

NEGÓCIOS PÚBLICO-PRIVADOS NO BRASIL

O DIREITO PÚBLICO E OS NEGÓCIOS

O Direito é essencial às operações econômicas: determina o espaço em que elas podem ocorrer e condiciona a sua montagem, a definição de seu conteúdo e a sua efetiva execução. A administração pública, ao atuar como sujeito em tais operações, ou como reguladora da economia, está sujeita às normas de direito administrativo e usa de seus instrumentos. Assim, o ambiente jurídico dos negócios, em grande medida, é determinado pelas características do direito administrativo em vigor.

Para o direito administrativo dos negócios atingir seus fins, certas virtudes gerais precisam estar presentes em suas normas: racionalidade, simplicidade, previsibilidade, estabilidade e adaptabilidade. Especificamente quanto à administração reguladora, as medidas de autoridade e os instrumentos devem servir para desenvolver (incentivar, proteger e calibrar) os negócios, além de propiciar a realização de outros valores institucionais, como a justiça social, a proteção dos consumidores, a preservação ambiental e da saúde etc. Em termos estritamente jurídicos, a boa regulação é a que propicia operações com direitos e obrigações bem determinados, protegidas contra alterações arbitrárias e vinculadas a um sistema de execução e de solução de conflitos rápido, acessível e justo.

Evidentemente, a produção da regulação administrativa pode ser adequada ou não. Uma regulação de qualidade atende a finalidades variadas, entre elas a de reforçar os negócios. Os instrumentos jurídicos para a qualidade da regulação (tanto os relativos à organização institucional como à mecânica processual-administrativa) têm de ser capazes de evitar falhas regulatórias nocivas aos negócios. Entre esses instrumentos estão a autonomia de agências reguladoras, os requisitos formais e processuais

Carlos Ari Sundfeld é Professor da Faculdade de Direito da PUC-SP e da FGV-SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público - sbdp.

para edição de atos administrativos regulatórios, a consulta pública para edição de normas de regulação e o estudo de impacto regulatório para alteração da regulação.

Os desafios jurídicos mais interessantes dos últimos anos envolvem a celebração e gestão de negócios público-privados, por meio de contratos que, em geral, a legislação denomina como de concessão ou de parceria.

Esses negócios público-privados viabilizam a *privatização*, isto é, a transferência, por diferentes mecanismos contratuais, de atividades do Estado a particulares, sem que este perca o controle ou a regulação do setor. Com esses negócios, o Estado transfere a empresas particulares o ônus de fazer grandes investimentos na implantação ou melhoria da infraestrutura pública, mantendo para si um papel de regulador. Uma vasta legislação existe no Brasil a esse respeito.

NEGÓCIOS PÚBLICO-PRIVADOS

Uma Lei de Concessão foi editada (Lei Federal nº 8.987, de 1995), criando um regime geral, de aplicação nacional (isto é, à União, aos Estados e aos Municípios), para o contrato que hoje chamamos de *concessão comum*. O modelo básico desse contrato foi a concessão de serviço público. O que fez a Lei de Concessão foi, sem renegar as ideias tradicionais, modificá-las parcialmente, no que fosse útil para aumentar a segurança do concessionário e, assim, tornar mais atrativa a relação.

Tradicionalmente, o objeto desse tipo de contrato é a delegação, pelo Estado ao concessionário, da implantação ou gestão de empreendimento público, ficando os investimentos a cargo do concessionário, para serem recuperados com a posterior exploração, em geral por tarifas pagas pelos usuários finais. Segundo o modelo tradicional, o concedente deveria ter extensos poderes para modificar as condições de implantação ou explo-

ração do empreendimento, desde que respeitasse o equilíbrio econômico-financeiro e, assim, não impusesse prejuízos injustos ao concessionário. Essa premissa foi mantida pela Lei de Concessão, que, no entanto, inviabilizou na prática a chamada encampação pelo Estado, isto é, a extinção do contrato antes do prazo por razões de interesse público. A encampação passou a depender de dois requisitos de difícil realização: a autorização prévia, caso a caso, do Poder Legislativo, e o pagamento também prévio de indenização ao concessionário. Com isso, afastou o risco do puro e simples confisco dos investimentos do concessionário.

Os desafios jurídicos mais interessantes dos últimos anos envolvem a celebração e gestão de negócios público-privados

Ao lado da Lei de Concessão, temos no Brasil um número grande de leis setoriais editadas no âmbito federal, em telecomunicações, energia elétrica, petróleo, portos, saneamento, etc., todas prevendo negócios público-privados, com nomes variados: *concessões*, *arrendamentos*, *contratos de partilha*, ou mesmo *autorizações*. Várias dessas leis utilizam a Lei de Concessão como norma subsidiária de seus contratos; é o caso de energia elétrica e aeroportos, por exemplo. Outras têm seus próprios modelos de contrato, como no setor petrolífero e em telecomunicações. Mas, em termos gerais, há nessa legislação a orientação comum de buscar o equilíbrio entre os valores públicos e os interesses dos investidores e de obter relações jurídicas estáveis e seguras.

Quase uma década após a Lei de Concessão, que dispõe sobre a *concessão comum*, surgiu mais uma lei, que chamamos de Lei de Parceria Pú-

A Lei de Concessão tem sido capaz tanto de gerar importantes projetos de parceria entre o Estado e o setor empresarial

blico-Privada¹ (PPP). A Lei de PPP criou dois novos tipos de concessão: a *concessão patrocinada* e a *concessão administrativa*. É uma espécie de lei de complementação à Lei de Concessão, pois o regime das concessões patrocinada e administrativa é, em boa parte, o mesmo da concessão comum.

Concessão administrativa é aquela em que todas as parcelas do preço devido ao concessionário serão pagas por um ente estatal, não por usuários pulverizados. Um exemplo seria a concessão administrativa para a empresa investir, construir e operar hospital público. Como na saúde pública os usuários não pagam pelos serviços, toda a remuneração do concessionário tem de vir do Estado.

Além da concessão administrativa, a Lei de PPP prevê a concessão patrocinada, que é aquela em que o concessionário é remunerado por um misto de tarifa cobrada dos usuários e de preço pago pelo Estado. É instrumento útil para empreendimentos rodoviários novos, por exemplo, em que, nos primeiros anos, a receita de tarifa seja insuficiente para pagar o concessionário. Aí o contrato prevê uma complementação pelo Estado. Como dito, há um misto de recebimento de tarifa de usuários com pagamentos feitos por entes estatais.

O que há de semelhante entre essas novas concessões PPP (administrativas ou patrocinadas) e as antigas concessões (comuns) de serviço público é que, em todas elas, o concessionário faz inves-

timentos iniciais para implantar um serviço ou infraestrutura, os quais serão amortizados a seguir, no curso de um prazo longo, sendo a remuneração uma contrapartida pelas utilidades que o serviço ou infraestrutura propiciam. O regime jurídico comum a todos esses contratos, tem a ver com a necessidade de assegurar segurança ao investidor no decorrer de um período dilatado; do contrário, ele não faria investimento algum.

Nas concessões PPP, como os pagamentos vêm diretamente de entes estatais, é preciso muita prudência na decisão de contratar, pois os negócios vão onerar o orçamento público de muitos anos futuros. Assim, a lei brasileira de PPP tem regras fortes para limitar e controlar esse endividamento, em nome da responsabilidade fiscal. A sobredita norma foi prudente, restritiva, impedindo que ocorresse a disseminação muito ampla ou rápida dessas contratações, que poderia colocar em risco o equilíbrio orçamentário, que tem sido prioridade nacional nos últimos vinte anos.

AValiação POSITIVA

E o que se pode dizer da aplicação concreta do sistema nesses cerca de vinte anos? A avaliação é positiva. Novos empreendimentos vêm surgindo regularmente e não tem havido crises graves em seu funcionamento.

Com base direta na Lei de Concessão, os mais importantes Estados da federação – especialmente São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul – implantaram grandes programas de concessão de suas estradas, melhorando bastante suas malhas rodoviárias. Mas, como é natural, na execução dos contratos surgiram conflitos envolvendo o concessionário. Por vezes, conflitos com os usuários, insatisfeitos com a obrigação de pagar tarifas (pedágios). Outras vezes, conflitos com o concedente, que se recusava a cumprir o ajustado (reduzindo unilateralmente o pedágio, por exemplo).

1 Lei Federal nº 11.079, de 2004.

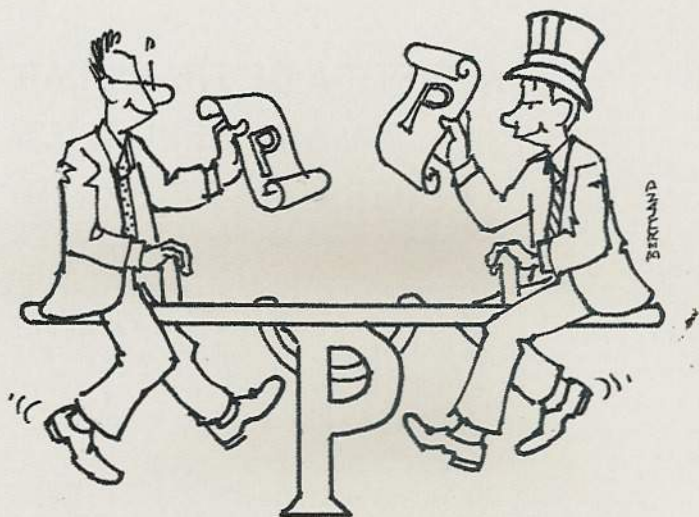
Muitas ações judiciais foram propostas e, no geral, a Justiça optou pela segurança, mantendo a relação nos termos previstos no contrato.²

A constatação, portanto, é que a Lei de Concessão tem sido capaz tanto de gerar importantes projetos de parceria entre o Estado e o setor empresarial, como de oferecer segurança jurídica, para sua continuidade no longo prazo.

A aplicação da Lei de PPP vem evoluindo positivamente, ano a ano. No caso brasileiro, já temos boas experiências nos Estados, como a da Linha 4 do Metrô de São Paulo. Houve muita crítica e desconfiança, inclusive no meio jurídico, quando da edição da lei. Todavia, esses anos de aplicação vêm mostrando que se trata de instrumento importante e consistente, que pode ajudar a administração pública a se capacitar para atender às suas inúmeras obrigações.

Além das características intrínsecas à legislação, um elemento institucional tem contado no Brasil para o sucesso do programa de negócios público-privados. É o fato de terem sido instituídas agências reguladoras para celebrar ou administrar esses ajustes. No nível federal, essas agências são separadas por setores: telecomunicações, energia elétrica, petróleo, portos, aviação civil, transportes terrestres, etc. No nível dos Estados, a tendência tem sido a criação de agências multissetoriais. Embora haja certa heterogeneidade entre as várias agências, seja no âmbito federal como dos Estados, elas trouxeram mais profissionalismo à análise de questões contratuais e regulatórias e, em muitos casos, conseguem atuar com razoável autonomia, estando seus dirigentes protegidos por exercerem mandatos com prazo certo.

Além disso, na tomada de decisões, as agências reguladoras foram obrigadas, por suas leis de cria-



ção, a realizar processos administrativos (consultas públicas para edição de regulamentos, processos sancionadores, processos públicos para revisão de tarifas, etc.). Nesse trabalho, elas obedecem as Leis de Processo Administrativo, que foram surgindo contemporaneamente à criação das agências. A Lei de Processo Administrativo do Estado de São Paulo é de 1998 (Lei Estadual nº 10.177) e se aplica às entidades desse Estado, inclusive às suas agências reguladoras. A Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784), que tem de ser observada pelas várias agências da Administração Federal, é de 1999. O conjunto dessas normas, federais e estaduais, forma uma legislação consistente, que incorporou e consolidou a tradição do direito administrativo, que já vinha se desenvolvendo regularmente no Brasil há décadas, em temas como a exigência de motivação de atos administrativos, o direito à defesa administrativa ampla e prévia para acusados de infração, o recurso administrativo, a estabilização de atos administrativos pela passagem do tempo, impedindo sua invalidação, etc.

O Brasil conta com legislação e prática jurídica já maduras quanto aos negócios público-privados. Com isso, esses negócios têm se constituído em alternativa relevante e efetiva para a ampliação dos investimentos, que é um desafio crucial do desenvolvimento econômico e social do País. ■

2 Como exemplo, veja-se TJSP, 11ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 9071957-93.2009.8.26.0000, rel. Des. Oscild de Lima Jr., j. 14.5.12; e TRF-4, 4ª Turma, Apelação 0010436-16.2003.404.7000/PR, rel. Des. Valdemar Capeletti, j. 3.2.2010.