conta e risco, explore-os mediante tarifa paga pelo usuário, ou outra forma de remuneração decorrente da prestação do serviço (DI PIETRO, 2002), possibilitando o retorno da iniciativa privada aos setores de telecomunicações, energia, rodovias, saneamento e ferrovias.

Nesse ponto, é importante fazer a devida distinção entre as PPPs e a privatização. Isso porque, a privatização pressupõe a transferência, pelo Estado, da titularidade de um serviço ou a propriedade de um bem público à iniciativa privada. Já nas PPPs, apenas a execução e gestão do serviço é repassada ao ente privado, de forma que sua titularidade ou a base material na qual ele é prestado (o bem público ou a infraestrutura), continua em poder do Estado, o qual exerce atividade regulatória e fiscalizatória das atividades do ente privado (NAKAMURA, 2019).

O contrato de concessão de serviço público é o instrumento por meio do qual a Administração Pública (poder concedente) transfere a execução do serviço público a terceiro (particular concessionário) por prazo determinado. A concessão acarreta na transferência da execução do serviço público, mas não há disposição de sua titularidade que é mantida com o Estado.

Koppenjan (2005), pontua que as PPPs são nada mais que uma aliança por meio da qual os atores, público e privado, desenvolvem serviços e produtos com divisão de risco, custo e benefícios. Há, pois, um inegável potencial dessa nova modalidade de arranjo jurídico-econômico tornar-se importante instrumento de implantação de políticas públicas.

Apesar das já citadas Leis Federais nº 8.987/1995 e nº 9.074/1995 regulamentarem as concessões comuns, não haviam, em tais diplomas, normas que tratassem, expressamente, da possibilidade de contraprestações adicional, pelo Poder Público, em face das tarifas pagas pelo particular, tampouco pela implantação de um modelo de compartilhamento de riscos entre poder público e particular, ou de política de reajuste de tarifas, garantias aos particulares, dentre outros instrumentos essenciais à implantação de um modelo de cooperação entre Estado e iniciativa privada.

Em razão de tal hiato normativo e da necessidade de viabilizar novos modelos negociais entre público e privado, em 2004 foi promulgado o marco legal das PPPs - Lei Federal nº 11.079 - inaugurando uma nova estrutura negocial e, principalmente, disciplinando maiores garantias (econômicas e jurídicas) e atrativos para que o setor privado assuma a prestação de serviços públicos, estimulando o interesse de novos investidores.

A promulgação da lei foi motivada por dois objetivos principais, sendo, em primeiro, viabilizar a prestação de serviços e/ou obras públicas cuja exploração pelo contratado ou não é suficiente para remunerá-lo ou sequer envolve contraprestação por seus usuários, e, em segundo, pretendia-se viabilizar a amortização de investimentos realizados, eis que estabelecia prazo maior que 05 anos, prorrogável até 10 anos, que é o limite fixado para as contratações tradicionais de serviços e obras pela Administração nos termos da atual Lei de Licitações

Assim promulgação do Marco Legal das PPPs viabilizou um arranjo contratual que permite a prestação de serviços públicos em certas circunstâncias que, embora juridicamente possível, sua viabilidade prática antes seria impossível, eis que, apresentam elevados riscos e altos custos, dificilmente se tornando rentáveis, o que afasta o interesse da iniciativa privada nestes serviços, como por exemplo, a implantação de infraestruturas de transportes, saneamento e saúde em áreas menos populosas e mais afastadas dos centros urbanos do país.

No início da implantação desse arranjo negocial, a realização de Parcerias Público Privadas concentrava-se, primordialmente, nas áreas de mobilidade urbana, por meio de projetos de ampliação, melhoria e modernização do transporte coletivo. Mais recentemente, porém, as áreas de atuação têm se ampliado a outros tipos de serviços públicos, considerados essenciais devido ao seu caráter social, como saúde e segurança pública. (REDOSCHI, 2014)

Dessa forma, as PPPs, mostram-se como um valioso instrumento para universalização dos serviços públicos e para a concretização de direitos fundamentais, notadamente nas áreas de menos interesse para os investidores, como é o caso do saneamento básico. No entanto, verificou-se a baixa adesão dos modelos das PPP no setor de saneamento básico, isso devido a certas peculiaridades do setor, que dificulta sua concretização.

20.4 PECULIARIDADES DO SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO: DESAFIOS À PARTICIPAÇÃO PRIVADA NO SETOR

Como já mencionado, as características peculiares do setor de saneamento básico apresentam um desafio aos agentes públicos, devido à sua complexidade e heterogeneidade, em relação a outros serviços públicos como os setores de saúde, educação e infraestrutura, já abordados.

20.4.1 ALTOS CUSTOS DE IMPLANTAÇÃO E A FORMAÇÃO DE UM MONOPÓLIO NATURAL

A primeira peculiaridade refere-se aos aspectos físicos, econômicos e produtivos do saneamento básico. A implantação e manutenção do capital físico necessário à infraestrutura de abastecimento e tratamento de água e esgoto, necessitam de enormes volumes de capital em comparação ao investimento necessário em outros setores. Estima-se que o custo de implantação chegue ao dobro do necessário para investimentos do setor de energia elétrica.

Ademais, os ativos relacionados à infraestrutura de saneamento básico, uma vez utilizados na captação, tratamento e distribuição de água, ou após serem instalados em determinado local ou região, não mais poderão ser gerenciados para outra localidade, para outra atividade ou serviço, tornando os ativos ainda mais específicos.

Assim, no que se refere à conformação econômica, em razão dos custos elevados de implantação e da própria estrutura física do setor e da alta especificidade de ativos, o setor de saneamento básico apresenta-se enquanto monopólio natural, o que impacta de forma significativa à locação eficiente de recursos. Além dos custos elevados verifica-se o tempo elevado de *payback* do investimento, o que faz com que seja necessário longo prazo de contrato para viabilizar a recuperação dos investimentos, bem como grandes economias de escala.

Por tais características próprias dessa indústria, o setor de saneamento apresenta-se como um monopólio natural. Pires e Piccinini (1999) definem os serviços de saneamento como monopólio naturais pelo fato de serem muito intensivos em capital, ou seja, exigem uma rede de infraestrutura física que

apresenta elevados custos para ser construída e mantida. Ademais, a operação de uma única pessoa jurídica atuante no mercado minimiza custos, dado que a estrutura de distribuição de água é usada para o tratamento e coleta de esgoto, sendo, portanto, recomendada à integração vertical do setor.

O termo integração vertical refere a uma estratégia de expansão que permite a uma empresa controlar mais de um processo da mesma cadeia de valor, isso é justamente o que ocorre com o setor de saneamento, que envolve várias etapas, com as estruturas interligadas e/ou compartilhadas. Segundo Jouravlev (2004), o setor de saneamento básico é verticalmente integrado em virtude da impossibilidade de competição em qualquer estágio do processo de produção, segundo ele a integração vertical gera consideráveis economias de escopo.

Conforme observado por Silva, Feitosa e Soares (2022), a prestação de serviços de água e esgoto é caracterizada pela limitada viabilidade de competição ou concorrência no contexto das concessões públicas, pois geralmente estabelece um monopólio natural, Essa condição se deve aos elevados custos fixos associados à instalação e à manutenção das infraestruturas de distribuição de água e tratamento de esgoto, bem como a impossibilidade de segmentação do ciclo de saneamento.

Sobre os mercados monopolistas, como afirma Robert Stephen (2009, p 308): Na qualidade de único produtor de determinado produto, o monopolista encontra-se em uma posição singular. Se decidir elevar o preço do produto, não terá de se preocupar com concorrentes que, cobrando um preço menor, poderiam capturar uma fatia maior do mercado à sua custa. O monopolista é o mercado e controla totalmente a quantidade de produto que será colocada à venda (Stephen. 2009, p 308).

Em uma concorrência perfeita, os produtores e os consumidores têm acesso às informações atualizadas sobre preços, custos, demanda e oferta. Afinal, essa transparência contribui para a tomada de decisões e impede práticas abusivas de qualquer uma das partes. Ademais, a constante competição entre as empresas no âmbito econômico impulsiona as instituições a buscarem a inovação e aprimoramento de seus bens e serviços, motivando o investimento em pesquisas e tecnologias.

Nesse sentido, uma das preocupações em relação aos mercados monopolistas, refere-se não só ao preço e à qualidade dos bens e serviços prestados, mas também à outras questões correlatas, como o risco de sucateamento de infraestruturas e a falta de informações adequadas aos consumidores. Essa preocupação se torna ainda mais evidente em se tratando de serviços públicos essenciais à qualidade de vida da população.

Se faz necessário, pois, uma atuação ainda mais enérgica do Estado Regulador, de forma a coibir qualquer tipo de abuso de poder, seja por

cobrança de preços indevidos, seja por má qualidade e insuficiência dos serviços prestados.

Ferreira e Oliveira (2022) destacam que a emergência de monopólios naturais no setor de saneamento constitui um sólido argumento para melhor regulação e organização, conforme sinalizou o primeiro marco regulatório (Lei nº 11.445/2007). Há, pois, evidente necessidade de regulamentação e controle dessas atividades pelo governo, nas hipóteses em que os mercados falham no cumprimento do objetivo da eficiência, como se verá adiante.

20.4.2 DÉFICIT INFORMACIONAL, *ACCOUNTABILITY* E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

A segunda peculiaridade refere-se à dificuldade de monitoramento e gerenciamento da contratação, bem como da avaliação dos serviços e do desenvolvimento institucional do parceiro privado ao longo da execução da contratação.

Em razão da intensa descentralização da prestação de serviços de saneamento básico, não há uma divulgação sistematizada de informações acerca dos indicadores de desempenho do concessionário, principalmente no estágio pós-contratação, quando há ausência de relatórios periódicos de desempenho/monitoramento, assim como ausência completa da divulgação de auditorias realizadas.

Dentre os principais sistemas de informações do setor destaca-se o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS, no âmbito da Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental (SNSA) do Ministério das Cidades. Apesar de estar bem consolidado em nível federal e estadual, - em nível municipal ainda apresenta sérias lacunas -, pois os municípios são as fontes primárias das informações, e o envio de informações aos sistemas não é obrigatório.

Estudo publicado pela Fundação Getúlio Vargas (2019), constatou que apesar de existirem diversas bases de dados, como o SNIS, o Atlas Brasil gerado pela ANA e o PNSB (Pesquisa Nacional de Saneamento Básico) do IBGE, restam lacunas informacionais acerca de aspectos relevantes, como por exemplo, os resíduos gerados e a tecnologia utilizada no processo produtivo do setor. Além disso, foram constatadas algumas fragilidades específicas que variam de falta de periodicidade e ausência de crítica dos dados. Estas características, em vários casos, dificultam a utilização dessas bases, o que não raro impossibilitam o cumprimento de suas finalidades.

Afora isso, a estrutura extremamente pulverizada dessa indústria contribui para a dificuldade de obtenção de dados. Tal pulverização deriva, naturalmente, porque os municípios, na maior parte das vezes, exercem a competência para fornecimento dos serviços. O Brasil conta atualmente com

5.570 municípios (IBGE-2024), e cada um dos municípios com distintas características físicas e econômicas, que ocasionam diferentes arranjos institucionais.

Os sistemas de informações sobre saneamento no Brasil ainda têm sérias limitações das bases de dados existentes, evidenciando a preocupação e a urgência de se produzirem informações capazes de, efetivamente, auxiliar o poder público a estabelecer uma política de atuação e regulação do setor que conduza a almejada universalização.

O acesso à informação de qualidade é essencial para que se possa fazer diagnósticos confiáveis e realistas sobre os serviços de saneamento básico. Nesse sentido a falta de transparência e *accountability* das informações sobre as PPPs, têm sérios impactos negativos na condução das políticas públicas, eis que tais dados são fundamentais para garantir a fiscalização pelo Poder Público e a pela sociedade acerca da atuação dos agentes privados, essencial para a assegurar que o interesse público seja alcançado e a finalidade das PPPs seja atendida.

O termo *accountability* no âmbito da administração pública relaciona-se ao controle e à prestação de contas, exercidos formalmente, por meio de regras e leis, ou indiretamente, pela sociedade que fiscaliza seus representantes eleitos para agir em seu nome, podendo ser cobradas responsabilidades sobre a gerência da coisa pública (Forrer *et al.*, 2010)

Nas palavras de Reynaers & Grimmelikhuijse (2015), as informações disponíveis sobre PPPs são limitadas, imprecisas e insuficientes. Ainda segundo os autores, a transparência pode ser observada sob duas perspectivas: a interna, que diz respeito à forma como o concessionário disponibiliza dados sobre os processos e as atividades desempenhadas, informando de forma clara o desempenho, risco e expectativas da operação ao Poder Público; e a externa que se traduz à medida que as organizações são visíveis para a sociedade de forma geral, permitindo o controle por parte dessa.

Na acepção externa, a falta de transparência prejudica inclusive a participação do cidadão no processo de tomada de decisões acerca da gestão e avaliação dos serviços públicos de abastecimento e tratamento de água e esgoto. O controle social é dos serviços públicos foi prestigiado no Decreto nº 7.217/2010, que regulamenta a Lei de PPPs, o qual dispõe acerca da obrigatoriedade da realização de debates e audiências públicas, consultas públicas, conferências das cidades ou participação de caráter consultivo na formulação da política de saneamento básico, bem como no seu planejamento e avaliação - art. 34, caput, da normativa. O mesmo dispositivo, em seu parágrafo 6º, vedou, expressamente, o acesso aos recursos federais àqueles titulares de serviços públicos de saneamento básico que não instituírem, por meio de legislação específica, o controle social realizado por órgão colegiado.

Do ponto de vista interno, os mecanismos de *accountability* são essenciais não só para a fiscalização dos serviços prestados pelo parceiro privado pelo Poder Público, bem como para a organização da sua estrutura organizacional e dos mecanismos de governança corporativa. A capacidade do setor público de monitorar e regular todas as fases do ciclo de vida de um projeto é prerrogativa para o bom funcionamento de uma parceria, assim como a inovação, o estímulo à aprendizagem contínua entre os setores e a solidez da estrutura organizacional, que fornecem a base para a confiança entre as partes.

20.4.3 INCERTEZAS, RISCOS E INCONSTÂNCIA NORMATIVA

A terceira e última peculiaridade que merece destaque refere-se às incertezas e riscos do setor ocasionados pela histórica baixa densidade normativa e pelas constantes mudanças nos marcos regulatórios.

Isso ocorre porque, conforme já mencionado, a partir do fim do Planasa na década de 90, iniciou-se um período de vácuo normativo, de forma que o setor só ganhou legislação específica, anos depois, em 2004, com a edição do Marco Legal do Saneamento Básico. Nesse sentido, a fragilidade institucional do aparato regulatório, que propicia um ambiente relativamente inseguro, principalmente aos parceiros privados, que consideram investir no setor, mas passam a ter incertezas quanto à viabilidade de investimentos no setor e a possibilidade de riscos elevados.

Nesse contexto, no processo para a universalização dos serviços, como propõe o Novo Marco Legal do setor, a existência de normativas claras e cogentes é de vital importância, ante a necessidade de se estabelecer limites e regras de forma a orientar as ações do poder público e dos parceiros privados, fixar competências, facilitar o processo de tomada de decisões e definir os mecanismos de *accountability* e governança corporativa.

Um dos principais dificultadores da elaboração de normativas refere-se aos problemas de integração e articulação entre as diferentes esferas governamentais, os diversos ministérios e órgãos federais que atuam no setor de saneamento. O Tribunal de Contas da União (TCU), em auditoria realizada em 2016, aponta que a dispersão e sobreposição de competências nas ações para o saneamento básico resultam na pulverização de programas e ações e, conseqüentemente, dos esforços e recursos disponíveis.

O modelo regulatório estabelecido tradicionalmente para o setor propõe a existência de uma agência reguladora local com função de monitoramento, fiscalização e regulação técnica da prestação dos serviços, por meio da edição de atos normativos, estabelecendo padrões e normas para a execução das atividades, além da fiscalização e verificação do cumprimento das cláusulas

contratuais, condução de eventual processo administrativo sancionador e definição das tarifas.

Nas palavras de Zimmer (2021) tal modelo proposto no Marco Nacional do Saneamento, levou a dois problemas principais: (i) a pulverização regulatória em termos de quantidade e de conteúdo, de modo que muitas agências foram criadas sem a adoção de parâmetros técnico-regulatórios padronizados, como se observa em outros setores, tais como o da energia: (ii) ambiente regulatório propício à captura das agências, especialmente pelo titular do serviço, o que permite a ocorrência de atos regulatórios oportunistas, em prejuízo à estabilidade da equação econômico-financeira dos contratos e, por conseguinte, da adequada execução da política pública. Segundo o autor, o estímulo à regulação local não resolveu os problemas regulatórios do setor e, em certa medida, trouxe novos, tais como o desafio de criar incentivos à adoção de padrões regulatórios nacionais e combater o risco político de captura das agências subnacionais.

Evidente a importância do estabelecimento de padrões regulatórios claros e suficientes que abranjam as condições, metas, indicadores e garantias a serem observados pelos entes concedentes e os parceiros privados, nas fases pré e pós contratuais. Ademais, se faz necessário uniformizar regras gerais para facilitar a consecução de contratos e investimentos, atribuição atualmente concedida a ANA, mas que, atualmente, enfrenta alguns desafios para tal normatização.

20.5 REGULAÇÃO, GOVERNANÇA CORPORATIVA E PERSPECTIVAS

Depreende-se das características do setor de saneamento básico elencados, que, sob o ponto de vista econômico, essa indústria apresenta desafios relacionados à obtenção de um ponto de equilíbrio entre eficiência econômica, universalização do acesso serviço e viabilidade dos custos, bem como à necessidade de regulação suficiente que abranja políticas tarifárias, de preços, de regime subsídios e de mecanismos de governança corporativa.

A incorporação do modelo de PPPs à indústria de saneamento básico perpassa por desafios, ainda mais profundos do que se comparado a outros setores, pelas peculiaridades físicas, históricas, econômicas e regulatórias inerentes ao setor. Conforme já apontado, o fato de a indústria de saneamento se constituir sob a configuração de um monopólio natural, faz emergir uma série de preocupações acerca da necessidade de reprimir possíveis abusos de poder por parte dos particulares, bem como outros problemas correlatos, como a má qualidade e a insuficiência dos serviços prestados.

Ante os principais desafios à utilização das PPPs como instrumento à universalização do saneamento básico, vê-se que a regulação se apresenta como importante aliado, eis que cria incentivos para o aprimoramento da

eficiência interna dos operadores privados, garantindo a infraestrutura existente com um nível aceitável de desempenho, além de impor aos entes públicos e privados a observância de normas de *accountability* e governança corporativa.

A regulação pode ser entendida como conjunto de ações para a gestão dos serviços que envolvem funções de planejamento, regulamentação/normatização, controle e fiscalização, além de instrumentos fiscais e financeiros para garantir maior equidade. A atuação regulatória deve buscar a universalização dos serviços e evitar que os usuários paguem tarifas excessivas (Britto, 2001). Insere-se, pois, nos objetivos da regulação, o dever de garantir a eficiência e economicidade do setor, garantindo a prestação de serviços com qualidade a custos menores.

A esse respeito, a regulação pode se dar sob duas perspectivas, de forma que existem duas tradições na regulação que se aplicam ao setor de saneamento básico. A tradição francesa, na qual a relação entre o poder concedente e a concessionária é regida por contratos, e a tradição anglo-saxã, na qual uma agência governamental independente é constituída pela Administração para regular a concessionária.

No Brasil, como se sabe, não houve, na Constituição Federal uma delimitação de competências relativa aos serviços de saneamento básico, de forma que, a implantação e gestão dessas infraestruturas estão, em sua maioria concentradas nos municípios. Dessa forma, verifica que a regulação no Brasil guarda certas semelhanças com o modelo francês, de forma que a regulação se dá, precipuamente, pela supervisão da execução dos contratos pelo Poderes Executivo e Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, e eventualmente, por agências reguladoras locais criadas por eles.

Como já salientado, esse modelo de regulação resultou na pulverização regulatória e no aumento do risco de captura das agências pelos titulares dos serviços, além do fato de inúmeros municípios não terem sequer constituído agências reguladoras municipais. Segundo a ANA (2024), existem 105 agências reguladoras infranacionais de saneamento no país, sendo 59 municipais, 26 estaduais e 26 intermunicipais. Segundo o levantamento, no entanto, aproximadamente 1.900 municípios (34,11%) ainda não possuem uma agência reguladora.

Ante a necessidade de adotar padrões regulatórios nacionais e combater o risco político de captura das agências subnacionais, a Lei nº 14.026/2020, que atualiza o Marco Legal, orienta que os municípios optem pelo modelo de regulação de agências reguladoras propiciando maior presença do setor privado como fator para maior eficiência econômica.

O Marco Legal impõe a elaboração de normas de regulação que estabeleça condições e parâmetros para a prestação dos serviços, devendo dispor, no mínimo, sobre: i) o sistema de cobrança e a composição de taxas

e tarifas; ii) a sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas; e iii) a política de subsídios. Conforme a normativa, a entidade de regulação deve definir normas para o monitoramento dos custos, a avaliação da eficiência e da eficácia dos serviços prestados, além de plano de contas e os mecanismos de informação, auditoria e certificação, bem como para os mecanismos de pagamento de diferenças relativas ao inadimplemento dos usuários, perdas comerciais e fiscais e outros créditos devidos.

É consenso entre pesquisadores e especialistas que faltava ao setor um órgão regulador a nível nacional, que fiscalizasse e acompanhasse a execução dos contratos, que efetivamente auditasse as infraestruturas existentes, buscando não apenas a expansão dos serviços, mas a melhoria da gestão como um todo.

Em vistas disso, a Lei Federal nº 14.026/2020 transformou a Agência Nacional de Águas, que até então só tinha competência para regulação de Recursos Hídricos, em Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), atribuindo a ela a padronização nacional técnico-regulatória do setor de saneamento básico. Buscou-se, com a mudança, uniformizar as normas do setor, para atrair mais investimentos para o saneamento, melhorar a prestação e levar à universalização desses serviços até 2033

A ampliação dos poderes da ANA, não tem como objetivo suplantando as agências locais e regionais de saneamento. A partir da normativa, a ANA passou a atuar como uma agência supranacional, responsável por uniformizar a regulação, criando Normas de Referência para as agências reguladoras infranacionais, além de promover a capacitação da regulação de saneamento, contribuindo para a implementação de políticas e práticas mais consistentes e harmonizadas em todo o país.

As agências reguladoras infranacionais, por sua vez, permanecem com a responsabilidade de estabelecer padrões e normas, apenas no que se refere a adequação das normas de referência emitida pela ANA à realidade regional. Com vistas a assegurar o cumprimento das normativas da ANA pelas agências infranacionais, o Lei nº 14.026/2020 condicionou o recebimento de recursos federais ao atendimento das diretrizes estipuladas pelas normas de referência da agência supranacional – art.4º-B.

Essa nova atribuição da ANA teve sua constitucionalidade confirmada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.536/2021, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que assegurou a perfeita observância da normativa ao sistema constitucional de repartição de competências, não ferindo a atribuição da União de editar diretrizes para o saneamento básico e legislar sobre águas, bem como legislar sobre normas gerais de licitações e contratos (inc. XX do art. 21 e inc. IV e XXVII do art. 22 da CFB). Firmou-se, na oportunidade, que o saneamento básico tem influência direta na saúde pública, o que justifica a competência material compartilhada

entre União, Estados e Municípios com o fim de uniformizar a qualidade do saneamento básico, em consonância com objetivos do Estado de garantir o desenvolvimento nacional e reduzir desigualdades sociais e regionais (incisos II e III do art. 3º da CFB).

As normativas criadas pela ANA desde 2021 – seis até então – cuidaram de regulamentar (1) cobrança pela prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos, (2) padronização de aditivos a contratos de programa e de concessão para implementação de metas de universalização e (3) a metodologia de indenização de investimentos realizados e ainda não amortizados dos contratos de prestação de serviços de água e esgoto.

Dentre as normativas mais recentes emitidas pela ANA, NR nº4, publicada em janeiro de 2024 que, com base nos pilares da governança corporativa, busca ampliar a política de transparência dos gestores das infraestruturas de saneamento, impondo a eles o dever de ampla divulgação dos resultados da gestão, decisões regulatórias, reuniões, calendários e contratos de prestação de serviços. Por sua vez a NR nº5 tratou da matriz de riscos para contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, visando orientar as entidades reguladoras na tomada de decisões sobre o tema.

A nova atribuição concedida a ANA, Lei Federal nº 14.026/2020, representa, pois, passo importantíssimo na consecução de uma política pública de saneamento efetivo e uniforme, traçando limites e diretrizes para atuação dos agentes, trazendo mais segurança aos entes privados atuantes na indústria e incentivando a participação desses no setor. A adoção de normativas mais consistentes e harmonizadas em todo o país, propiciam a criação de um ambiente regulatório mais homogêneo e estável, concretizando mais um avanço significativo para o atingimento das metas de universalização.

Não por acaso, nos anos de 2021 e 2022, após a promulgação do segundo Marco Regulatório, houve um notável aumento na participação do setor privado por meio de concessões e PPPs (DIAS, 2024). Constatou-se que no final de 2022, 526 municípios já tinham adotado uma dessas modalidades de prestação de serviços, envolvendo a participação da iniciativa privada, contra apenas 68 municípios, antes do ano de 2000.

Nesse contexto, a regulação mostra-se um forte aliado a desenvolvimento do setor, eis que possibilita a organização ostensiva do setor, definindo parâmetros claros e modelos de conduta para os agentes públicos e privados que integram o setor, bem como melhor eficiência da prestação dos serviços, solucionando questões importantes como a falta de transparência, falta de participação da sociedade no planejamento e gestão do setor, além de incentivar a participação privada no setor, que contribui não só com aportes

de recursos financeiros, com *know-how* tecnológico e modelos de gestão inovadores.

20.6 CONCLUSÃO

A atenção ao setor de saneamento básico no Brasil e no mundo tornou-se uma questão de saúde pública e ambiental. É consenso que o acesso à água limpa e ao tratamento adequado de resíduos são essenciais para a prevenção de doenças e promoção da saúde, sendo, portanto, imprescindíveis para o desenvolvimento das populações urbanas.

Compreendendo a necessidade urgente de melhorias no setor de saneamento, é imperioso destacar o impacto significativo da adoção do modelo de prestação de serviços das Parcerias Públicos-Privados no setor, que se consolidou somente a partir da Lei Federal nº 14.026/2020, que atualizou o marco legal do saneamento básico, incorporando novas regras para incentivo ao ingresso de entes privados.

Diferentemente de outros setores como saúde, educação e infraestrutura que, logo após a edição da Lei nº 11.079 de 2004, já incorporaram o novo arranjo institucional à suas estruturas, o setor de saneamento básico apenas anos mais tarde passou a contar com a participação massiva de entes privados.

Isso porque, o setor apresenta uma série de desafios, muito mais profundos que a conformação dos interesses do setor públicos e do setor privado, que é inerente as parcerias público-privadas. Dentre as principais características do setor, destaca-se os altos custos de implantação, além de fato de a indústria se constituir a partir de um monopólio natural, o que traz preocupações acerca do excesso de poder nas decisões sobre preços, custos e demanda, além de outros riscos como sucateamento de infraestruturas, em razão da falta de competição.

Há ainda outras peculiaridades que prejudicam o pleno desenvolvimento do setor e a participação de atores privados, como a falta de transparência acerca do desempenho dos concessionários e dos processos internos, o que prejudica inclusive a participação do cidadão no processo de tomada de decisões. Cita-se, ainda, a baixa densidade regulatória que conduz, inevitavelmente, à falta de confiança do setor privado e à gestão heterogênea e desordenada dos entes públicos, principalmente por parte dos municípios.

Nesse contexto, a regulação surge como importantíssimo instrumento para viabilizar as Parcerias Público Privadas, de forma a sanar as lacunas normativas consideráveis, garantindo maior segurança na consolidação e execução dos contratos.

A atribuição à ANA do papel de agência supranacional de saneamento básico, com ampla competência para editar normativas, fiscalizar e acompanhar a execução dos contratos, representa mudança crucial implementada pela Lei

Federal nº 14.026/2020, recebida com bastante otimismo pelos pesquisadores e pelos próprios entes privados, visto que a participação desses no setor aumentou exponencialmente, desde o implemento da normativa.

Parece-nos que, à luz do que já vem ocorrendo há anos no setor de energia elétrica, sob a supervisão da Aneel, a regulação ostensiva dos contratos e investimentos no âmbito do saneamento básico, por meio de uma agência nacional, facilitará a consecução de contratos e investimentos, uniformizando processos e fomentando a participação do setor privado.

Diante dessa nova realidade, ao que tudo indica, o novo formato proposto permitirá a formação de novas PPPs, que serão valiosas para a universalização do acesso ao saneamento básico no Brasil, e, quem sabe, ao atingimento das metas de universalização propostas pelo novo Marco legal.

A eficiência das infraestruturas de saneamento básico é essencial para aplacar assimetrias regionais e deve ser considerada como um veículo de redução da pobreza, sendo clara a importância desse direito fundamental para toda uma sociedade mais justa e igualitária.

REFERÊNCIAS

- ABREU, A Aparecida; SETTE, R Souza. **Parcerias Público-Privadas Na Saúde: O Programa Pro Hosp e seus Indicadores de Resultados**, 06 mar 2014.
- ABRUCIO, F. L. **PPP na saúde: experiências e tendências**. Revista Debates GV-Saúde da FGV-EAESP. Edição especial, junho 2012. Disponível em: <http://gvsaude.fgv.br/sites/gvsaude.fgv.br/files/GVsaude%20FINAL.pdf>. Acesso em 10 de out 2024.
- ADRIÃO, Theresa; BEZERRA, Egle Pessoa. **O setor não lucrativo na gestão da educação pública: corresponsabilidade ou debilidade**. Currículo sem Fronteiras, v. 13, n. 2, p. 256-268, maio/ago. 2013.
- BRITTO, A.L.N.P. **A Regulação dos serviços de saneamento no Brasil: perspectiva histórica, contexto atual e novas exigências de uma regulação pública**. In: IX ENCONTRO NACIONAL DA ANPUR, 3, 2001, Rio de Janeiro. Anais ... Rio de Janeiro, ANPUR, p. 1080-93, 2001.
- CABRAL, S. **Sobre a participação privada na gestão e operação de prisões no Brasil: uma análise à luz da nova economia institucional**. Organizações e Sociedade, 14(1), 29-47, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas**. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2002.
- DÍAS, Rafael Bregolin. **O papel das parcerias público-privadas e concessões no setor de saneamento básico: o impacto na eficiência técnica das operadoras de água e esgoto**. 2024.

- EDELENBOS, Jurian; KLIJN, Erik-Hans. **Project versus process management in public-private partnership: Relation between management style and outcomes**. *International Public Management Journal*, v. 12, n. 3, p. 310-331, 2009.
- FERLIE, Ewan et al. **A nova administração pública em ação**. Brasília, DF: Universidade de Brasília: ENAP, 1999.
- FERREIRA, Omar José; OLIVEIRA, Ana Carolina. **Breves considerações sobre as formas de cobrança dos sistemas hídricos e o monopólio natural**. In: *Anais do Congresso de Políticas Públicas e Desenvolvimento Social*. 2022. p. 40-46.
- FORRER, John et al. **Public-private partnerships and the public accountability question**. *Public administration review*, v. 70, n. 3, p. 475-484, 2010.
- GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; PAGANINI, Wanderley da Silva. **Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil**. *Engenharia Sanitária e Ambiental*, v. 14, p. 79-88, 2009.
- HM TREASURY. PFI: **Meeting the investment challenge**. Londres: HM Treasury, 2003.
- HOOD, Christopher. **A public management for all seasons?** *Public administration*, v. 69, n. 1, p. 3-19, 1991.
- INEP – Educação básica: sinopses estatísticas da educação básica. Inep, Brasília, DF, 17 nov. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/acesso-a-informacao/dados-abertos/sinopses-estatisticas/educacao-basica>. Acesso em 10 out 2024.
- INSTITUTO TRATA BRASIL. **Ranking do Saneamento 2023**. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/pt/>. Acesso em 12 out 2024.
- JORGE, Wilson Edson. *Planasa - A Política Nacional de Saneamento Pôs-64*. São Paulo, 1987. Tese (dout.) – FAUUSP.
- JOURAVLEV, Andrei. **Los servicios de agua potable y saneamiento en el umbral del siglo XXI**. CEPAL, 2004.
- KOPPENJAN, J.(Joop) FM. **The formation of public private partnerships: lessons from nine transport infrastructure projects in the Netherlands**. *Public administration*, v. 83, n. 1, p. 135-157, 2005.
- KPMG & ABCON. **Atualização dos valores de investimentos para a universalização dos serviços de saneamento. 2022**. Disponível em: <https://abconsindcon.com.br/analises-conjunturais/atualizacao-dos-valores-de-investimentos-para-a-universalizacao-dos-servicos-de-saneamento>.
- MADEIRA, Rodrigo Ferreira. **O setor de saneamento básico no Brasil e as implicações do marco regulatório para universalização do acesso**. 2010.

- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- NAKAMURA, A. **As parcerias público-privadas e a infraestrutura no Brasil**. Revista de Direito Administrativo, 278, n. 2, p. 131-147, maio/ago. 2019.
- PECI, A.; SOBRAL, F. **Parcerias Público-Privadas: Análise Comparativa da Experiência Inglesa e Brasileira**. In: Encontro Anual Da Associação Nacional Dos Programas De Pós-Graduação Em Administração, 30., 2006, Salvador. Anais Salvador: ANPAD, 2006.
- PIRES, I. M. **O estágio atual do Planasa**. Revista DAE, v. 254, n. 112, pp. 29-45, 1977.
- PIRES, José Cláudio Linhares; PICCININI, Maurício Serrão. **A regulação dos setores de infraestrutura no Brasil**. 1999.
- REYNAERS, Anne-Marie; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan. *Transparency in public-private partnerships: Not so bad after all? Public Administration*, v. 93, n. 3, p. 609-626, 2015.
- SANCHEZ, O. A. **A privatização do saneamento**. São Paulo em Perspectiva, v. 15, n. 1, pp. 89-101, 2001.
- SILVA, José Irivaldo; FEITOSA, Maria Luiza; SOARES, Aendria de Souza. O desmonte da estatalidade brasileira no caso da política pública de saneamento e a falácia da regionalização como vetor de desenvolvimento regional. **Revista brasileira de estudos urbanos e regionais**, v. 24, 2022.
- SNIS, Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento, **Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto 2022**. Acesso em 12 de out de 2024.
- SUNDFELD, Carlos A. **O direito e as parcerias empresariais e contratuais entre Estado e particulares**. Cadernos FGV Projetos, v. 9, n. 23, p. 54-61, jan. 2014.
- SUNDFELD, Carlos A. **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- UNESCO. *Water for prosperity and peace - The United Nations World Water Development Report*, 2024. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000388948/PDF/388948eng.pdf.multi>. Acesso em 10 de outubro de 2024.
- VIANA, Lee Anderson Gomes; EHRL, Philipp. O abastecimento de água e esgotamento sanitário brasileiro: a atuação das empresas públicas e privadas entre 2008 e 2018. **Revista Razão Contábil e Finanças**, v. 12, n. 1, Fortaleza, 2021.
- ZIMMER, A. (2021). **Direito administrativo do saneamento: um estudo a partir do Novo Marco Legal (Lei 14.026/20**.

21

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: SUPERAÇÃO DE DESAFIOS NO AGRONEGÓCIO BRASILEIRO

Ana Clara da Cunha Peixoto Reis²⁶⁹
Teresa Cristina da Cunha Peixoto²⁷⁰

21.1 INTRODUÇÃO

A Parceria Público-Privada constitui uma forma de prover obras e serviços públicos com o auxílio do empresariado e tem sido indubitavelmente a solução para muitos impasses que, muitas vezes, poderiam emperrar o desenvolvimento do agronegócio.

Nos termos do artigo 2º da Lei nº 11.079/2004 há duas formas possíveis de parcerias público-privadas: a **concessão patrocinada**, traçada como a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, que, incorporada à tarifa cobrada dos usuários, admite a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; e **concessão administrativa**, concebida como a prestação de serviços

²⁶⁹ Aluna participante do mestrado em disciplinas isoladas de Direito Civil da PUC Minas. Membro da Comissão de Telecomunicações da OAB/MG. Pós-Graduada em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Advogada.

²⁷⁰ Desembargadora atuante na 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.



em que a administração pública é usuária direta ou indireta e não há tarifa cobrada.

Ver-se-á que Parceria Público-Privada tem contribuído de forma exponencial para o agronegócio, constituindo uma importante ferramenta para o crescimento deste setor, sobretudo, considerando a iminência e a necessidade constante de investimento, fomento e incentivo econômico-financeiro, além da atividade ser atividade exponencial na geração de empregos, renda e desenvolvimento.

Não é novidade que, desde as priscas eras, a atividade rural que garante a alimentação dos povos, sendo que a sua evolução, a partir da sobra ou excedente, evoluiu para a situação hoje estabelecida de que, além de prover o sustento, representa fonte fundamental de matéria prima para o segmento industrial.

O agronegócio domina parte significativa dos mercados globais, sendo um dos setores mais dinâmicos da economia brasileira, figurando como verdadeira mola propulsora do desenvolvimento nacional.

Dada a importância econômica do agronegócio, imperioso tornou-se o fomento da atividade de forma a estimular a atuação dos *players* da cadeia produtiva.

Apesar da recente alteração da legislação para a previsão de uma série de títulos de créditos vinculados ao agronegócio, a atuação do poder público ainda se mostra incipiente para a grandiosidade da atuação desse segmento no mercado nacional, fazendo com que seja necessária uma maior aproximação entre as instituições públicas e o setor privado afeto ao agronegócio.

A Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa), fundada em 1973, sob a forma de empresa pública de direito privado, vinculada ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, é a precursora no uso das parcerias público-privadas no Brasil, sobretudo na área de pesquisa, dado o alto nível tecnológico alcançado em suas pesquisas, sobretudo, na área de sementes.

A adequada compreensão do tema encontra-se afeta à pesquisa pautada na análise do problema, visando principalmente discutir os aspectos que, a partir da utilização das Parcerias Público-Privadas no agronegócio.

A pesquisa de caráter qualitativo, buscará relatar a utilização das Parcerias Público-Privadas no agronegócio, na atual conjuntura brasileira.

A metodologia utilizada constitui-se de levantamento bibliográfico, documentos e estudos da legislação pertinente, com abordagem qualitativa.

21.2 DA EXPANSÃO DO AGRONEGÓCIO NO BRASIL

O agronegócio compreende as atividades econômicas de produção agrícola propriamente dita (lavouras, pecuária, extração vegetal, dentre outras),

as ligadas ao fornecimento de matéria-prima afetas ao processo agroindustrial e as que dão suporte ao fluxo de produtos até a mesa do consumidor final, perpassando ainda pelas indústrias de fertilizantes, defensivos, máquinas, equipamentos agrícolas e pesquisa agropecuária, setores de armazenamento, com destaque para região dos portos.

O Brasil, expoente no agronegócio mundial, tem plenas condições de operar em larga escala no agrobusiness, pois é o único país da esfera global com uma infraestrutura razoável, contando com uma invejável escala de terra agricultável, somada à tecnologia direcionada para o setor que vem contribuindo de maneira considerável para a modernização das atividades rurais.

Hoje, o Agronegócio gera acima de 25% do PIB nacional. Emprega em torno de 20% da força de trabalho do Brasil. Na agropecuária trabalham 9%. Um terço dos ocupados na indústria trabalha em agroindústrias. O PIB da agroindústria é cerca da metade daquele da indústria de transformação nacional.

Como o Brasil é um dos maiores produtores de alimentos, sendo também um dos maiores exportadores, deduz-se que seja um dos produtores mais eficientes, de tal forma que seus preços são dos mais competitivos.

Ademais, as evidências indicam que os mercados doméstico e externo são significativamente integrados, prevalecendo a paridade de preços – de sorte que os preços domésticos correspondem (em média) aos preços internacionais em dólares convertidos em reais pela taxa de câmbio. Essa formação de preços vale não somente para os produtos mais negociados como soja, milho algodão, carnes, por exemplo. Mas vale, inclusive, para o arroz, feijão e leite. Isso significa que à população brasileira tais produtos são oferecidos aos preços mais competitivos do mundo²⁷¹. (BARROS, 2023, P. 01).

O imenso potencial do agronegócio brasileiro, aliado à impulsão das instituições a ele vinculadas e à reconhecida capacidade de aprimoramento tecnológico, somados à profissionalização dos agricultores, abre as possibilidades de investimentos privados, em parceria com o setor público.

²⁷¹ **O autor conceitua agronegócio:** Negócio é um termo originário do latim, que significa “negação do ócio”. Refere-se, portanto, a toda atividade que resulte em produção de bens ou serviços para atender aos desejos e necessidade de quem a executa ou de outrem. Envolve o uso de trabalho e capital para atingir esses fins. Não tem a ver com tamanho, tecnologia ou tipo de produto nem ao destino que lhe é dado. Agronegócios seriam todos os negócios que devem sua existência à Agricultura no sentido amplo – significando o uso econômico dos recursos naturais orgânicos – animais e vegetais fundados no solo e no clima. (*Op. cit.* p. 01)

21.3 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: CONCEITUAÇÃO E CARACTERÍSTICAS

O surgimento de PPPs foi decorrente da necessidade crescente por parte do setor público em prover bens e serviços à população, dado que muitas vezes o governo não possuía condições de atender todas as demandas sociais e juntamente a isso se tinha o setor privado buscando mercados alternativos, nesse sentido surgem as PPPs no Brasil como uma modalidade de contrato implementado em paralelo aos contratos de concessões e licitações existentes (DOS ANJOS, 2020, p. 176).

A adoção das PPPs no Brasil começou a ganhar forma no final da década de 1990 e início dos anos 2000, durante um período de reestruturação econômica e administrativa do país. A necessidade de modernizar a infraestrutura e melhorar os serviços públicos, juntamente com restrições fiscais, incentivou o governo a buscar novas formas de financiamento e gestão. (LEITÃO, 2024, p. 01)

O art. 175 da Constituição Federal estabelece incumbir ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão²⁷², através de licitação, a prestação de serviços públicos.

A concessão é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço. (DI PIETRO, 2015, p. 267)

Posteriormente, com a Lei de concessões de 1995 que regulamentou e instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública e a Lei de Concessões posteriormente estabelece as principais normas para as concessões e permissões em serviços de energia elétrica, em instalações de transmissão e dos consórcios de geração.

A permissão doutrinariamente, é ato unilateral e discricionário da Administração, comumente usada para a exploração de transporte coletivo em quaisquer das esferas, municipal, estadual ou federal. Parte da doutrina, com o intuito de assegurar a existência do instituto, sugere que a diferenciação entre permissão e concessão seja maior duração desta última, visando a permitir o ressarcimento dos investimentos pelo concessionário. (BRUNO, 2005, p. 308)

A Lei n. 11.079 de 2004 das Parcerias Público-Privadas surgiu para propiciar para propiciar ingresso de recursos do setor privado na execução de

²⁷² A doutrina tradicional definia *permissão de serviço público* como ato administrativo de características discricionárias e precárias, pela qual a Administração delegava a particulares a prestação de serviços de utilidade pública; distintamente, portanto, do instituto afim da *concessão de serviço público*, que tem natureza contratual. (MOREIRA NETO, 2014, p. 494)

serviços públicos ou contratos. Tal legislação define diversas normas para o contrato administrativo de Parcerias Público-Privadas, delimita o seu âmbito de aplicação, estabelece o seu conceito, além de enumerar seus princípios.

Para Fernanda Marinela, a Parceria Público-Privada configura uma concessão especial:

A Parceria Público-Privada é acordo firmado entre a Administração Pública e a pessoa do setor privado, com objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes. Trata-se de uma espécie de concessão de serviço público, denominada concessão especial. (MARINELA, 2017, p. 634)

Parcerias Público-Privadas constituem contratos entre o setor público e privado com o objetivo de entregar um projeto ou um serviço tradicionalmente provido apenas pelo setor público. Em diversos países, a avaliação de vários projetos já implementados ao abrigo do conceito e da metodologia PPP vem apresentando de forma muito nítida ganhos de eficiência e de qualidade na prestação de serviços²⁷³. (ATHAYDE, 2002, p. 7)

O conceito contemporâneo de parcerias público-privadas foi lançado no Reino Unido em 1992 como um programa para aumentar o acesso ao capital do setor privado para o desenvolvimento de projetos de infraestrutura. Dentro da *Private Finance Initiative*, PFI, ou Iniciativa de Financiamento Privado, política geral de PPPs naquele país, já foram realizados centenas de projetos nos mais diversos setores de infraestrutura de serviços públicos, como “metrô, rodovias, saneamento e esgotos, prisões, hospitais, habitação e até delegacias de polícias e postos de bombeiros” (HADDOCK, 2004, p. 136).

As Parcerias Público-Privadas por um lado, envolvem, a utilização de recursos privados para que o Estado, possa atingir as suas finalidades e, por outro, possibilita ao setor privado a atuação em atividades que muitas vezes e de natureza do setor público. O mecanismo catalisador da parceria, e uma das inovações principais da lei, é a garantia prestada pelo setor público ao setor privado sobre as suas possibilidades de retorno (REMPEL; RUSCHEINSKY, 2021, s/p)

As Parcerias Público-Privadas possuem uma estrutura de contrato mais complexa, muitas vezes confundidas ou comparadas na literatura como um tipo comum de concessão, porém existem diferenças entre as PPPs e as concessões tradicionais. Em uma PPP existe uma relação de cooperação entre agente público e privado, buscando-se equilíbrio após as negociações. As

²⁷³ O autor destaca que as Parcerias Público-Privadas geralmente envolvem o projeto, o financiamento, a construção, a operação e a manutenção de equipamentos de serviços de infraestrutura. (ATHAYDE, 2002, p. 09)

Parcerias Público-Privadas correspondem a um acordo de cooperação entre os governos e a iniciativa privada com a finalidade de realizar atividades que tradicionalmente eram realizadas pelo setor público, esses acordos ou parcerias envolvem aspectos técnicos, econômicos e jurídicos exigindo assim contratos mais complexos do que os contratos normalmente firmados em concessões tradicionais. (DE ARAGÃO *et al.*, 2005, s/p)

As Parcerias Público-Privadas foram definidas a partir da Lei Federal nº 11.079/2004 da seguinte forma: “As PPPs são contratos administrativos de concessão, nas modalidades patrocinadas ou Administrativas”

Dentre as características primordiais de uma Parceria Público-Privada pode-se citar: agilidade, transparência, eficiência, controle, fiscalização e longo prazo, determinando a Lei nº 11.079/2004 determina que a administração pública deve adotar mecanismos de controle eficazes para supervisionar a execução dos contratos.

Quanto ao tema, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A Lei das PPP (Lei Federal 11.079/2004) foi introduzida, entre nós, basicamente com três grandes propósitos principais: (i) sacramentar a possibilidade de realização de pagamentos de subsídios pela Administração Pública aos concessionários de serviços públicos (o que, apesar de já estar previsto no art. 17 da Lei 8.987/1995, era visto como hipótese excepcional e dependente de lei); (ii) viabilizar o oferecimento de garantia do adimplemento da obrigação pecuniária assumida pelo poder concedente nessas novas modalidades; e (iii) ampliar o leque de serviços sujeitos à concessão à iniciativa privada, permitindo a aplicação da lógica contratual da concessão para outros objetos, inclusive serviços administrativos em geral (concessão administrativa).

Para atingir tais desideratos, a nova lei criou duas novas modalidades de concessão no ordenamento jurídico brasileiro: a concessão patrocinada, descrita pelo § 1.º do art. 2.º como “a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987, de 13.02.1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”; e a concessão administrativa, definida como “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” (art. 2.º, § 2.º), sem eliminar, por certo, a concessão “comum” regida pela Lei 8.987/1995, “não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987, de 13.02.1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.” (art. 2.º, § 3.º) (DI PIETRO, 2022, p. 157).

Ainda o 4º da Lei nº 11.079/04 estabelece as diretrizes que devem ser observadas para a adoção das Parcerias Público-Privadas:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

- I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
- IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- V – transparência dos procedimentos e das decisões;
- VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;
- VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Tal dispositivo contempla os princípios que norteiam uma PPP, que são o princípio da eficiência, da publicidade, da segurança jurídica, da responsabilidade fiscal, sustentabilidade financeira e da supremacia do interesse público.

Por sua vez, o artigo 5º da mesma legislação, estipula expressamente as cláusulas essenciais aos contratos de Parceria Público-Privada:

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

- I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;
- II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;
- III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;
- IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;
- V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

XI – o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificada a hipótese do § 2º do art. 6º desta Lei.

Para a concretização da parceria público-privada, o artigo 9º da também da Lei nº 11.079/2004 estabelece que “deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria”, sendo a fiscalização contínua é um componente essencial ao seu funcionamento das Parcerias Público-Privadas, que devem ser submetidas a monitoramento constante, inclusive com a análise do desempenho preestabelecido no instrumento contratual, a fim de que os objetos propostos sejam atingidos.

Nos termos da Lei n. 11.079/2004, o valor mínimo do contrato de Parceria de R\$ 20 milhões como valor mínimo para realizar contratos de Parcerias Público-Privadas se justificaria para impossibilitar contratos de baixo valor, pois os tais contratos possuem natureza contratual complexa, com elevados custos de transação.

Contudo, a Lei n. 13.529/2017 alterou a redação da Lei n. 11.079/2004, reduzindo de 20 para 10 milhões de reais o valor mínimo deste tipo contratual, permitindo-se com a alteração do valor mínimo a inclusão de projetos importantes por cuja viabilidade dependeria do auxílio da iniciativa privada.

Os contratos de Parcerias Público-Privadas são de longa duração – podem vigorar de 05 (cinco) a 35 (trinta e cinco) anos e a parceria público-privada em sentido estrito (PPP), conforme disciplinada pela Lei n.º 11.079,

de 30/12/2004, compreende duas modalidades específicas de concessão: a *concessão patrocinada* e a *concessão administrativa*.

Por meio da *concessão patrocinada*, a prestação de um serviço público é delegada a um particular, o qual assumirá o seu desempenho perante os usuários, de acordo com a disciplina já consagrada para a concessão comum. Isso significa o seu enquadramento como um contrato administrativo em sentido restrito, compreendendo a atribuição de competências extraordinárias para a Administração Pública e a proteção da equação econômico-financeira da avença. (JUSTEN FILHO, 2015, p. 830)

A segunda modalidade é a *concessão administrativa*²⁷⁴, assim considerada a prestação de serviço “*de que a Administração Pública seja usuária direta e indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens*” (art. 2º, parágrafo 2º). Diversamente do que ocorre com a concessão patrocinada, a concessão administrativa não comporta remuneração pelo sistema de tarifas a cargo dos usuários, eis que o pagamento da obra ou serviço é efetuado diretamente pelo concedente. Poderão os recursos para pagamento, contudo, ter origem em outras fontes. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 429)

Na concessão patrocinada, o Estado pode responder por até 70% da remuneração do parceiro privado, havendo possibilidade de a lei autorizar percentual superior, se necessário.

Na concessão administrativa, em que o beneficiário dos serviços é o próprio Estado (como por exemplo: operação de prédios para a administração pública) ou a sociedade em geral (como no caso dos presídios), o Estado pode responder por toda a remuneração do concessionário. Desse modo, os riscos de demanda e preços são absorvidos pelo Estado, em contrapartida os riscos de construção, operação e manutenção são transferidos integralmente ao parceiro privado.

As PPPs deverão obedecer a uma rigorosa disciplina fiscal, incluindo previsão no Plano Plurianual, compatibilidade com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, previsão ano a ano na Lei Orçamentária das despesas passíveis de desembolso em função das PPPs, e outros previstos na Lei 11.079/04. (BRAGA *et al*, 2006, p. 46)

Outras exigências legais para a aplicabilidade das PPPs: (a) Eficiência no emprego dos recursos da sociedade e no cumprimento das missões do Estado. (b) Responsabilidade fiscal - autorização da autoridade competente confirmando o atendimento aos seguintes requisitos:

²⁷⁴ Em relação às *concessões administrativas*, a Lei n. 11.079/2004 determinou aplicação suplementar alguns dispositivos da Lei n. 9.074/1995 e Lei n. 9.074/1995. Registre-se que geralmente, no que tange à concessão administrativa, o risco de qualidade será atribuído ao particular. No âmbito das obrigações assumidas pelos particulares é usual a constituição de garantias jurídicas, sejam reais ou pessoais. Já em relação às concessões patrocinadas aplica-se subsidiariamente a Lei n. 8.987/1995 (Lei Geral das Concessões), que regula as concessões comuns e outras leis relacionadas ao tema.

- Conveniência e oportunidade - justificativa da opção pela PPP;
- Equilíbrio orçamentário de longo prazo - observância da lei de responsabilidade fiscal;
- Limites de endividamento quando aplicáveis;
- Impacto orçamentário nos exercícios financeiros futuros;
- Pronunciamento prévio do Ministério do Planejamento e Ministério da Fazenda;
- Manifestação do Comitê Gestor das PPPs;
- Submissão aos limites da Lei 11.079/2004. (BRAGA *et al*, 2006, p. 46)

Os mesmos autores asseveram que as parcerias público-privadas oferecem um ganho de escala à agricultura irrigada, ao mesmo tempo em que imprimem ao setor de irrigação um caráter de eficiência e eficácia típicos do setor privado. Assim, bem estruturadas, as PPPs respondem às deficiências atuais dos perímetros de irrigação, podendo promover não apenas a emancipação dos perímetros de irrigação, mas sua sustentabilidade econômica e social. (BRAGA *et al*, 2006, p. 114)

As Parcerias Público-Privadas têm sido adotadas com sucesso em diversos ordenamentos jurídicos, como entre outros, os de Portugal, Espanha, Inglaterra e Irlanda e apresentam como justificativa dois pontos fundamentais, sobretudo em relação aos países ainda em desenvolvimento: *a falta de disponibilidade de recursos financeiros e a eficiência da gestão do setor privado*. Por outro lado, são instrumentos adequados para investimentos no setor privado, além de servirem para importantes ações de infraestrutura. (NÓBREGA, 2011, p. 60)

Certamente, os contratos de Parcerias Público-Privadas possibilitam grandes investimentos, tanto em infraestrutura, quanto em prestação de serviços públicos, especialmente nos casos em que o ente público não tem condições seja por ausência de legislação específica em muitos Estados, ou pela insuficiência de orçamento disponível.

21.4 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: DESAFIOS NO AGRONEGÓCIO.

As parcerias público-privadas (PPPs) desempenham um papel fundamental ao fortalecer e respaldar os agricultores, sejam eles locais, regionais ou a nível nacional, permitindo que investimentos necessários se concretizem, propiciando a retomada de empreendimentos de infraestrutura hídrica,

barragens, canais, adubação, ampliação de serviços de irrigação, agricultura digital e energias renováveis, com a incorporação de novas tecnologias e maior produtividade²⁷⁵.

O Brasil, para se manter na vanguarda tecnológica do processo global, em busca do disputado mercado internacional, principalmente de *commodities*²⁷⁶ agrícolas, necessitará ampliar os investimentos em pesquisa (P&D²⁷⁷). O que acontece é justamente o inverso. Ao mesmo tempo em que se reconhece o agronegócio nacional como carro chefe do processo de crescimento econômico e social, e a devida importância da tecnologia para aumento da produtividade, o montante de recursos destinados à P&D, inclusive para a pecuária, estão diminuindo gradativamente, devido à tendência de redução dos gastos públicos, verificada hoje em dia. (DALLAGNOL, 2004, s/p)

Macário (2010, s/p) descreve os desafios encontrados em PPP's no mundo, principalmente na estrutura de financiamento, e sugere soluções aos problemas relatados, resumindo-os da seguinte forma: compreender o apreçamento dos serviços prestados em PPP's, pois há conflitos de interesse entre entes públicos e privados com a divisão de riscos, ganhos e financiamentos; compreender as regras que o governo e o regulador devem fomentar para o sucesso das PPP's; desenvolver dispositivos para a redução da assimetria de informação entre o agente e o principal nos contratos; desenhar alternativas contratuais que incorporem o padrão de apreçamento dos serviços prestados e os ajustes para ambientes de incerteza; conciliar os diferentes atores envolvidos na PPP.

Para Rodolpho Tourinho, o agronegócio, vem sendo o verdadeiro motor da economia brasileira e aguarda o instrumento institucional das PPP's com entusiasmo, para afirmar ainda mais a sua liderança mundial em tantos outros produtos e em novos mercados. (TOURINHO, 2004, p. 01)

O mesmo autor destaca:

²⁷⁵ No Brasil, foram selecionados cerca de 500 produtores rurais, localizados em 14 estados brasileiros (RS, SC, PR, SP, MG, MS, GO, MT, RO, TO, PA, BA, PI, MA), com cultivos principalmente de soja e milho. As práticas de baixo carbono promovem o equilíbrio dos sistemas produtivos e podem gerar aumento de produtividade, em razão do manejo mais adequado. *In: Parceria público-privada vai investir em pesquisa para apoiar mercado de carbono para agricultura*. Publicado em 22 de jul. de 2020. Ministério da Agricultura e Pecuária; Disponível em www.gov.br Acesso em 12 de out. de 2024.

²⁷⁶ *Commodities* são produtos padronizados, com preços definidos nas bolsas internacionais de mercadorias e que podem ser adquiridos com facilidade no mercado internacional, dado o baixo custo de informação que cerca as operações comerciais. (Disponível em Instituto de Economia da UNICAMP. Acesso em www.eco.unicamp.br Acesso em 13 de out. De 2024.

²⁷⁷ Pesquisa e desenvolvimento (P&D) para a Embrapa (1999, p. 18), é o conjunto de ações que envolve a geração de conhecimentos e a transformação de conhecimentos e adaptação de tecnologias, na forma de produtos e processos acabados que atendam às necessidades de mercado.

Não é exagero dizer que as PPP representam um avanço institucional para melhorar as condições de infraestrutura. Trata-se de um caminho para que o governo, sem os recursos financeiros necessários, firme contratos com parceiros privados tendo por objetivo viabilizar a provisão de serviços fundamentais para o País.

Difere claramente da privatização ou da concessão pura e espera-se, como resultado, que o retorno social exceda o retorno privado.

Mas, para que se alcance esse objetivo respaldado pelos princípios basilares da legalidade e da moralidade, é preciso introduzir na lei das PPP a garantia de segurança aos investidores a partir de pilares fundamentais: no primeiro caso, o respeito absoluto à Lei de Responsabilidade Fiscal e à Lei de Licitações; e, no segundo, que a avaliação da demonstração das vantagens socioeconômicas seja chancelada por uma instituição independente.

Com essas medidas, as Parcerias Público-Privadas terão uma blindagem de qualidade e propiciarão maior atração de investimentos, de capital externo ou mesmo nacional. Seguramente haverá também uma redução no custo do financiamento, o que é essencial para a realização de obras de infraestrutura.

Sozinhas, as PPP não são suficientes para solucionar os gargalos da infraestrutura do País, como alguns setores do governo vêm anunciando. Mesmo porque seu sucesso dependerá principalmente da capacidade do País em atrair investimentos. (TOURINHO, 2004, p. 01)

No Brasil, evidencia-se que as Parcerias Público-Privadas têm unido produtores rurais, empresas privadas e órgãos governamentais, com exemplos exitosos e que beneficiam milhares de pessoas.

Em Minas Gerais, a Lei nº 24.313, de 28 de abril de 2023, estabeleceu a estrutura orgânica do Poder Executivo do Estado e instituiu a Subsecretaria de Concessões e Parcerias (SUBPP), que é a unidade central de projetos e contratos de concessões e parcerias do Governo do Estado.

No Mato Grosso, uma associação de produtores conseguiu a concessão do Governo do Estado, para reformar o porto fluvial no município de Cáceres. Nesta obra, os produtores da região, conhecida por possuir o maior rebanho bovino do estado, investiram R\$ 1,5 milhão na obra que agora será administrada pela associação e que recebe este aporte após 10 anos de estagnação. Este porto – que une o município mato grossense ao Uruguai através de 2.400 quilômetros navegáveis, representa muito para a cidade, tanto em arrecadação, quanto geração de empregos. (SMARTTMONEY, 2005, p. 01)

O Estado do Pará, por sua vez, tem buscado através das Parcerias Público-Privadas transformar a pecuária em um modelo sustentável, com redução de desmatamento. O governador do Estado atua para mobilização de um

amplo grupo de *stakeholders*²⁷⁸ para que utilizem seus recursos coletivos com foco em apoiar a transição do setor pecuário no Brasil. (NASCIMENTO, 2024, p. 02)

Ainda, registre-se que a Embrapa (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária), empresa pública de direito privado, pertencente à administração pública, tem autonomia administrativa apta a possibilitar o uso de Parcerias Público-Privadas, esclarecendo Arthur de Souza no sentido de que a Embrapa vai oferecer laboratórios para que empresas privadas (principalmente *startups*) possam avançar com pesquisas, partir de atuação em conjunto com a estatal:

A busca por inovações no agronegócio requer uma rede de apoio para obter sucesso. Pensando nisso, a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa), por meio da Embrapa Agroenergia — uma das unidades de pesquisa da empresa (leia Para saber mais) — está criando o Smart Lab, um conjunto de laboratórios avançados, que serão utilizados em parceria com empresas privadas do setor agrícola.

... Serão seis laboratórios, colocados à disposição das empresas, nos segmentos: de genética e biotecnologia microbiana; de genética e biotecnologia vegetal; de processos bioquímicos; de química de biomassa e biocombustíveis; de processos químicos; e de bioinformática, além de áreas de plantas-piloto e campos experimentais.

A intenção do projeto é fazer parcerias a partir da análise caso a caso, considerando uso de equipamentos, estrutura física, recursos humanos e material genético... (SOUZA, 2023, p. 2-3)

Também de registro, que Embrapa e a empresa Bayer estão estabelecendo uma cooperação técnica para apoiar a consolidação de um mercado de carbono específico para a agricultura brasileira. O objetivo da parceria público-privada é investir em ações de pesquisa científica para reduzir as incertezas e o custo na quantificação do balanço de carbono pelos produtores de soja e de milho, viabilizando assim a remuneração desses agricultores

²⁷⁸ *Stakeholders* são pessoas ou organizações que são influenciados ou influenciam o desenvolvimento do projeto de PPP. Abrangem níveis diferentes de governo, instituições financeiras, investidores privados e sociedade civil. Minas Gerais também tem se utilizado dos *Stakeholders*. Importante polo do agronegócio nacional, Uberaba, no Triângulo Mineiro, acaba de inaugurar o primeiro hub de inovação público-privado do setor no Brasil. Localizado no Parque Tecnológico de Uberaba e batizado de *Moon Hub by AgTech Garage*, o centro atuará em toda a cadeia agrícola, do campo à mesa do consumidor, proporcionando conexão entre empresas, *startups*, universidades, Instituições de Ciência e tecnologia (ICT's) e todo o ecossistema de inovação. A expectativa é de que até o fim deste ano cerca de 30 integrantes já tenham sido atraídos para a comunidade, entre grandes empresas, *startups* e *stakeholders-chave*. (BIANCHETTI, 2023, p. 01)

pelos benefícios ambientais produzidos com a diminuição das emissões de gases de efeito estufa (GEE).

Assim, é certo que a colaboração entre estruturas governamentais e atores privados contribui para a execução do processo como um serviço especializado, alinhado às diretrizes estratégicas institucionais de defesa e garantia dos direitos, inclusão social e produtiva, ações socioambientais e melhoria das condições de trabalho. Conclui-se que as Parcerias Público-Privadas (PPPs), embora não representem a solução única para todos os desafios enfrentados por uma cidade, constituem ferramentas estratégicas valiosas para auxiliar na gestão pública local. (SOUSA; ALMEIDA, 2024, p. 02)

As parcerias público-privadas no âmbito do agronegócio enfrentam constantes desafios e têm como característica essencial a inovação, maior eficiência e melhor qualidade dos serviços.

21.5 CONCLUSÃO

A Parceria Público-Privada configura não somente a solução viável para a falta de recursos públicos, como também constitui um poderoso instrumento de injeção de recursos privados, inclusive incentivando a tecnologia no agronegócio.

A Parceria Público-Privada é regulada pela Lei nº 11.079/2004, que estabelece um arcabouço jurídico detalhado, a fim de assegurar que tal instituto seja implementado de forma transparente e eficiente, assentado com os princípios constitucionais e administrativos que guiam a gestão pública.

Tal legislação surgiu para propiciar para propiciar ingresso de recursos do setor privado na execução de serviços públicos ou contratos e define diversas normas para o contrato administrativo de Parcerias Público-Privadas, bem como delimita o seu âmbito de aplicação, estabelece o seu conceito, além de enumerar os princípios mencionados.

A Parceria Público-Privada tem sido indubitavelmente a solução para muitos problemas que assolam o país, e, não poderia ser diferente no agronegócio.

Nos termos do artigo 2º da Lei nº 11.079/2004 há duas formas possíveis de parcerias público privadas: **concessão patrocinada**, traçada como a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, que, incorporada à tarifa cobrada dos usuários, admite a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; e **concessão administrativa**, concebida como a prestação de serviços em que a administração pública é usuária direta ou indireta e não há tarifa cobrada.

O modelo de Parceria Público-Privada não pode ser considerado uma solução milagrosa dos problemas de falta de investimento no país.

Todavia, a Parceria Público-Privada tem contribuído de forma exponencial para o agronegócio, constituindo uma importante ferramenta para o crescimento deste setor.

No Brasil, evidencia-se que as Parcerias Público-Privadas têm unido produtores rurais, empresas privadas e órgãos governamentais. Diante disso, são inúmeros exemplos exitosos e que beneficiam milhares de pessoas.

Contudo, cabe ao Poder Público fiscalizar a conduta do ente privado, a fim de garantir à população excelência no serviço prestado.

O setor do agronegócio é um dos mais dinâmicos da economia nacional brasileira e tem se expandido gradativamente.

O agronegócio não mais se limita a noção de cultivo da terra para satisfação das necessidades e percepção de recompensa, mas, hoje representa uma sequência coordenada dos processos produtivos antes, dentro e depois da porteira, que se inicia com a aquisição de insumos, perpassa por toda a etapa de produção e culmina na distribuição ao consumidor final, seja o mercado interno ou externo.

O agronegócio tem sido uma mola propulsora da economia brasileira. Evidentemente, as Parcerias Público-Privadas servirão para afirmar a liderança mundial de muitos produtos, em novos mercados.

Não pairam dúvidas que as Parcerias Público-Privadas podem solucionar os desafios do agronegócio brasileiro.

As Parcerias Público-Privadas configuram, em muitos casos, verdadeiro projeto de salvação nacional, capaz de alavancar investimentos, gerar crescimento econômico e empregos, sem que os governos precisem desembolsar recursos dos quais não dispõem.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, M. J. **Fundamentos do Agronegócio**. 5 Ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017.
- ATHAYDE, Luiz Antônio. **Modelos Alternativos de Financiamento com Ênfase na Infraestrutura**: Parcerias Público- Privadas, Uma abordagem Metodológica. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, novembro de 2002. Disponível em www.ppp.mg.gov.br Acesso em 13 de out. de 2024.
- BARROS, Geraldo Sant'Ana de Camargo Barros. **Agronegócio**: conceito, projeto, implementação e resultados socioeconômicos no Brasil. Publicado em 09 de ago. de 2023. Disponível em www.cepea.esalq.usp.br Acesso em 16 de out. de 2014.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito administrativo. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- BIANCHETTI, Mara. **Uberaba inaugura hub através de PPP**. Uberaba: Diário do Comércio. Publicado em 26 de abril de 2023. Disponível em www.diariodocomercio.com.br Acesso em 12 de out. de 2024.
- BRAGA, C. M. *et al.* **Aplicação do modelo de parcerias público-privadas em perímetros públicos de irrigação: o caso brasileiro**. Brasília: Fundage, 2006.
- BRASIL, Decreto n.º 9.604, de 31 de maio de 2017, disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9064.htm, Acesso em 08 de out. de 2023.
- BRASIL, Lei n.º 10.823/2003, de 19 de dezembro de 2003, disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.823.htm, Acesso em 15 de out de 2023.
- BRASIL, **Parceria público-privada vai investir em pesquisa para apoiar mercado de carbono para agricultura**. Publicado em 22 de jul. de 2020. Ministério da Agricultura e Pecuária; Disponível em www.gov.br Acesso em 12 de out. de 2024.
- BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 2004.
- BRUNO, Reinado Moreira. **Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BURANELLO, Renato. Agronegócio: conceito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/208/edicao-1/agronegocio:-conceito>, Acesso em 13 de out de 2024.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- COELHO, C.N. O *Agrobusiness* e as microtendências mundiais. In. **Revista Política Agrícola**. Ano IX, n. 01, jan-fev-mar. 2000.
- COLVERO, R. B.; SAMPAIO, T. da S.; SCHOPF, R. da S. **Análise de políticas públicas: a importância da parceria público-privada na implementação de programas sociais para a agropecuária familiar**. Brazilian Journal of Development, v. 6, n. 2, p. 7776-7787, 2020.
- DALLAGNOL, A. **A Embrapa e a Parceria Público-Privada**. Disponível em www.agrolink.com.br Acesso em 13 de out. de 2024.
- DE ARAGÃO, Joaquim José Guilherme et al. Parceria Público-Privada: procedimento de avaliação qualitativa de riscos como ferramenta para desenho

de contratos. In: XIX ANPET, 2005, Recife. **Anais do XIX Congresso de Pesquisa e Ensino em Transportes**. 2005.

DE'CARLI, Carlos Ricardo. Embrapa: precursora da Parceria Público-Privada no Brasil. **Dissertação de Mestrado apresentada ao Centro de Desenvolvimento Sustentável de Brasília**, Brasília: UNB, 2005.

DELFIN NETTO, A. A urgente parceria público-privada. **Jornal Valor Econômico**. São Paulo, ago-2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. Ed., São Paulo: Atlas, 2015.

DOS ANJOS, Marcelo Lima. **O Mecanismo de Gestão e Regulação nas Parcerias Público Privadas—PPPs: Ações Necessárias**. HUMANIDADES E TECNOLOGIA (FINOM), v. 1, n. 19, p. 172-192, 2020.

EMBRAPA – Presidência. **Política de P&D**. Brasília: Embrapa Comunicação para Transferência de Tecnologia, 1999.

HADDOCK, Greg. PPPs no Reino Unido, Uma História de Sucesso. **Valor Econômico**. São Paulo, 16 de janeiro de 2004. Disponível em www.clipping.planejamento.gov.br Acesso em 12 de out. de 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAIA, F. J. F.; SOUZA, M. S. de. Desenvolvimento rural, políticas públicas e cidadania: A agricultura familiar a partir do agir comunicativo. **Rev. Direitos Fundam. Democ.**, v. 25, n. 1 p. 185-203, 2020.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NASCIMENTO, Igor. **Em Davos, Helder Barbalho busca parcerias público-privadas para garantir pecuária verde**. Disponível em www.agencia-para.com.br Acesso em 13 de out. de 2024.

NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**, São Paulo: Quartier Latin, 20011.

REMPPEL, E. T.; RUSCHEINSKY, A. **Territórios do agronegócio e projetos de parcerias na educação**. *Latitude*, v. 15, n. 2, p. 196-220, 2021.

RIZZARDO, Arnaldo, **Direito do Agronegócio**, 5.Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021.

SMARTTMONEY. **Parcerias Público-Privadas se tornam uma das saídas para o setor do agronegócio**. Acesso em www.smarttmoney.com.br Acesso em 13 de out. de 2024.2005.

SOUZA, Arthur de. **Parceria público-privada: startups do agronegócio se unem à Embrapa**. Disponível em www.correiobraziliense.com.br Acesso em 13 de out. de 2024.

SOUZA, Saully Martinho Gomes de; ALMEIDA, José Cezário de. Parceria público-privadas para promoção do desenvolvimento da agricultura familiar no município de Sousa/PB. **Revista *Contribuciones a las ciencias Sociales***, v. 17, n. 08, 2024 Disponível em www.ojs.revistacontribuciones.com Acesso em 13 de out. de 2024.

TOURINHO, Rodolpho. **PPP e obstáculos do agronegócio**. Brasília: Gazeta Mercantil, Publicado em 08/11/2004. Disponível em www2.senado.leg.br Acesso em 16 de out. de 2024.

CONHEÇA OUTROS LIVROS DA EDITORA MENTE ABERTA

Em cada capítulo deste livro, o leitor poderá adensar seus estudos acerca das perspectivas cível, penal, trabalhista, previdenciária e penal que se descortinam a partir das significativas modificações havidas na lei de regência da recuperação judicial, sob os auspícios de uma abordagem crítica que cuida igualmente de questionar a legitimação da nova ordem legal sob a abóbada dos preceitos convencionais e constitucionais que exigem a sintonia de qualquer inovação jurídica com os desígnios da sustentabilidade e do respeito aos direitos humanos e fundamentais.

Augusto César Leite de Carvalho
Ministro do Tribunal Superior do Trabalho



Políticas públicas no ordenamento jurídico brasileiro é uma tapeçaria tecida com maestria na qual revisões bibliográficas, análises jurisprudenciais e metodologias exploratórias se entrelaçam em uma dança harmoniosa. Não se trata de um amontoado de meras opiniões, mas sim de uma obra científica que busca trazer luz a temas complexos e tormentosos, com a objetividade que a ciência e a metodologia podem proporcionar.

Alguns livros são como encantamentos que não desejamos dissipar, mesmo quando a última linha é escrita. Suas páginas são tecidas com dedicação e cuidado, transbordando reflexões em cada frase. Tenho certeza de que os leitores da obra terão essas mesmas reflexões ao percorrer cada página dos artigos que se sucedem. Quiçá terão o **grande propósito de provocar, em cada um, propostas de novas políticas públicas.**

Jarbas Soares Júnior
Procurador-geral de justiça

**Gostou deste livro?
Quer conhecer nosso trabalho?
Quer publicar conosco?**

**Acesse nosso site e obtenha
mais informações:**

editoramenteaberta.com.br

