

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar, através da exposição dos argumentos da doutrina, os pontos de incompatibilidade da Lei nº 11.079/04 com o ordenamento jurídico nacional, com foco especial na Constituição da República. Para tanto, será promovido um embate entre os argumentos da doutrina acerca da adequação legal, ou, mais precisamente, a constitucionalidade das previsões da Lei nº 11.079/04 quanto à vinculação de receitas públicas, à instituição ou utilização de fundos especiais garantidores das Parcerias, à instituição da arbitragem na resolução dos conflitos no âmbito das parcerias e à transferência do controle da sociedade de propósito específico para seus financiadores.

PALAVRAS-CHAVE: Parcerias público-privadas. Adequação. Legislação.

QUESTÕES CONTROVERTIDAS NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Administração Pública, apesar de ser responsável por inúmeras obrigações, entre as quais o gerenciamento do patrimônio público, vem a cada dia assumindo a titularidade de novas e diversificadas atividades. Esse aumento constante na quantidade de obrigações atribuídas à Administração Pública exige dela uma complexa capacidade gerencial, da qual ela atualmente não dispõe.

Na mesma esteira, pode ser percebida a redução da capacidade de investimentos do Estado, derivada, entre outros fatores, das frequentes¹ crises econômicas, sintomas da economia globalizada, aliadas ao desequilíbrio das contas públicas. Em meio a este contexto, a Administração viu-se forçada a ceder espaço à iniciativa privada. Com a cessão de parte significativa das atividades antes sob sua responsabilidade, a Administração Pública pretende desonerar os cofres públicos e qualificar a prestação desses serviços à população.

Com o objetivo de buscar soluções para a saturação da capacidade gerencial do Estado, através da delegação de atividades relacionadas à satisfação de interesses públicos, foram concebidas as Parcerias Público-Privadas. Esse instituto constitui-se num meio para promover a união de esforços entre o Poder Público e a iniciativa privada. Com essa comunhão de forças, o Estado passa da atual posição de mero executor de obras e serviços, passando a assumir o papel de fiscal da aplicação dos recursos dos contribuintes, enquanto os serviços são prestados com maior eficiência e menor custo pela iniciativa privada.

Atualmente, Parcerias Público-Privadas estão em franco processo de sedimentação no âmbito da administração pública nacional. Tal processo se dá na medida em que o instituto disciplinado pela Lei nº 11.079/04 ultrapassa o universo

¹ Neste artigo, estão sendo adotadas as regras do novo Acordo Ortográfico.

da ficção legal. Nesse momento, as PPPs deixam de ser uma mera previsão legal e passam a um estágio de implementação prática.

É no atual estágio de transição que as parcerias assumem uma dimensão palpável, ficando mais evidentes as significativas mudanças que a nova lei trouxe para as contratações administrativas.

Assim, dada a importância do tema, cabe analisar-se, através de um enfoque constitucional, a adequação da lei das PPPs à ordem jurídica interna brasileira. Devido à extensão e complexidade, procurou-se delimitar a análise dos pontos nevrálgicos, destacados pela doutrina, atinentes à (in)compatibilidade de determinados aspectos da Lei nº 11.079/04 com a legislação interna do país.

Entre os principais pontos controversos assinalados pela doutrina figuram a vinculação de receitas públicas, a instituição ou utilização de fundos especiais garantidores das Parcerias, a instituição da arbitragem na resolução dos conflitos no âmbito das parcerias e a transferência do controle da sociedade de propósito específico para seus financiadores.

Vinculação de receita

De início, faz-se necessário delimitar o sentido pretendido pelo legislador quando da aplicação da expressão “vinculação de receita”, dentro do contexto da Lei nº 11.079/04. Para tal mister, cabe registrar as impressões da doutrina quando da análise do dispositivo sob a luz da Constituição Federal.

O art. 8º, inciso I da Lei nº 11.079/04², traz em seu texto a referência quanto à necessária observância ao art. 167, inciso IV da Constituição Federal de 1988³. A

² Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

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 que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

³ Art. 167. São vedados:

doutrina se divide acerca da interpretação dada pelo artigo da lei das PPPs ao texto constitucional.

Segundo Kiyoshi Harada, a referência ao art. 167, inciso IV da Constituição Federal teria sido indevida, pois a intenção do legislador constitucional ao vedar a vinculação de receita reside em manter o equilíbrio interno das contas públicas. Sobre o tema, ensina o autor:

O sentido de preservar o equilíbrio entre o montante do empréstimo público (dívida pública) e o valor da receita antecipada, evitando-se assim situações de desequilíbrio orçamentário. Por isso a entidade política mutuante é obrigada a manter, permanentemente, na lei orçamentária anual dotação específica para garantia do pagamento da dívida, enquanto esta perdurar (Kiyoshi Harada, 2004, p. 204).

No mesmo sentido aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar que o referido artigo da Constituição da República não pretende oferecer garantias aos credores, conforme previsto no Direito Privado, mas está dirigido tão somente para a disciplina da relação entre os Estados e Municípios para com a União, quando esta relação envolver algum débito entre estes entes. O mesmo autor conclui asseverando que a “receita pública jamais pode ser vinculada à garantia de créditos de particular, sob pena de escandalosa inconstitucionalidade” (Mello, 2007, p. 774).

Na mesma linha, Ferreira (2006) cita o art. 40 da Lei nº 4.320/64⁴ e refere não haver sentido constitucional em prever a vinculação de receita como garantia para o parceiro privado, em virtude das obrigações pecuniárias das pessoas públicas. Em suas palavras:

Primeiramente porque a possibilidade de vinculação da receita de impostos para a prestação de garantia nas operações de crédito por antecipação de receita orçamentária (ARO'S) tem caráter excepcional, vale dizer, é operação que apenas se admite entre as próprias pessoas públicas: União, Estados e

[...]

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

[...]

⁴ Art. 40. São créditos adicionais, as autorizações de despesa não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento.

Municípios, e unicamente em razão de operações de crédito previstas no art. 40 da lei nº 4.320/64 (Ferreira, 2006, p. 174).

O mesmo autor aprofunda suas razões, sustentando sua explanação no art. 40 da Lei Complementar nº 101/00⁵, pois entende que a lei de responsabilidade fiscal reforça a idéia de que a vinculação de receita pode ser utilizada apenas entre as próprias pessoas de direito público. Apresentando suas razões, afirma que:

[...] porque (i) se trata de pessoas políticas que funcionam como garantidoras umas das outras nas operações de crédito interno ou externo, e (ii) como arrecadam tributos em que os demais têm participação, ou (iii) devem realizar transferências constitucionais em favor dos garantidos, então podem reter o produto desses tributos ou dessas transferências para saldar a dívida garantida (Ferreira, 2006, p. 175).

Assim, conforme se depreende do exposto acima, a vinculação de receita é legitimada apenas quando se tratar de operação de crédito da União para com os

⁵ Art. 40. Os entes poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, observados o disposto neste artigo, as normas do art. 32 e, no caso da União, também os limites e as condições estabelecidos pelo Senado Federal.

§ 1º A garantia estará condicionada ao oferecimento de contragarantia, em valor igual ou superior ao da garantia a ser concedida, e à adimplência da entidade que a pleitear relativamente a suas obrigações junto ao garantidor e às entidades por este controladas, observado o seguinte:

I - não será exigida contragarantia de órgãos e entidades do próprio ente;

II - a contragarantia exigida pela União a Estado ou Município, ou pelos Estados aos Municípios, poderá consistir na vinculação de receitas tributárias diretamente arrecadadas e provenientes de transferências constitucionais, com outorga de poderes ao garantidor para retê-las e empregar o respectivo valor na liquidação da dívida vendda.

§ 2º No caso de operação de crédito junto a organismo financeiro internacional, ou a instituição federal de crédito e fomento para o repasse de recursos externos, a União só prestará garantia a ente que atenda, além do disposto no § 1o, as exigências legais para o recebimento de transferências voluntárias.

§ 3º (VETADO)

§ 4º (VETADO)

§ 5º É nula a garantia concedida acima dos limites fixados pelo Senado Federal.

§ 6º É vedado às entidades da administração indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias, conceder garantia, ainda que com recursos de fundos.

§ 7º O disposto no § 6º não se aplica à concessão de garantia por:

I - empresa controlada a subsidiária ou controlada sua, nem à prestação de contragarantia nas mesmas condições;

II - instituição financeira a empresa nacional, nos termos da lei.

§ 8º Excetua-se do disposto neste artigo a garantia prestada:

I - por instituições financeiras estatais, que se submeterão às normas aplicáveis às instituições financeiras privadas, de acordo com a legislação pertinente;

II - pela União, na forma de lei federal, a empresas de natureza financeira por ela controladas, direta e indiretamente, quanto às operações de seguro de crédito à exportação.

§ 9º Quando honrarem dívida de outro ente, em razão de garantia prestada, a União e os Estados poderão condicionar as transferências constitucionais ao ressarcimento daquele pagamento.

§ 10º O ente da Federação cuja dívida tiver sido honrada pela União ou por Estado, em decorrência de garantia prestada em operação de crédito, terá suspenso o acesso a novos créditos ou financiamentos até a total liquidação da mencionada dívida.

Estados, Municípios e o Distrito Federal. Tal garantia não é admitida para contratos realizados entre a Administração Pública e a iniciativa privada.

Por outro lado, os que discordam desta opinião afirmam que não se admite vincular, salvo nas hipóteses expressamente previstas na constituição, tão somente as receitas oriundas de impostos e, desta forma, esta restrição não se aplicaria às demais receitas, como é o caso das relacionadas às Parcerias Público-Privadas.

Essa corrente doutrinária, da qual Ribeiro e Prado (2007) fazem parte, destaca que a referência feita ao art. 167, inciso IV da Constituição Federal e no artigo 8º da Lei nº 11.079/04, é uma demonstração clara da vontade do legislador em atender aos ditames da Carta Magna, já que no referido artigo da Constituição estariam expressas as receitas que não poderiam ser objeto de vinculação. Logo, todas as demais receitas poderiam ser oferecidas em garantia, excetuando-se as que já tivessem destinação legal, como, por exemplo, as taxas e contribuições de melhoria.

Ademais, alertam Ribeiro e Prado (2007) para a necessária diferenciação entre os conceitos de garantia no âmbito do Direito Privado e no Direito Público, especificamente nas PPPs.

No Direito Privado a garantia é tida como um contrato ou obrigação acessória, e normalmente se dá através de formas como a fiança, o aval, o penhor, a caução, entre outros. Deste modo, havendo inadimplemento da obrigação principal, a garantia é acionada para satisfazer o crédito devido.

Para os mesmo autores, no Direito Público a garantia através da vinculação de receita assume outra forma:

Neste caso, o adimplemento se dá pela própria receita vinculada arrecadada. Se não houver esse pagamento, não há uma garantia – no sentido civilista – a ser acionada. Não terá o credor qualquer bem disponível para a penhora, e tampouco poderá iniciar qualquer procedimento de execução. Deverá, antes, buscar uma sentença judicial ou laudo arbitral que possa se executado. Além disso, deve restar clara a inviabilidade da proposta de garantia real por entes da Federação. Por serem inalienáveis (salvo os dominicais) e impenhoráveis os bens públicos, as rendas públicas dos entes federativos também não podem ser objeto de garantia real, a menos que se entenda não comporem as “rendas públicas” o gênero “bens públicos” – o que não cogitamos.

Desta forma, o parceiro privado terá direito de impedir, em caso de inadimplência do parceiro público, que uma determinada receita, caso realizada, seja utilizada para pagamento de outra obrigação que não seja o contrato de PPP. Além disso, “na garantia por meio de vinculação de receitas, inevitavelmente, sujeitar-se-á o parceiro privado ao pagamento por meio de precatórios, se tiver que executar seu crédito” (Ribeiro e Prado, 2007, p. 221).

Através da consistente argumentação apresentada, pode-se estimar o grau de complexidade que envolve a discussão acerca da constitucionalidade da vinculação de receitas prevista do art. 8º inciso I da Lei das Parcerias Público-Privadas. Porém, ainda no mesmo art. 8º, mas em seu inciso II, surge outro ponto de acirrado debate: a adequação constitucional da instituição ou utilização de fundos especiais para garantir as Parcerias. É, pois, o próximo ponto de análise.

Instituição de fundos especiais

Conforme demonstrado anteriormente, quando da análise do aspecto constitucional da vinculação das receitas, constata-se a grande divergência de opiniões existente entre os membros da doutrina especializada. Em primeira análise, percebe-se que o debate doutrinário é amplo, demandando, assim, alguns conhecimentos básicos para a sua plena compreensão.

Para o entendimento das nuances que envolvem as divergências de opiniões surgidas na doutrina a respeito da instituição ou utilização dos fundos especiais, é importante delimitar o conceito e a natureza dos referidos fundos previstos na Lei das PPPs. Em verdade, a discussão doutrinária acerca da constitucionalidade do art. 8º, inciso II da Lei nº 11.079/04, engloba, aparentemente, alguns pontos em comum. Todavia, antes da análise das possíveis inconstitucionalidades, cabe tecer alguns comentários sobre o que prevê a legislação vigente sobre os fundos especiais.

Os fundos ora analisados estão originalmente previstos no art. 71 da Lei nº 4.320/64⁶ e no art. 71 do Decreto nº 93.872/86⁷. Esses diplomas legais definem o conceito, como são criados e como devem ser utilizados os fundos especiais. A lei das Parcerias Público-Privadas, por sua vez, utiliza-se desta normatização para disciplinar o oferecimento de garantias aos parceiros privados através destes fundos.

Entretanto, conforme refere Ferreira (2006), a lei das PPPs divide os fundos em duas espécies: os fundos especiais previstos no art. 8º, inciso II, e os fundos garantidores gerais, previstos no inciso V do mesmo artigo.

Quanto aos fundos especiais, estes têm a finalidade de garantir a contraprestação, em caso de inadimplemento de contrato de parceria. O Fundo Especial recebe esta denominação pelo fato de ser especialmente concebido e utilizado para garantir projetos específicos e determinados.

Ademais, os fundos especiais, previstos no art. 71 da Lei nº 4.320/64 são destituídos de personalidade jurídica, “uma vez tratar-se de montante ou soma de recursos, que, por força da lei, vinculam-se a determinado fim observado o art. 167, IV da Constituição da República Federativa do Brasil” (Niebhur, 2006, p. 142).

Por outro lado, o Fundo Garantidor de Parceria previsto no art. 8º, inciso V, e regulado pelos artigos 16 a 21, todos da Lei nº 11.079/04, segundo o mesmo autor, é instituído pela União para garantir as parcerias público-privadas de forma geral. Sobre o tema, tem-se definição esclarecedora através da leitura dos fragmentos de texto abaixo:

[...] conclui-se que o Fundo Garantidor de Parcerias não é um ente da Administração Pública federal, não tem estrutura ou forma societária. Seu patrimônio deve ser constituído por bens e direitos transferidos pelos participantes, por meio de integralização de cotas e rendimentos decorrentes da aplicação de seus recursos. A instituição financeira que cuidará da administração e representação do Fundo delibera sobre a gestão e alimentação dos bens e direitos do Fundo, visando a manutenção de sua rentabilidade e liquidez (Zimler; Almeida, 2005, p. 264).

⁶ Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

⁷ Art. 71. Constitui Fundo Especial de natureza contábil ou financeira, para fins deste decreto, a modalidade de gestão de parcela de recursos do Tesouro Nacional, vinculados por lei à realização de determinados objetivos de política econômica, social ou administrativa do Governo.

Em resumo, o Fundo Garantidor de Parceria pode ser definido como espécie de pessoa jurídica federal, criada para atender a fins específicos, porém enquadrada no gênero “empresa pública”, com capital inteiramente público, subscrito pela União, suas autarquias e fundações no limite previsto pelo artigo 16, *caput* da lei das Parcerias⁸ (Sundfeld, 2005).

Após tecer as principais considerações sobre a conceituação e natureza dos fundos garantidores das PPPs, passa-se à análise dos pontos de controvérsia constitucional abordados pela doutrina.

Conforme refere Celso Antônio Bandeira Mello (2005), as inconstitucionalidades mostram-se já no momento da criação do fundo, uma vez que, para funcionar, o fundo garantidor necessitaria de lei complementar para a sua instituição. Além disso, os fundos seriam constituídos de bens públicos, e esses bens não poderiam, em tese, ser alvo de apropriação forçada, devendo, em caso de dívida do parceiro público, esta ser paga através da expedição de precatórios.

Acompanhando exposição acima, Ferreira (2006) reforça a idéia de que a utilização dos fundos garantidores ofende o art. 165, § 9º da Constituição Federal⁹,

⁸ Art. 16. Ficam a União, suas autarquias e fundações públicas 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 em virtude das parcerias de que trata esta Lei.

§ 1º O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.

§ 2º O patrimônio do Fundo será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração.

§ 3º Os bens e direitos transferidos ao Fundo serão avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados.

§ 4º A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.

§ 5º O FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem.

§ 6º A integralização com bens a que se refere o § 4º deste artigo será feita independentemente de licitação, mediante prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda.

§ 7º O aporte de bens de uso especial ou de uso comum no FGP será condicionado a sua desafetação de forma individualizada.

⁹ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

[..]

§ 9º - Cabe à lei complementar.

[..]

II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

pelo fato de não ter havido a disciplina através de lei complementar das condições de instituição e de funcionamento dos Fundos Garantidores das Parcerias. O mesmo autor aborda a questão da desobediência ao artigo 100 da Constituição Federal¹⁰, referindo que:

[...] não é lícito ao Estado criar antes da sua Administração indireta, sobretudo se prestadores de serviços, para subtrair-se ao seu regime próprio, o regime de direito público, que implica também sujeição ao processo constitucional de execução previsto no art. 100 da Constituição da República” (Ferreira, 2006, p. 182).

Ademais, destaca a mesma doutrina que, através da instituição dos fundos garantidores, a Lei nº 11.079/04 estaria infringindo o art. 100 da Constituição Federal, ao privilegiar o parceiro privado quando não o submete à ordem geral de precatórios.

Por outro lado, a posição adotada pelos defensores das Parcerias rechaça as alegações de inconstitucionalidade através da interpretação dos próprios artigos contidos na Carta Magna, ao afirmar que a falta de lei complementar não deve ser tomada como obstáculo para a viabilidade da criação do fundo. Neste sentido, Ribeiro e Prado (2007) ensinam:

¹⁰ Art. 100. A exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 1º - A Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito.

§ 3º O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 4º São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.

§ 5º A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público.

§ 6º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade.

Em relação ao primeiro argumento, vale apontar que a mesma lei complementar prevista no art. 165, § 9º da CF também deverá tratar da elaboração e da administração do PPA – Plano Plurianual, da LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias e da LOA – Lei Orçamentária Anual. Todavia, embora não exista essa lei complementar, nunca ninguém ousou dizer que seriam inconstitucionais a elaboração da LDO ou a elaboração do PPA. E nem se diga que a Lei 4.320/1964 vale por essa lei complementar, visto que, embora tenha sido recebida com natureza de lei complementar, a Lei 4.320/1964 não trata de LDO ou de PPA, mas apenas da elaboração das LOA (Ribeiro e Prado, 2007, p. 235).

Os mesmos autores completam suas considerações ao afirmarem que a vedação constitucional é direcionada à instituição de fundo sem prévia autorização legal nos termos do art. 167, inciso IX da Constituição Federal¹¹. Não é vedada a instituição de fundo sem que tenha sido editada, especificamente, uma lei complementar para regular a criação e o funcionamento dos fundos reguladores de parcerias.

Ao analisar as inconstitucionalidades levantadas pela doutrina, em relação ao art. 100 da Constituição Federal, afirma Carlos Ari Sundfeld:

O oferecimento de garantia pelo FGP – que não sendo por ele honrada, levará a uma execução nos moldes privados – em nada se choca com o dispositivo no art. 100 da CF, que submete ao regime de precatórios a execução de débitos das pessoas de direito público. A execução contra o FGP será privada, porque é privada sua personalidade – e, portanto, privados são seus bens. São lícitas a desafetação e a transferência de bens do domínio público para o privado (isto é, para o patrimônio do FGP) justamente para permitir sua utilização como lastro real de garantias oferecidas, em regime privado, pelo FGP aos concessionários. Aliás, tais desafetações e transferências são justamente o que ocorre em toda criação de empresa estatal, que fica, como se sabe, sujeita ao regime privado, inclusive quanto à execução de suas dívidas (Sundfeld, 2005, p. 44).

Importante atentar ao argumento da doutrina, que reforça o fato de não estar sendo instituído um modelo de execução de débitos públicos à margem do art. 100 da Constituição Federal. Em resumo, o fato de os fundos possuírem personalidade jurídica própria torna os bens destinados ao fundo garantidor desvinculados dos entes federativos. Assim sendo, estariam fora da alçada dos precatórios, a exemplo do que ocorre atualmente em sociedades de economia mista e empresas públicas.

¹¹ Art. 167. São vedados:

[...]

IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.

Conforme referido no início do capítulo, a análise da discussão doutrinária acerca da constitucionalidade das garantias da vinculação de receita e do fundo garantidor é de extrema importância, pois através deste embate de opiniões se está buscando alcançar o melhor interesse público. Desta forma, seguindo na discussão dos pontos de conflito doutrinário, outro tópico relevante - objeto de análise a seguir - envolve a instituição da arbitragem na resolução dos conflitos surgidos durante o contrato de Parceria Público-Privada.

Instituição da arbitragem na resolução dos conflitos existentes nas PPPs

O terceiro ponto a ser analisado, como já referido, diz respeito à utilização de institutos como a arbitragem na solução de contendas surgidas no âmbito das Parcerias.

A ideia da resolução de conflitos surgidos nos contratos administrativos fora da jurisdição estatal teve uma de suas primeiras aparições no art. 23, inciso XV da Lei nº 8987/95¹², o qual trata dos contratos de concessão. No entanto, sua previsão é bastante abstrata, ao fazer menção apenas a modo amigável de solução de divergências, sem enumerar quais seriam os modos utilizados para tanto. A doutrina procurou sanar a falta de objetividade da lei ao indicar como modo de solução de conflitos a conciliação¹³, a mediação¹⁴ e a arbitragem¹⁵.

A lei das Parcerias Público-Privadas acompanhou a inovação da Lei nº 8.987/95 ao prever o emprego de mecanismos privados de resolução de conflitos em seu art. 11, inciso III da Lei nº 11.079/04¹⁶. No referido artigo, manteve-se o

¹² Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

[...]

XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

¹³ O mediador é a pessoa estranha ao conflito que apenas aproxima as partes para que estas se entendam diretamente (Cláudio Vianna de Lima *apud* Niebhur, (2008, p. 154).

¹⁴ O Conciliador é a pessoa que não só aproxima as partes, mas também negocia propondo soluções para que as partes cheguem a um acordo, contudo sem obrigação de resultado (Cláudio Vianna de Lima *apud* Niebhur, (2008, p. 154).

¹⁵ Na arbitragem, a pacificação ou solução do conflito é entregue, por livre consenso, a um ou mais árbitros de sua escolha e confiança, como alternativa imediata à solução das avenças prestada pela tutela jurisdicional (Cláudio Vianna de Lima *apud* Niebhur, (2008, p. 154).

¹⁶ 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:

[..]

caráter abstrato constatado na lei das concessões, e tal medida deu-se com o objetivo de possibilitar rápida atualização da legislação, dada a constante criação e evolução dos meios privados de resolução de disputas de natureza contratual.

Sobre o assunto, as posições da doutrina se polarizam. De um lado estão os que tratam como inconstitucional a adoção de modos privados de resolução de conflitos, de outro a parcela da doutrina que defende a utilização desses mecanismos para resolver contendas surgidas dentro dos contratos de PPPs.

A doutrina contrária à utilização de mecanismos como a arbitragem nas Parcerias Público-Privadas afirma que, por tratar-se do envolvimento de bens públicos, em função de sua indisponibilidade não caberia a instituição da arbitragem ou qualquer outro modelo equivalente que possa vir a substituir a jurisdição do poder judiciário.

Ao atacar a constitucionalidade do art. 11, inciso III da Lei nº 11.079/04, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca:

Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas *extra commercium*. Tudo que diz respeito a serviço público, portanto – condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista desse desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos -, é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório dos particulares (cf. n. 21) (Mello, 2007, p. 777).

Em suma, na visão do autor, a arbitragem nos contratos de Parceria deve ser afastada em razão do relevante interesse social envolvido nas PPPs. Além disto, como as Parcerias Público-Privadas envolvem a execução de serviço público, não seria cabível submetê-las ao juízo arbitral devido à impossibilidade de disposição do interesse público ali contido, e, ainda, sob pena de ofensa constitucional à dignidade do serviço público.

A parcela da doutrina que defende a utilização da arbitragem nos contratos de PPP admite existirem dois limites para a atuação do instituto:

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.

O primeiro seria a supremacia da Administração Pública em relação as questões regulatórias e ao poder de polícia. Como titular - e responsável, em última análise, pela prestação do serviço – cabe a Administração determinar as características do serviço, seus níveis de qualidade e de segurança. Cabe-lhe também zelar pela manutenção das condições de continuidade. Descaberia, por isso, a utilização da arbitragem em controvérsias sobre as assim chamadas “cláusulas regulamentares” do contrato (Ribeiro e Prado, 2007, p. 298).

A partir do fragmento de texto apresentado acima, depreende-se que a arbitragem não deve limitar ou restringir a ação da Administração Pública no sentido de adequar os contratos administrativos ao cumprimento do interesse público.

O segundo limite ou situação em que a doutrina desaconselha a utilização da arbitragem é quando uma das partes em litígio for o usuário do serviço. Sobre a situação citada, manifestam-se Ribeiro e Prado (2007), justificando a inviabilidade do uso da arbitragem:

A imposição da arbitragem ao usuário de serviços poderia, na prática, inviabilizar o eficaz questionamento, pelo usuário, de posições do parceiro privado. A utilização da arbitragem implica custos e capacidade de organização incompatíveis com a condição de consumidor do serviço. A suposta hipossuficiência do usuário requer que ele possa, se preferir, utilizar o Judiciário (Ribeiro e Prado, 2007, p. 291).

De acordo com os posicionamentos doutrinários apresentados, a utilização do instituto da arbitragem não seria recomendada em situações que configurem supremacia da Administração Pública, como no caso das questões regulatórias e do poder de polícia. Contudo, é importante salientar que determinadas questões regulatórias podem originar desequilíbrio financeiro na Parceria Público-Privada e, caso ocorra tal situação, a arbitragem pode ser aplicada, pois mostra-se bastante eficaz quando trata questões que envolvam negociação em busca do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A utilização da arbitragem nas parcerias é um ponto importante para o desenvolvimento das parcerias, sendo destacada por Eduardo Talamini *apud* Niebhur:

Neste sentido, no entendimento de Eduardo Talamini, a arbitragem guarda especial relevância ao contrato administrativo de parceria, justamente por atender ao pressuposto de consensualidade, de cooperação, do caráter associativo do contrato entre as partes. Os parceiros, consensualmente,

podem escolher árbitros profissionais com conhecimento técnico específico na matéria em litígio. Afora isso, respeitadas as garantias fundamentais do processo, o procedimento pode ser muito mais dinâmico e eficiente que o judicial, apto a produzir uma solução mais rápida e adequada (Niebhur, 2008, p.156).

Assim, encerra-se a análise da utilização de mecanismos privados de resolução de conflitos nas Parcerias Público-Privadas, com foco especial no instituto da arbitragem, previsto no art. 11, inciso, III da lei que regula esta modalidade de contrato administrativo. Em seguida, será analisado o quarto ponto de divergência doutrinária, o qual trata da transferência do controle da sociedade de propósito específico e sua adequação à legislação vigente sob o enfoque constitucional.

Transferência do controle da sociedade de propósito específico aos seus financiadores

O quarto ponto polêmico, objeto de discussão doutrinária, aborda a possibilidade de ocorrer a transferência do controle da Sociedade de Propósito Específico para os financiadores do projeto de Parceria.

A previsão da transferência do controle encontra-se expressa no artigo 5º, § 2º, inciso I da Lei nº 11.079/04¹⁷, sendo a adoção da medida justificada em caso de dificuldades gerenciais e financeiras da SPE. Entretanto, antes da análise da questão nuclear, ou seja, a transferência do controle da SPE são importantes alguns esclarecimentos sobre a organização da Sociedade de Propósito Específico.

Em princípio, impera salientar a definição de SPE apresentada pela doutrina. A SPE, segundo os Ribeiro e Prado (2007), é uma espécie de sociedade empresária, constituída preferencialmente sobre a forma de sociedade anônima, para a qual serão transferidos os instrumentos como os bens, a tecnologia e o

¹⁷ 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 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, 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](#);

capital humano, necessários à prestação do serviço para o qual a Parceria foi originalmente criada.

Por sua vez, no art. 9º da Lei nº 11.079/04¹⁸ estão disciplinadas as principais diretrizes relativas à Sociedade de Propósito Específico. Ao analisar o referido artigo, a doutrina destaca a intenção do legislador quando instituiu a SPE nas Parcerias Público-Privadas, nos seguintes termos:

Objetiva o legislador com a introdução desta inovação facilitar a fiscalização do parceiro público sobre o parceiro privado, além de buscar viabilizar os interesses de todos os agentes privados envolvidos na parceria, sejam eles sócios, investidores ou financiadores do empreendimento (Furtado, 2007, p. 615).

No mesmo sentido, deve-se destacar o aspecto da promoção da transparência nos contratos de Parceria. Desta forma, com a instituição de uma SPE para cada PPP, mesmo que um mesmo parceiro privado participe de mais de uma Parceria, haverá, por exemplo, a publicação de balanços específicos para cada SPE e a gestão separada do objeto da PPP dos demais negócios dos controladores, o que permite tanto aos parceiros, quanto à sociedade em geral, visualizar, com muito mais facilidade, as condições econômico-financeiras das concessionárias ao longo da duração do contrato.

Ainda com foco na transparência dos contratos, o mesmo artigo traz em seu *caput* a previsão de que a SPE deverá estar constituída antes da assinatura do contrato de gestão da PPP. Esta previsão da Lei nº 11.079/04 constitui-se em um preciosismo, pois a SPE, para se habilitar na Concorrência Pública, deverá comprovar determinados aspectos de sua capacidade econômico-financeira e

¹⁸ 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 inadimplemento de contratos de financiamento.

técnica, por ocasião da licitação, dentro dos envelopes de documentação e apresentar determinadas negativas e atestados emitidos em seu nome, os quais somente serão fornecidos após a constituição definitiva da SPE.

Encerradas as considerações preliminares, passa-se à discussão da possibilidade de transferir o controle da Sociedade de Propósito Específico para os seus financiadores.

A efetiva assunção do controle da Sociedade de Propósito Específico se configurará quando ocorrerem as condições pré-estabelecidas no edital e no contrato, com expressa autorização da Administração Pública, e nos termos dos já citados artigos 5º e 9º, da Lei das PPPs, sendo que a finalidade de tal atitude é promover a reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços aos usuários.

No entanto, a doutrina se divide quanto à constitucionalidade do inciso I, §2º do art. 5º da Lei das Parcerias. A parcela da doutrina que defende a inconstitucionalidade do art. 5º afirma que foi desobedecido o art. 37, inciso XXI da Constituição da República¹⁹. Sendo assim:

¹⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[..]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

É desenganadamente inconstitucional a possibilidade conferida à Administração pelo art. 5º, § 2º I, de autorizar a transferência do controle de tal sociedade para os financiadores da parceria sem que estes previamente demonstrem “capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço” quando o objetivo for reestruturá-la financeiramente e assegurar a continuidade da prestação do serviço. O art. 37, XXI, da Constituição, mesmo pretendendo reduzir ao máximo as exigências a serem feitas para os pretendentes a eventual travamento de contrato com a Administração, não abriu mão de “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. É claro, pois que a lei das PPPs não poderia fazê-lo (Mello, 2007, p. 778).

Como se percebe, o receio dos críticos reside principalmente na dispensa da reavaliação da capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade jurídica e fiscal dos financiadores, no momento em que estes assumirem o controle da sociedade. Neste contexto, a fim de evitar diferenciação dos financiadores das SPE frente aos demais agentes do mercado, e conseqüente ofensa ao princípio da impessoalidade contido no art. 37, *caput* da CF/88, os mesmos requisitos exigidos dos demais interessados, no momento da licitação da PPP, devem ser cobrados do Financiador no momento em que assumir o controle da SPE.

Por outro lado, os que defendem a constitucionalidade da transferência do controle da SPE sem reavaliação da capacidade técnica, jurídica e econômico-financeira do novo controlador apresentam argumentos diferentes.

Para os primeiros, liderados por Teixeira (2006), a constitucionalidade do referido parágrafo do art. 5º poderia ser mantida, desde que a espécie de intervenção dos financiadores se restringisse exclusivamente à recuperação da concessionária, e por tempo determinado.

Já a segunda corrente doutrinária, que sustenta a posição favorável à constitucionalidade, afirma que:

[...] a falta de capacidade do financiador que poderá assumir o controle da sociedade de propósito específico é minimizada, a partir do momento em que se estabelece a diferença entre a transferência do controle da concessão e da sociedade. No controle da concessão ocorre a troca da prestadora do serviço concedido. Já no controle da sociedade a contratada continua a ser a mesma pessoa jurídica sem alteração de seus atributos, sendo assim não há de se reavaliar os requisitos acima mencionados [...] (Ribeiro e Prado, 2007, p. 164).

Percebe-se, dessa forma, uma mudança de perspectiva ao analisar a mudança de comando nas SPE. Conforme entendem os referidos doutrinadores, apesar da troca de controle, a SPE permanecerá com a mesma capacidade técnica, jurídica e econômico-financeira.

Em virtude da evidente diversidade de posicionamentos e da complexidade do tema, é fundamental o estabelecimento do diálogo, pois cada discussão travada na direção da solução de conflitos é passo dado em busca de melhorias urgentes e necessárias ao desenvolvimento do país.

CONCLUSÃO

Assim, para que se possa adequar a nova Lei à estrutura legal vigente, é indispensável examinar atentamente os argumentos da doutrina acerca da adequação legal da Lei nº 11.079/04. No que tange à vinculação de receitas públicas, à instituição ou utilização de fundos especiais garantidores das Parcerias, à instituição da arbitragem na resolução dos conflitos no âmbito das parcerias, e à transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, há as seguintes considerações a fazer.

No que refere à garantia da vinculação de receita, conclui-se que esta é possível e não agride nenhum dispositivo legal, tendo em vista ocorrer previsão constitucional de restrição à vinculação de impostos; logo, todas as demais receitas são passíveis de serem vinculadas. Mantendo-se o foco na vinculação de receitas, cabe referir que não procedem as alegações feitas por parte da doutrina de que esta

espécie de garantia provocaria a frustração à ordem de precatórios, privilegiando o parceiro privado.

Com relação aos fundos garantidores das Parcerias, não há como se falar em desvio de finalidade do mecanismo de precatórios, pois sua verba não concorre com a verba pública daquele regime. Ademais, quando é transferido ao fundo, o patrimônio público perde a natureza de bem público, passando a se reger pela lógica privada. No mesmo sentido, não há determinação constitucional que obrigue a instituição dos referidos fundos exclusivamente por meio de Lei Complementar.

De outra banda, procurou-se discutir alguns aspectos legais da eleição de mecanismos privados para a solução de disputas nas Parcerias Público-Privadas, com destaque especial ao instituto da arbitragem. Conforme exposto na doutrina, não há choque entre os requisitos da arbitragem, quais sejam, disponibilidade de direitos patrimoniais e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Na verdade, a adoção da arbitragem privilegia inclusive outros princípios constitucionais relevantes, como, por exemplo, a moralidade, a economicidade e a eficiência. Entretanto, a doutrina não recomenda a arbitragem para situações que configurem supremacia da Administração Pública, como no caso das questões regulatórias e do poder de polícia, e quando uma das partes em litígio for o usuário do serviço.

Por fim, ao analisar a discussão doutrinária que envolve a assunção do controle da sociedade de propósito específico (SPE), chegou-se a algumas considerações. Em primeiro lugar, considera-se possível a transferência do controle da Sociedade aos seus financiadores. Contudo, para que isto ocorra, deverá existir previsão no edital e no contrato, e tal transferência será vinculada à expressa autorização da Administração Pública.

Entende-se, ainda, que a intervenção dos financiadores deve restringir-se exclusivamente à recuperação da concessionária e perdurará por tempo determinado, o qual será suficiente para que ocorra a reestruturação financeira da Sociedade, assegurando, assim, a continuidade da prestação dos serviços aos usuários.

Ainda com foco na transferência do controle da SPE, destaca-se a possibilidade de os financiadores assumirem, o controle da Sociedade sem que

demonstrem possuir capacidade técnica, jurídica e econômico-financeira. Tal entendimento pressupõe que, com a mudança do controle da SPE, os requisitos de capacidade jurídica, técnica e econômico-financeira da contratada não sofrerão mudanças. Isto ocorre porque a sociedade continuará a ser a mesma pessoa jurídica, sem alteração de seus atributos, ocorrendo apenas uma mudança de direção. Logo, não haveria necessidade de reavaliar os requisitos acima mencionados.

Frente a todo o exposto, chegar a um consenso, em relação às políticas públicas, e especificamente às Parcerias Público-Privadas, vem sendo uma tarefa bastante difícil. Portanto, deve ser encarada por todos os cidadãos, sejam eles operadores do direito ou não. Alias, não poderia ser de outra maneira, pois, para que se possa promover o interesse público, é indispensável a transparência nas decisões que tratem da coisa pública.

A fim de contribuir com a discussão acerca de soluções que venham a promover o bem-estar social, o presente trabalho procurou, a partir das inquietações da doutrina, promover um debate franco, no qual fossem confrontadas as opiniões acerca da adequação da Lei nº 11.079/04 à ordem jurídica brasileira, por entender que a Parceria Público-Privada representa um meio inovador e plenamente viável para que a Administração Pública promova, através da gestão eficiente do patrimônio Público, o desenvolvimento econômico e social do país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 5.411, de 6 de abril de 2005. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5411.htm>.
Acesso em: 20 de março de 2009.

CHEMIN, Beatris F. (Org.). **Guia prático da Univates para trabalhos acadêmicos**. Lajeado: Univates, 2005.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. **Parcerias Público-Privadas: aspectos constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário: artigo e pareceres**. São Paulo: J Oliveira, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEIBUHR, Pedro de Menezes. **Parcerias Público-Privadas: perspectiva constitucional brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PINTO, Antonio Luiz de. WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. CÉSPEDES, Lívia. VADE MECUM. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP – Parceria público-privada, fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parceria público-privada**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

ZIMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.