

PARECER Nº , DE 2004

Da COMISSÃO DE SERVIÇOS DE INFRA-ESTRUTURA, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 10, de 2004 (PL nº 2.546, de 2003, na Casa de origem) que *institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da administração pública.*

RELATOR: Senador **JOÃO TENÓRIO**

I – RELATÓRIO

É submetido à análise desta Comissão o Projeto de Lei da Câmara nº 10, de 2004 (PL nº 2.546, de 2003, na Casa de origem), que *institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da administração pública.*

A proposição, de autoria do Poder Executivo, foi aprovada na Câmara dos Deputados, nos termos de substitutivo elaborado no âmbito de comissão especial incumbida de analisar a matéria, e deve tramitar, sucessivamente, nesta Comissão, na de Assuntos Econômicos e na de Constituição, Justiça e Cidadania.

Na Exposição de Motivos que acompanha o projeto, é salientado, *verbis*:

3. A parceria público-privada constitui modalidade de contratação em que os entes públicos e as organizações privadas, mediante o compartilhamento de riscos e com financiamento obtido pelo setor privado, assumem a realização de serviços ou empreendimentos públicos. Tal procedimento, em pouco tempo alcançou grande sucesso em diversos países, como a Inglaterra, Irlanda, Portugal, Espanha e África do Sul, como sistema de contratação pelo Poder Público ante a falta de disponibilidade de recursos financeiros e aproveitamento da eficiência de gestão do setor privado.

4. No caso do Brasil, representa uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado.

5. As Parcerias Público-Privadas permitem um amplo leque de investimentos, suprimindo demandas desde as áreas de segurança pública, habitação, saneamento básico até as de infraestrutura viária ou elétrica. Veja-se que o Projeto de Plano Plurianual do Governo, encaminhado para vigorar no período de 2004 a 2007, estima a necessidade de investimentos na ordem de 21,7% (vinte e um vírgula sete por cento) do Produto Interno Bruto – PIB até 2007, como condição à retomada e sustentação do crescimento econômico do país, o que torna indispensável a existência de instrumentos de parcerias que possibilitem a sua concretização.

6. A proposta de Projeto de Lei foi elaborada com o objetivo de adaptar o atual marco legal de contratação (Lei nº 8.666, de 1993) e de concessão de serviços (Leis nº 8.987 e 9.074, ambas de 1995), permitindo algumas alterações que potencializem o sistema de parceria e o seu elemento de distinção: compartilhamento dos riscos e financiamento privado.

O art. 1º do projeto delimita o objeto da lei (normas gerais de licitação e contratação de parceria público-privada) e seu âmbito de aplicação (toda a administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios).

O art. 2º define o contrato de parceria público-privada, identificada ao longo do presente relatório pela sigla PPP, como “o ajuste celebrado entre a administração pública e entidades privadas, que estabeleça vínculo jurídico para implantação ou gestão, no todo ou em parte, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público, em que haja aporte de recursos pelo parceiro privado, que responderá pelo respectivo financiamento e pela execução do objeto”.

Ademais, o artigo enumera as diretrizes a serem observadas em tais contratos, quais sejam: eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional e do exercício de poder de polícia; responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; transparência dos procedimentos e das decisões; repartição dos riscos de acordo com a capacidade dos parceiros em gerenciá-los; sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas do projeto de parceria. De resto, em seus

parágrafos, o art. 2º trata da apresentação de proposta de contrato de PPP à administração pública, e dos procedimentos a serem adotados nessa hipótese.

O art. 3º determina o que pode ser objeto do contrato de PPP: a delegação, total ou parcial, da prestação ou exploração de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública; o desempenho de atividade de competência da administração pública, precedido ou não da execução de obra pública; a execução de obra para a administração pública; e, por fim, a execução de obra para sua alienação, locação ou arrendamento para a administração pública.

O art. 4º relaciona as cláusulas necessárias do contrato de PPP, referentes: ao prazo de vigência (máximo de 35 anos); às penalidades aplicáveis à administração pública e ao contratado; à extinção antecipada do contrato e conseqüente indenização, que poderá ser paga à entidade financiadora do projeto; ao compartilhamento, com a administração pública, dos ganhos econômicos decorrentes da alteração das condições de financiamento; à identificação dos gestores responsáveis pela execução do contrato e pela sua fiscalização; à forma e à periodicidade de atualização dos valores envolvidos no contrato.

O art. 5º cuida da remuneração do contratado, que se poderá dar por ordem bancária, cessão de créditos não-tributários, outorga de direitos em face da administração pública e sobre bens públicos e outros meios admitidos em lei. Outrossim, em seus parágrafos, o artigo prevê: a possibilidade de remuneração variável vinculada ao desempenho na execução do contrato (§ 1º); contraprestação adicional à tarifa, ou mesmo a responsabilidade total da administração pública pela remuneração do contratado, nas concessões e permissões de serviços públicos (§ 2º); contraprestação, como regra geral, somente após o recebimento integral do objeto (§ 3º); e a faculdade de pagamentos ao contratado antes da conclusão do objeto, nos casos em que a parcela concluída puder ser usufruída isoladamente pelo usuário do serviço público ou pela administração pública (§ 4º).

Os arts. 6º a 9º dispõem sobre as garantias de pagamento ofertadas pela administração pública, materializadas na vinculação de receitas e na utilização de fundos especiais previstos em lei específica (art. 7º). Nesse ponto, o projeto autoriza a União a integralizar, em fundos fiduciários de incentivo às parcerias público-privadas, criados por instituições financeiras públicas, recursos provenientes de dotações orçamentárias, da transferência de ativos não-financeiros e de bens móveis e imóveis, ou de outras fontes (art. 8º). Além disso, é facultado a Estados, Distrito Federal e Municípios, desde

que por meio de lei específica, criar fundos fiduciários nos mesmos moldes dos autorizados relativamente à União. E, no tocante às garantias às entidades financiadoras dos projetos, prevê-se a emissão de empenhos em seu nome e a legitimidade para receber pagamentos com recursos dos fundos fiduciários (art. 9º).

O art. 10, ao disciplinar a licitação para contratação de PPP, que deverá ser na modalidade de concorrência, precedida de audiência pública e com pré-qualificação, estabelece que o edital do certame poderá exigir: garantias de proposta e execução do contrato suficientes e compatíveis com os ônus e os riscos do contrato, não sujeitas às limitações existentes na legislação em vigor; adoção de contabilidade e demonstração financeira padronizadas por parte do contratado; arbitragem como forma de solução dos conflitos decorrentes da execução do contrato. Ademais, será condição para a celebração da avença a constituição de sociedade de propósito específico pelo vencedor, que será proprietária dos bens resultantes do investimento (§ 2º).

O art. 11 condiciona a abertura do processo licitatório a despacho fundamentado da autoridade competente, precedido de estudo técnico, bem assim: à elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro do contrato durante toda sua vigência; à previsão de fluxo de recursos suficiente para o cumprimento, a cada exercício, das obrigações da administração pública; à declaração da compatibilidade do contrato com a lei de diretrizes orçamentárias; à previsão das obrigações da administração pública na lei orçamentária; à inclusão do objeto do contrato no plano plurianual; e à expedição de licença ambiental prévia, sempre que o objeto do contrato exigir. Os parágrafos do referido artigo veiculam exigências que já constam do art. 17 da Lei Complementar nº 101, de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal.

O art. 12 fixa os procedimentos a serem observados na licitação para contratação de PPP, que seguem a seguinte ordem: recebimento e classificação das propostas técnicas; quando necessário, determinação de adequações nas propostas, com manutenção das pontuações inicialmente atribuídas; recebimento das propostas econômicas; audiência para apresentação de novas e sucessivas propostas econômicas pelos licitantes; julgamento.

O art. 13 define os critérios de julgamento da licitação, que poderão ser o de melhor proposta econômica e o de melhor combinação entre proposta técnica e proposta econômica, podendo-se levar em conta, na definição da melhor proposta econômica: o valor das tarifas a serem cobradas;

os pagamentos devidos à administração pública pelo parceiro privado; a contraprestação da administração pública; as melhorias ou benfeitorias a serem realizadas no patrimônio público; e as utilidades e benefícios a serem assegurados à população.

O art. 14 cuida da instituição, por ato do Poder Executivo, de órgão gestor colegiado, incumbido, no âmbito da administração pública federal, de fixar procedimentos para contratação de PPP, definir as atividades, obras ou serviços considerados prioritários para serem executados sob o regime de parceria e autorizar a abertura do respectivo processo licitatório. Os §§ 1º a 3º dispõem sobre a composição e organização do aludido órgão, o § 4º prevê a competência fiscalizatória dos ministérios e das agências reguladoras relativamente aos contratos de PPP, o § 5º determina o encaminhamento ao órgão gestor, pelos ministérios, de relatórios trimestrais acerca da execução dos contratos e o § 6º impõe ao órgão gestor que remeta relatórios semestrais de desempenho dos contratos ao Congresso Nacional.

O art. 15 contempla a competência do Conselho Monetário Nacional para formular as diretrizes de concessão de crédito para financiamento dos contratos de PPP.

O art. 16 prevê a aplicação subsidiária das Leis nº 8.666, de 1993, nº 8.987 e nº 9.074, de 1995, às parcerias público-privadas.

Finalmente, o art. 17 encerra o projeto com a cláusula de vigência.

Cumpre consignar que, desde que o processado nos foi distribuído, temos recebido contribuições as mais variadas, de nossos pares, de juristas, de organizações não-governamentais e dos principais setores que atuarão nas parcerias público-privadas. Nesse sentido, não poderíamos deixar de destacar as sugestões ofertadas pelos professores e eminentes juristas Drs. Toshio Mukai, Carlos Ari Sundfeld e Vera Scarpinella, pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil do Estado de São Paulo (Sinduscon/SP), pela organização não-governamental Transparência Brasil, pela Associação Brasileira das Entidades Fechadas da Previdência Complementar (ABRAPP), pela Associação Brasileira de Infra-estrutura e Indústria de Base (ABDIB).

Também não poderia ficar sem registro a audiência pública realizada nesta Comissão no dia 13 de abril passado, da qual participaram os Drs. Fernando Antonio Pimentel de Mello e Ralph Lima Terra, representantes das duas últimas associações referidas, bem assim os Drs. Paulo Safady Simão, Presidente da Confederação Brasileira da Indústria da Construção

(CBIC), Demian Fiocca, Secretário de Assuntos Internacionais do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, e Joaquim Levy, Secretário do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda.

Ao projeto foram apresentadas as seguintes emendas:

Nº	Senador	Objetivo	Justificação
1	Gerson Camata	Altera o inciso VI do art. 2º, para dispor, com respeito à sustentabilidade financeira do contrato, que ela se dará ainda que com aporte parcial de recursos pela administração pública.	Adequação ao disposto no art. 37, XXI, da CF, que garante a manutenção das condições efetivas da proposta do licitante vencedor. Nas concessões, observância do princípio da continuidade do serviço público.
2	Gerson Camata	Suprime os incisos V a VIII do art. 12, que mesclam características de leilão à concorrência para contratação de PPP.	Eliminação do risco de que, com os lances sucessivos, propostas inexecutáveis vençam a licitação, comprometendo a sustentabilidade do projeto.
3	Gerson Camata	Inclui artigo no projeto, para, alterando a Lei nº 9.986, de 2000, determinar a estabilidade dos Presidentes das Agências Reguladoras nos respectivos cargos.	Proteção das agências contra ingerências políticas, contribuindo para o aumento da confiança dos investidores, sem os quais não haverá PPP exitosa.
4	Antonio Carlos Valadares	Acrescenta ao inciso VI do art. 4º, que prevê as cláusulas necessárias do contrato de PPP, a expressão “e a previsão da manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, decorrente de alteração unilateral da Administração ou por fatos imprevistos ou imprevisíveis, não podendo, neste caso de reequilíbrio econômico-financeiro, deslocar-se o ônus para os usuários”.	Adequação ao disposto no art. 37, XXI, da CF, no tocante à manutenção das condições efetivas da proposta do vencedor, e garantia de que o usuário do serviço não arcará com o ônus decorrente das medidas dirigidas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.
5	Antonio Carlos Valadares	Acrescenta parágrafo ao art. 9º, para prever que, no caso de execução de obra pública, o inadimplemento pelo parceiro privado facultará o ingresso da entidade financiadora no projeto, diretamente ou mediante outra sociedade financiada, até a plena realização do contrato.	Garantia, com a conclusão do objeto, da realização do interesse público, aliada ao aumento da confiabilidade do projeto, por parte do ente financiador. Diminuição dos riscos do empréstimo e, por consequência, da taxa de juros dos financiamentos.
6	Antonio Carlos Valadares	Desdobra o § 2º do art. 10 em incisos, com acréscimo da previsão de auditoria externa	Proteção contra desvios, prestigiando o interesse público e conferindo maior credibilidade e segurança aos

Nº	Senador	Objetivo	Justificação
		obrigatória, no mínimo anual, na sociedade de propósito específico, sem prejuízo da fiscalização pelo Tribunal de Contas competente.	contratos, o que estimulará os entes financiadores a investir nos projetos.
7	Sérgio Guerra	Acrescenta artigo que prevê deverem os fundos especiais ter caráter regional e/ou setorial.	Forma de evitar que as regiões mais ricas do país e os setores mais atrativos tenham privilégios na distribuição dos recursos dos fundos, por oferecerem mais facilidade de retorno do capital investido.
8	César Borges	Acrescenta parágrafo ao art. 3º, excluindo a possibilidade de celebração de contratos de PPP para: a realização de obras sem atribuição ao contratado do encargo de mantê-la ou explorá-la por pelo menos 48 meses; a terceirização de mão-de-obra que seja objeto único do contrato; a prestação de serviço isolada, que não envolva conjunto de atividades; a permissão ou concessão de serviço público, quando o valor do contrato for inferior a 20 milhões de reais.	Garantia de que a nova modalidade de contratação seja restrita aos empreendimentos de grande porte, envolvendo um conjunto de atividades que requeiram longo prazo de implantação e exploração, impedindo o uso indiscriminado das PPPs em projetos que melhor se amoldam aos regimes da legislação hoje aplicável às licitações e às concessões.
9	César Borges	Inclui parágrafo no art. 3º, delimitando as áreas em que se poderia celebrar contrato de PPP: infra-estrutura, transportes, saneamento básico, energia, comunicações, recursos hídricos e irrigação, recuperação e conservação do meio ambiente, educação, saúde, assistência social e segurança pública.	Impedimento de que a definição das áreas passíveis de PPP fique totalmente a critério das administrações públicas federal, estaduais e municipais.
10	César Borges	Suprime os incisos III e IV do art. 3º, que prevêm o uso das PPPs tendo como objeto único a execução de obras para a administração pública.	Inadequação da aplicação do regime de PPP aos contratos de execução pura e simples de obra pública, algo que poderia acarretar o uso indiscriminado dessa modalidade de contrato, tendo em vista as regras do projeto serem mais flexíveis que as da Lei Geral de Licitações e preverem maiores garantias ao contratado.
11	César Borges	Modifica a redação do § 1º do art. 5º para determinar que os parâmetros da remuneração	Eliminação da possibilidade de o administrador determinar, após a licitação e discricionariamente, os

Nº	Senador	Objetivo	Justificação
		variável do parceiro privado deverão constar do edital da licitação.	parâmetros utilizados na fixação da remuneração variável recebida pelo contratado.
12	César Borges	Altera o § 2º do art. 5º, para dispor que a contraprestação a cargo da administração pública, nas PPPs envolvendo concessões de serviços públicos terá como limite o valor arrecadado pelo concessionário com a tarifa.	Impedimento de que sejam iniciados projetos de PPP altamente deficitários, cujos custos de financiamento e manutenção onerem por demais os cofres públicos.
13	César Borges	Supressão do § 4º do art. 5º do projeto, o qual dispõe sobre a contraprestação da administração pública antes da conclusão total do objeto do contrato.	Adaptação do dispositivo ao espírito que, segundo a experiência internacional, preside as PPPs: o pagamento ao parceiro privado apenas após a entrega do objeto, evitando, assim, sua utilização precária e os pagamentos antecipados.
14	César Borges	Supressão do art. 7º, que cuida das garantias ofertadas pela administração pública.	Inconstitucionalidade do artigo, ao estabelecer a vinculação de receitas, ante a vedação prevista no art. 167, IV, da Constituição.
15	César Borges	Supressão do art. 8º, que trata do fundo fiduciário para garantia das obrigações a cargo da administração pública.	Inconstitucionalidade do artigo, uma vez que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais para a instituição de fundos, a teor do art. 165, § 9º, II, da Constituição.

II – ANÁLISE

Nos termos do art. 104, I, do Regimento Interno do Senado Federal, compete a esta Comissão opinar sobre matérias pertinentes a transportes de terra, mar e ar, obras públicas em geral, minas, recursos geológicos e hídricos e serviços de telecomunicações. Como se depreende da leitura do projeto em exame, os preceitos nele contidos destinam-se a regular, em sua maior parte, a contratação de particulares pela administração pública para executar obras e serviços exatamente nas áreas que constituem o núcleo temático desta Comissão.

Não existe um conceito único do que sejam parcerias público-privadas, e seria muita pretensão acreditar que este ou aquele conceito seja

mais adequado, **em abstrato**, do que os outros. Existem, sim, experiências internacionais nessa área, que variam de país para país, algumas bem-sucedidas, outras nem tanto. O que se pode dizer, de uma maneira genérica, é que todas elas traduzem uma espécie de cooperação entre os entes privados e Poder Público, com participação daqueles em atividades tradicionalmente atribuídas a este. Por isso a observação da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, segundo a qual o vocábulo parceria designaria todas as formas de sociedade entre os setores público e privado que, constituindo uma associação de esforços, mas não uma pessoa jurídica, se destinaria à consecução de fins de interesse público (*Parcerias na Administração Pública*, p. 32). Assim, seriam consideradas parcerias público-privadas *lato sensu*, no entender da douta administrativista: a delegação da execução de serviços públicos mediante concessão ou permissão; o fomento à iniciativa privada de interesse público; a terceirização; os contratos de gestão, como instrumentos de desburocratização.

No plano internacional, estudo elaborado no âmbito da Comissão Européia (*Guidelines for Successful Public-Private Partnership*) acentua que as parcerias público-privadas podem, numa visão abrangente, assumir várias formas, enquadrando-se em um espectro que tem como extremos, de um lado, o modelo em que o Estado retém a responsabilidade final pelo financiamento, construção, operação e manutenção do objeto (*Tradicional Public Sector Procurement: Contracting*), figurando o parceiro privado apenas como executor material, e, de outro lado, o modelo em que todas essas responsabilidades são assumidas pelo parceiro privado (*Build-Own-Operate: Concession*). A maioria das parcerias se enquadra numa zona intermediária, em que os riscos e responsabilidades contratuais são compartilhados pelos parceiros públicos e privados, seguindo-se o critério de atribuição à parte que estiver mais bem preparada para administrá-los.

É interessante notar a correspondência, em linhas gerais, entre os dois extremos citados e as contratações realizadas com base na Lei nº 8.666, de 1993, e na Lei nº 8.987, de 1995, as Leis Gerais de Licitações e de Concessões. Parece-me, portanto, que, se o projeto em exame pretende regular uma nova figura contratual, as normas nele contidas devem focar as situações intermediárias, não me parecendo conveniente que a nova lei tenha uma abertura suficiente a ponto de tornar letra morta qualquer daqueles dois diplomas legais, o que ocorreria, por exemplo, caso a redação da Lei das PPPs possibilitasse que todos ou quase todos os contratos hoje regulados pelas Leis de Licitações e de Concessões pudessem escapar a esse regime e deslocar-se para o novo regime criado.

Como assinala o referido estudo da Comissão Europeia, mais do que simples executores de obras públicas, os parceiros privados em um projeto de PPP tornam-se fornecedores de longo prazo de serviços, assumindo responsabilidades de desenho, construção, operação e até mesmo financiamento do projeto, de modo a garantir a prestação de um serviço requerido pelo setor público, que, por intermédio de seus órgãos e agências, concentra-se nas atividades de regulação, monitoramento da execução e de administração do contrato.

Entre as vantagens da adoção das parcerias público-privadas, costumam ser evocadas: a conclusão mais rápida da infra-estrutura objeto da PPP, a redução dos custos, uma melhor alocação dos riscos, a melhoria na execução e na qualidade dos serviços, a geração de receitas adicionais, entre outros aspectos.

Feitas essas observações iniciais, impende passar ao exame da proposição. Antes de tudo, cumpre registrar que o projeto visa a estabelecer normas gerais para a contratação de parcerias público-privadas, a serem seguidas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com base no inciso XXVII do art. 22 da Constituição, que atribui à União competência privativa 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 Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.*

Na análise que desenvolveremos a seguir, iremos nos ater aos pontos que estão a merecer alteração, uma vez que, numa visão geral, consideramos positivo o projeto, na medida em que se destina a preencher lacuna verificada no Direito pátrio, quanto a nova forma de contratação pública, experiência que vem sendo adotada com êxito em diversos países, em um cenário no qual a capacidade de investimentos do Estado vê-se reduzida, e as demandas da sociedade por serviços públicos e do setor produtivo por infra-estrutura são crescentes.

Art. 2º

Em primeiro lugar, é desnecessária, a nosso ver, a expressão “aporte de recursos pelo parceiro privado”, constante do art. 2º do substitutivo, eis que, em qualquer contrato, a regra já é que administração pública efetue pagamentos à vista da comprovação da execução, total ou parcial do objeto contratado, de tal sorte que o contratado tem de se valer de recursos próprios ou obtidos mediante financiamento, para execução das

obras e serviços, para só então receber os pagamentos da administração pública. Cremos que a retirada da expressão não compromete o sentido do texto, antes evita a positivação do que já nos parece óbvio.

Ademais, faz-se necessário, a nosso ver, alterar o conceito veiculado no art. 2º, para individualizá-lo em relação a outros tipos de contratação realizadas pela administração pública. Por essa razão, inserimos no dispositivo que define o contrato de parceria público-privada os prazos máximo e mínimo de cinco e trinta e cinco anos, de forma a evidenciar que essa modalidade contratual se destina a relações de longo prazo entre o Estado e o setor privado. Do contrário, qualquer contrato celebrado pela administração pública, à exceção talvez dos de compra e venda, poderia ser considerado uma PPP. Não por outro motivo a **Emenda nº 8** prevê dispositivo estabelecendo prazo mínimo de 48 meses para exploração ou manutenção da obra objeto de PPP pelo parceiro privado e de cinco anos, no caso das concessões e permissões de serviço público. A restrição que alvitramos é complementada pelas alterações no art. 3º do projeto, o qual estabelece o que pode ser objeto de parceria público-privada, comentado a seguir. Cremos que as mudanças nesses dois artigos, constantes do substitutivo, contribuirão para o estabelecimento de um correto *discrímen* entre os contratos de PPP e os demais celebrados pelo Poder Público.

Ainda com respeito ao art. 2º, consideramos importante fazer constar expressamente entre diretrizes aplicáveis aos contratos de PPP a garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, regra de estatura constitucional, reproduzida nas Leis Gerais de Licitações e Contratos (art. 65) e de Concessões (art. 9º), e que não poderia deixar de figurar na Lei das PPPs. Nessa linha, o substitutivo que apresentamos (art. 2º, VII) é consentâneo com as **Emendas nº 1 e nº 4**, cabendo apenas observar, quanto a esta última, que a proibição de que os usuários dos serviços fossem afetados, no caso de revisão dos contratos, atuaria em desfavor da coletividade como um todo, porquanto os recursos oriundos do Estado para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro são retirados da sociedade. Embora deva se evitar ao máximo atribuir o ônus da revisão ao usuário, isso se nos afigura mais justo do que atribuí-lo a toda coletividade, na qual se incluem aqueles que sequer utilizam o serviço, tendo em vista que os recursos estatais são originários da própria sociedade. Afinal, como salienta Marçal Justen Filho (Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, p. 339):

Quando o Estado delibera, por meio de lei, promover a outorga de serviço público à iniciativa privada, visa a estabelecer um sistema em que o usuário arque com o custo do serviço fruído (ou, mesmo, colocado à sua disposição). Se o próprio Estado intervier para

subsidiar o serviço público, destrói-se essa sistemática. (...) Haverá transferência dos encargos relacionados com o serviço para o universo geral dos cidadãos.

Daí por que o fornecimento de subsídios estatais no caso das concessões deve ser examinado com muito cuidado. Apenas nos casos em que, já de antemão, se sabe que o serviço não é auto-sustentável com as tarifas, é que se poderá cogitar de contraprestação da administração pública, o que nos parece ser precisamente o caso do art. 5º, § 2º, do projeto em comento. Afinal, numa concessão pura, por definição, o particular deve explorar o serviço público por sua conta e risco, remunerado por tarifa, sem receber qualquer remuneração do poder concedente.

Houvemos por bem, outrossim, deslocar as normas contidas nos parágrafos do art. 2º do projeto para artigo integrante do Capítulo referente à licitação (art. 9º do substitutivo). Com efeito, o art. 2º não parece ser o *locus* adequado para conter aquelas regras, referentes à apresentação à administração pública de proposta de contrato de parceria.

Art. 3º

Entendemos que a redação do inciso II do artigo engendra um espectro excessivamente amplo de aplicação das PPPs, ao referir-se ao “desempenho de atividade de competência da administração pública, precedido ou não de execução de obra pública”.

Na maioria dos países que os adotam, os contratos de PPP são utilizados principalmente para a delegação de serviços públicos, nas áreas de saneamento, transportes, energia. No Reino Unido, por exemplo, mais de um terço dos contratos referem-se ao setor de transportes. Todavia, são celebrados contratos também nas áreas de educação, saúde, administração prisional, defesa, entre outros.

Não obstante isso, o citado inciso II abre a possibilidade de execução indireta de praticamente todas as atividades a cargo da administração pública. No limite, a redação permitiria, de forma inconstitucional, terceirizar misteres exclusivos do Estado, que devem ser executados por servidores titulares de cargos públicos. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado elaborado em 1995 pelo Governo de Fernando Henrique Cardoso reconhecia que atividades como a policial e diplomática devem ser desempenhadas por servidores submetidos ao regime estatutário. O projeto encaminhado pelo atual Governo, contudo, no

dispositivo comentado, dá margem à terceirização da prestação de tais serviços.

Ora, a própria Constituição Federal, quando, em seu art. 247, assegurou garantias especiais contra a perda de cargo pelo servidor público cujas atribuições constituam atividade exclusiva de Estado, deixou bastante evidente a existência de atividades que devem ser desempenhadas por agentes do próprio Estado, não podendo ser objeto de execução por particulares contratados. A lei não pode ser omissa ou pouco clara, presumindo a boa vontade do aplicador em adivinhar aquilo que ela não disse. É preciso levar em conta que a Lei das PPPs será aplicável não apenas à União, mas a todos os estados e municípios. E, convenhamos, a expressão “desempenho de atividade de competência da administração pública” pode abranger tudo.

A terceirização ofende também o art. 37, II, da Constituição Federal, como decidido pelos tribunais e sustentado pela doutrina. Nessa direção, o ensinamento da professora Di Pietro (Parcerias na administração pública, p. 167):

No âmbito da administração pública Direta e Indireta, a terceirização, como contrato de fornecimento de mão-de-obra (...), não tem guarida, nem mesmo com base na Lei nº 6.019, que disciplina o trabalho temporário, porque a Constituição, no art. 37, inciso II, exige que a investidura em cargos, empregos ou funções se dê sempre por concurso público. (...)

Tais contratos têm sido celebrados sob a forma de prestação de serviços técnicos especializados, de tal modo a assegurar uma aparência de legalidade. No entanto, não há, de fato, essa prestação de serviços por parte da empresa contratada, já que esta se limita, na realidade a fornecer mão-de-obra para o Estado; ou seja, ela contrata pessoas sem concurso público, para que prestem serviços em órgãos da Administração direta e indireta do Estado. Tais pessoas não têm qualquer vínculo com a entidade onde prestam serviços, não assumem cargos, empregos ou funções e não se submetem às normas constitucionais sobre servidores públicos. Na realidade, a terceirização, nesses casos, normalmente se enquadra nas referidas modalidades de terceirização tradicional ou com risco, porque mascara a relação de emprego que seria própria da administração pública; não protege o interesse público, mas, ao contrário, favorece o apadrinhamento político; burla a exigência constitucional de concurso público; escapa às normas constitucionais sobre servidores públicos; cobra taxas de administração incompatíveis com os custos operacionais, com os salários pagos e com os encargos especiais; não observa as regras das contratações temporárias; contrata servidores afastados de seus cargos para prestarem serviços sob outro título, ao

próprio órgão do qual está afastado e com o qual mantém vínculo de emprego público.

Bem por isso, a **Emenda nº 8** sugere, a nosso ver com razão, a inserção de parágrafo no art. 3º prevendo que não será considerado objeto de PPP a terceirização de mão-de-obra que seja objeto único do contrato.

Não é demais lembrar que a vedação de contrato de PPP que tenha por objeto o mero fornecimento de mão-de-obra consta também, a nosso ver com acerto, do art. 5º, § 2º, II, da Lei Estadual nº 10.868, de 2003, a Lei mineira de parcerias público-privadas. Ademais, a experiência internacional nessa área é a de que a prestação de serviços seja acompanhada do fornecimento de recursos materiais pelo parceiro privado, como no caso da administração prisional e de unidades hospitalares. Nesse último exemplo, modelo difundido na Inglaterra, no âmbito das *Private Finance Initiatives*, é o de que a atividade-fim continua a ser desempenhada por servidores do próprio Estado, incumbindo-se o parceiro do fornecimento da infra-estrutura, dos recursos materiais e dos recursos humanos alocados nas atividades-meio.

Com vistas a evitar o antecitado mal, havemos por bem acrescentar parágrafo ao art. 3º, vedando o uso do contrato de PPP para o puro e simples fornecimento de mão-de-obra, bem como modificamos a redação do inciso II do aludido artigo para, sem impedir a contratação de serviços, no âmbito das PPPs, vedá-la nos casos de exercício de atividade exclusiva de Estado.

Embora compartilhemos das preocupações do Senador César Borges quanto às áreas de aplicação dos contratos de PPP, manifestada na **Emenda nº 9**, a elaboração de rol exaustivo levaria a uma situação em que a inclusão de qualquer nova área que se revelasse adequada para o desenvolvimento de parcerias estaria a depender de uma nem sempre expedita mudança legislativa. O fundamental, em nosso entender, é coibir o uso das PPPs como mecanismo de o Estado demitir-se de suas obrigações. Esse foi o espírito que presidiu a inserção da norma proibitiva do uso das PPPs no âmbito das atividades exclusivas de Estado.

No tocante aos incisos III e IV do artigo, principiologicamente tendemos a concordar com as considerações do Senador César Borges, insertas na justificação da **Emenda nº 10**, quanto à preferência pela aplicação das normas da Lei Geral de Licitações aos casos de execução pura e simples de obra. Em percutiente estudo (Parcerias público-privadas do plano plurianual: proposta de um conceito, Texto para discussão nº 924, p. 22), Ricardo Pereira Soares e Carlos Álvares da Silva Campos Neto, técnicos do

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, a partir da análise das experiências de parcerias no Plano Plurianual de 2000-2003 e das considerações doutrinárias sobre a matéria, apontam como característica essencial das PPPs o direcionamento para o fornecimento de serviços públicos, com benefícios para o Estado (e para a sociedade) em complementação aos resultados financeiros. No referido trabalho, os estudiosos remetem inclusive ao entendimento do próprio Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que, ao discutir o conceito de PPP, definiu as parcerias como “uma forma de comprar serviços e não instalações” (Unidade de PPP Brasil, Parcerias Público-Privadas: o Interesse Público Encontra o Capital Privado. Brasília: agosto de 2002).

Julgamos pertinente, outrossim, trazer à colação as considerações do Dr. Carlos Ari Sundfeld, Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público, a respeito do projeto em exame, extraídas de correspondência que nos foi enviada pelo eminente jurista:

O PL, tal como está, tem o risco de levar à aplicação de seu regime a qualquer contrato feito pelo Poder Público, inclusive àqueles que tradicionalmente seguem a lei 8.666, como é o caso da execução de obra pública ou de prestação de serviços. Isto não me parece adequado. Creio ser importante uma restrição do objeto das parcerias, uma vez que elas devem ser um instrumento de uso restrito, para situações especiais, por exemplo, em que haja a transferência ao particular contratado não apenas da obrigação de execução de obra ou serviço, mas também da exploração e gestão das atividades deles decorrentes. Isto significa dizer que só devem ser objeto de parceria público-privada as obras em que o contratado assuma a obrigação de manter a infra-estrutura construída por um certo período mínimo de tempo. Quanto aos serviços, não deve ser objeto de contrato de parceria público-privada a mera terceirização de mão-de-obra, tampouco prestações isoladas, que não estejam inseridas em um conjunto de atividades a cargo do particular.

Aplicando-se o regime do PL, o beneficiário de um contrato de PPP estará em situação privilegiada se comparada com a dos beneficiários de contratos comuns da lei 8.666. O privilégio está nas garantias especiais contra a inadimplência do Poder Público que o PL propicia. Se prevalecer a amplitude do PL, haverá um sério risco de, no futuro, todos os contratos celebrados pela Administração Pública buscarem o tratamento privilegiado, o que destrói a idéia de PPP.

Ainda em direção semelhante as considerações do Dr. Luis A. Rubio, em sua exposição no Seminário Internacional Parceria Público-Privada na Prestação de Serviços de Infra-estrutura, promovido pelo BNDES

(Conceptualización y Formas de Financiamiento), acentuando a relação entre a execução da obra e sua operação e manutenção pelo parceiro privado:

Diferentemente das privatizações e concessões, nas quais o fator comercial tem um papel preponderante, os serviços públicos que se concebem mediante PPP têm uma relação direta com a obrigação que assume o Estado de provê-los à população em quantidade, qualidade e oportunidade compatíveis com as necessidades dessa mesma população, pagando ao setor privado pelos serviços que este proporcione no respectivo contrato de PPP. Entre os exemplos de PPP se podem mencionar iniciativas vinculadas à construção de escolas, serviços de saúde e obras viárias. Em todos esses casos, o governo define o projeto e o licita para que o setor privado assuma as obrigações de desenho, construção, **operação e manutenção**. O período que se incorpora normalmente nesses contratos é superior a vinte anos.

Não é demais citar aqui a experiência legislativa portuguesa, consubstanciada no Decreto-lei nº 86, de 2003, que, em seu art. 2º, ao delinear os contornos legais dos contratos de parceria público-privada, acentua o caráter duradouro da contratação e exclui expressamente de seu âmbito de aplicação as empreitadas de obras públicas, os arrendamentos, todas as parcerias que envolvam encargo acumulado inferior a 10 milhões de euros ou investimento inferior a 25 milhões de euros, bem como todos os outros contratos de fornecimento de bens ou de prestação de serviços, com prazo de duração igual ou inferior a três anos, que não envolvam a assunção automática de obrigações para o parceiro público no termo do contrato.

Em que pesem todos os argumentos aqui lançados, tendo em vista as negociações mantidas com os representantes do Poder Executivo, e até mesmo para viabilizar a aprovação consensual do substitutivo, atendendo a pleito que nos foi apresentado pelos representantes do Poder Executivo, os quais sustentam que, em algumas hipóteses, poder-se-ia justificar-se a adoção do modelo de PPP para os contratos de execução de obra, havemos por bem manter os incisos III e IV, mas prevendo valor mínimo para a contratação, com vistas a evitar que as PPPs se tornem lugar comum e façam da Lei Geral de Licitações letra morta.

Com efeito, a adoção do modelo de parceria público-privada na execução pura e simples de obra para a administração pública, nos termos do projeto, abriria a possibilidade de se afastar dos contratos de obra pública, de uma maneira generalizada, o regime da Lei nº 8.666, de 1993, o que não nos parece razoável. Esse diagnóstico ainda é mais preocupante quando notamos que o projeto sequer fixou limites financeiros ou temporais mínimos para a

classificação de um contrato como de PPP. Nesse ponto, também entendemos pertinentes as preocupações manifestadas pelo Sinduscon/SP, que propugna a supressão dos mencionados incisos, mas cremos que a fixação de um limite financeiro mínimo, somada ao limite temporal que introduzimos no art. 2º, presta-se a afastar a banalização do uso das PPPs em contratos de execução de obra pública. Em face disso, modificamos a redação dos citados incisos, para estabelecer que só será considerado PPP o contrato de execução de obra, seja para sua locação, seja para seu arrendamento à administração pública, quando o valor do empreendimento exceder a R\$ 10.000.000,00.

O parágrafo único do art. 3º faculta a utilização individual ou conjunta das modalidades de contrato previstas no projeto, com outras previstas na legislação em vigor. Ocorre que o projeto não prevê várias modalidades de contrato, apenas regula aquela que pretende introduzir no direito pátrio: a parceria público-privada. Para resolver esse lapso redacional, promovemos alteração no dispositivo, para prever que os contratos de PPP poderão ser utilizados individual, conjunta ou concomitantemente com outras modalidades contratuais previstas em lei, em um mesmo empreendimento, podendo submeter-se a um ou mais processos de licitação.

Art. 4º

Como primeira alteração, no inciso I do art. 4º, retiramos a previsão do prazo de vigência máximo de 35 anos, que fizemos constar da própria definição do contrato, contida no art. 2º do projeto, já que, a nosso ver, essa é uma das principais características do contrato de PPP, que o diferencia dos contratos comuns regidos pela Lei nº 8.666, de 1993.

No inciso III, para aumentar a segurança dos contratos, inserimos condição para sua rescisão unilateral por parte do parceiro público, sem que o parceiro privado tenha dado causa: pagamento prévio da indenização em moeda corrente, exigindo ainda, no caso das concessões e permissões de serviço público, lei autorizativa específica, de iniciativa do Poder Executivo.

Eliminamos, por considerar impertinente, a regra do inciso IV do artigo. Demais disso, acrescentamos inciso dispondo que o contrato deve prever a periodicidade e os mecanismos da revisão para a manutenção do inicial equilíbrio econômico-financeiro e para a preservação da atualidade da prestação dos serviços objeto da parceria.

O § 2º do artigo, que cuida da propriedade dos bens resultantes da implementação do projeto de parceria, foi transformado em inciso no substitutivo (VII), e explicitada a figura da reversão, inclusive com a previsão

de que o contratado seja indenizado das parcelas de investimentos vinculados a esses bens, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço. Também essa modificação se destina a dar maior segurança ao contrato.

Além disso, incluímos outro parágrafo ao artigo que cuida das cláusulas contratuais, prevendo a desnecessidade de homologação, pelo Poder Público, dos reajustes que forem regulados por disposições contratuais de atualização automática de valores, baseadas em índices e fórmulas matemáticas. Da doutrina, colhemos manifestações favoráveis a esse tipo de solução (cf.: AZEVEDO, Eurico de Andrade. ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei. Concessão de serviços públicos. p. 94).

Art. 5º

As mudanças promovidas nas normas do art. 5º se deram mediante o desmembramento do artigo em dois, com acréscimo de novas regras. O novo art. 5º mantém as previsões do *caput*, dos incisos e dos §§ 1º e 2º do art. 5º original.

Não podemos deixar de registrar aqui um equívoco conceitual do projeto, em seu art. 5º, § 2º. Concessão de serviços públicos na qual o Poder Público arca com a integralidade da remuneração do contratado não é, em verdade, concessão. Ou, para usar a dicção do Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, “as distinções assentam-se na natureza das coisas e não no rótulo” (RE nº 172.816). A concessão presume a remuneração do contratado por meio de tarifa. A própria Constituição Federal, em seu art. 175, parágrafo único, III, prevê, como um dos aspectos essenciais da concessão de serviços públicos, a política tarifária. A letra da lei não é capaz de modificar a natureza das coisas. Por isso, resolvemos excluir a parte final do dispositivo. Convém aduzir, de resto, que nada impede, em não sendo viável a cobrança de tarifa, resolva o Poder Público assumir a responsabilidade pela prestação do serviço, transferindo apenas a execução material do objeto ao particular, em contrato de prestação de serviços, o que se encontra perfeitamente autorizado pelo inciso II do art. 3º do projeto. A esse respeito, leia-se o escólio de Marçal Justen Filho (Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, p. 104), ao discorrer sobre os contratos de prestação de serviços de coleta de lixo:

A hipótese de transferência integral dos encargos para o poder concedente conduz a questão a uma modalidade de contrato de gestão. Isso não significa reconhecer a vedação constitucional à sua adoção, mas afirmar a recondução da hipótese a outra figura, que não a

concessão. Os pressupostos para instituição de contratação com essa configuração devem ser examinados com muito maior rigor e minúcia do que se passa a propósito da concessão.

Por esse motivo, acrescentamos a expressão “por parte delimitada do período de vigência do contrato” ao § 2º do art. 5º, para deixar patente que a remuneração do contratado não se poderá dar exclusivamente por contraprestação da administração pública, por todo o período de vigência do contrato.

O novo art. 6º veicula as normas dos §§ 3º e 4º do art. 5º original. Outrossim, no parágrafo único do novo art. 6º (§ 4º do art. 5º original), resolvemos deixar patente que o contrato deverá prever as condições adequadas de fruição isolada da parcela concluída do objeto, como condição para que as contraprestações da administração pública possam ser efetuadas antes da conclusão de todo o objeto do contrato. Por fim, pelo seu escopo moralizador, acolhemos a **Emenda nº 11**, do Senador César Borges, que promove alterações no § 1º do art. 5º, para deixar claro que os parâmetros norteadores da remuneração variável do parceiro privado deverão ser objeto de previsão expressa no edital.

Arts. 6º a 9º

Os artigos referentes às garantias ofertadas pela administração pública para o cumprimento de suas obrigações contratuais foram reformulados e condensados, nos termos a seguir expostos, tendo sido reunidos em novo capítulo (Capítulo III – Das garantias).

Quanto à vinculação de receitas aludida no art. 7º do projeto, incluímos no mesmo artigo do substitutivo ressalva apontando para a vedação constitucional de sua aplicação no caso da receita proveniente de impostos (art. 167, IV, da Lei Maior). cremos que tal solução, além de atender, na substância, os propósitos da **Emenda nº 14**, que aponta inconstitucionalidade no artigo, evita a medida mais drástica nela sugerida, qual seja, a total supressão do dispositivo. Adicionamos também a previsão, como forma de garantia, da possibilidade de contratação de seguro por parte do parceiro público, atendendo a sugestão dos setores empresariais de infra-estrutura.

No concernente à instituição dos fundos de incentivo às parcerias público-privadas, o projeto se afigura, a nosso ver, formalmente inconstitucional, na parte em que fixa condições para a criação de fundos

pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, uma vez que, a teor do art. 165, § 9º, II, da Constituição Federal, o estabelecimento de condições para instituição e funcionamento de fundos é matéria reservada a lei complementar. Também a autorização para que a União institua fundos dessa natureza, sem especificar sequer quantos sejam, parece-nos uma delegação em branco, incondizente com a ordem constitucional vigente. A Carta de 1988 dispõe, em seu art. 167, IX, ser vedada a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa. A doutrina é enfática no sentido de que tal autorização não pode ser genérica, até mesmo sob pena de o dispositivo constitucional praticamente perder o sentido. Nessa direção, os ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins (Comentários à Constituição do Brasil, v. 6, tomo II, p. 364) e Hiyoshi Harada (Direito Financeiro e Tributário, p. 93).

Ora, o propósito do Constituinte foi o de fazer submeter à apreciação do Parlamento as iniciativas do Poder Executivo relacionadas ao tema, para que, caso a caso, o Congresso Nacional analisasse a conveniência ou não de instituição dos fundos, já que eles constituem uma exceção à regra da unidade de tesouraria. Não bastasse isso, a Lei nº 4.320, de 1964, recepcionada pela Constituição de 1988 como lei complementar, ao disciplinar, em seus arts. 71 a 74, a instituição de fundos, deixa claro que eles devem ser previstos determinadamente nas leis de instituição, o que afasta a possibilidade de autorização genérica.

Em face dessas conclusões, outra solução não nos restou senão a de modificar a redação do art. 8º do projeto (art. 16 do substitutivo), para autorizar a instituição de apenas um fundo fiduciário no âmbito da União, o que, aliás, constava do próprio texto original da proposição. Como consequência, resta prejudicada a **Emenda nº 7**, do Senador Sérgio Guerra, na medida em que ela parte do pressuposto da existência de vários fundos. Além disso, fica afastada a inconstitucionalidade indicada pela **Emenda nº 15**, sem a necessidade de suprimir inteiramente o artigo.

Adicionalmente, incluímos parágrafo (art. 14, § 3º do substitutivo) que possibilita a administração, mediante o fundo criado no âmbito da União, de recursos que os outros entes federados houverem por bem integralizar, para a garantia das obrigações por eles contraídas nos contratos de parceria que celebrarem. Nesse caso, a administração deverá ser feita em contas individualizadas, não se comunicando as obrigações assumidas pelos entes. Não haverá, pois, possibilidade de a União responder por obrigações de estados e municípios. Apenas a gestão será unificada, para

aqueles que decidirem empregar seus recursos no fundo, com economia para os entes no tocante às taxas de administração.

O disposto no art. 9º foi deslocado, sem alteração de conteúdo, para constituir parágrafo ao artigo que cuida das garantias ofertadas pela administração pública (art. 7º, parágrafo único, do substitutivo).

Arts. 10 a 12

Procedemos, igualmente, à reformulação dos dispositivos concernentes ao processo licitatório para contratação das PPPs. Fizemo-lo para adequá-lo às regras de técnica legislativa e conferir maior inteligibilidade ao texto. Nesse sentido, dividimos o Capítulo III em artigos que disciplinam: os estudos prévios à licitação, as condições para abertura do certame, as disposições necessárias do edital, as disposições cuja inserção no edital é facultativa, os procedimentos a serem observados e os critérios de julgamento.

No que atina ao mérito, podemos citar as seguintes alterações do substitutivo em relação ao projeto.

Em primeiro lugar, não fizemos constar do substitutivo, a pedido do Poder Executivo, a regra do art. 10, § 1º do projeto, o qual prevê que as propostas incluirão a taxa percentual projetada de retorno financeiro sobre o capital investido. Na visão dos representantes do Ministério do Planejamento, esse dispositivo poderia dar ensejo a discussões intermináveis, durante a vigência dos contratos, a respeito da rentabilidade do investimento, com o risco de gerar “esqueletos”, em prejuízo das finanças públicas.

Também alteramos a norma do art. 10, III, c (art. 12, III, do substitutivo), para excluir a expressão “em relação a aspectos previamente delimitados”. Não vemos por que o edital não poderia prever a adoção da arbitragem para a resolução dos conflitos decorrentes da execução do contrato como um todo.

Consideramos digna de artigo próprio a disciplina da sociedade de propósito específico. Assim, deslocamos sua conceituação e regras para o art. 8º do substitutivo em capítulo específico sobre a matéria (Capítulo IV – Da Sociedade de Propósito Específico), agregando a faculdade de tal empresa se constituir como companhia de capital aberto, desde que mantido o controle acionário pelo licitante vencedor, bem como preceito condicionando a transferência do controle societário à autorização da administração pública, observado o art. 27 da Lei nº 8.987, de 1995, que determina dever o novo controlador 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.

Consideramos também necessária a inserção do § 3º, para possibilitar à sociedade de propósito específico alternativa de dar em garantia aos financiamentos contraídos para a consecução de seus objetivos os direitos emergentes do contrato de parceria até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade das obras e dos serviços.

Sem prejuízo desse novo artigo, mantivemos como regra necessária do edital da licitação a que exige a constituição da sociedade de propósito específico (art. 10, § 2º, do projeto; art. 11, II, do substitutivo).

Acolhemos, com pequenas mudanças, o conteúdo da **Emenda nº 6**, do Senador Antonio Carlos Valadares, que contempla a previsão editalícia de “obrigatoriedade de auditoria externa na sociedade de propósito específico, com periodicidade no mínimo anual, sem prejuízo da fiscalização pelo Tribunal de Contas competente” (art. 11, III, do substitutivo). Consideramos salutar a introdução desse dispositivo, por representar uma garantia adicional para os investidores e para o Poder Público quanto à correta execução e à higidez financeira do contrato. Quanto à previsão da fiscalização pelos Tribunais de Contas, reputamos desnecessária, pois a competência desses órgãos tem dignidade constitucional (art. 71 da CF) e envolve as contratações públicas em geral, prescindindo de previsão em lei.

No tocante ao preceito contido no art. 10, III, *a*, do projeto, que cuida das garantias de proposta e execução de contrato a serem ofertadas pelos licitantes (art. 12, I, do substitutivo), adicionamos a permissão para o uso como garantia, pelos licitantes, nos certames promovidos pela União, de precatórios e créditos tributários e judiciais contra o ente contratante, desde que transitados em julgado.

Quanto à audiência pública a ocorrer antes da publicação do instrumento convocatório do certame, entendemos que a descrição contida no dispositivo é a de uma consulta pública, como, aliás, constava do substitutivo originalmente apresentado pelo Relator na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, posteriormente modificado. Em virtude disso, restabelecemos a “consulta pública” (art. 10, § 3º, do projeto; art. 10, II, do substitutivo). Ademais, fixamos prazo de trinta dias para recebimento de sugestões, que deverão ser objeto de análise por parte de administração pública, previamente à publicação do edital.

As exigências do art. 11, incisos I, III, IV, e §§ 1º e 2º, do projeto passaram a constituir os incisos I, *b*, II, III, IV e parágrafo único do art. 10 do substitutivo.

A norma do § 3º do art. 11 do projeto foi modificada no substitutivo, para determinar que os estudos relativos aos efeitos financeiros da contratação em face das exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal sejam renovados sempre que a assinatura do contrato não se der no mesmo exercício da abertura do processo licitatório. De fato, as condições podem-se alterar no espaço de tempo entre a licitação e a celebração do contrato, justificando, assim, nova análise dos impactos financeiros da contratação.

Quanto ao *iter* da licitação (art. 12 do projeto; art. 13 do substitutivo), reputamos necessárias algumas adaptações no concernente aos procedimentos típicos de leilão, que se mesclam com os de uma concorrência. Cremos ser necessária uma limitação aos lances, bem assim a previsão expressa, no texto da lei, da verificação da exequibilidade das novas propostas econômicas, de modo a evitar que a disputa cega comprometa a seriedade do processo, o qual, convém lembrar, na maioria dos casos se destinará à contratação de empreendimentos de grande vulto. Sendo assim, a despeito de não estarmos acolhendo a **Emenda nº 2**, do Senador Gerson Camata, que sugere a supressão dos incisos V a VIII do art. 12 do projeto, resolvemos limitar a uma única rodada a possibilidade de apresentação de novas propostas econômicas pelos licitantes, sem proclamação *incontinenti* do vencedor do certame antes que as novas propostas econômicas sejam analisadas à luz de sua exequibilidade.

Ainda com respeito ao art. 12 do projeto, seus incisos II e III dão, segundo entendemos, guarida à discricionariedade do administrador, em prejuízo da imparcialidade que deve orientar o processo licitatório. Realmente, consoante observaram o Sinduscon/SP e a Transparência Brasil, a faculdade da administração pública de determinar as adequações que reputar convenientes às propostas técnicas é uma porta aberta ao direcionamento da licitação, porquanto, por meio disso, o administrador poderá exigir adequações que saiba serem de difícil implementação por determinados licitantes ou que apenas um ou pouquíssimos possam cumprir. Ademais, isso seria um reconhecimento de que o projeto básico e o edital não foram suficientemente claros para possibilitarem a apresentação de propostas adequadas. Se assim é, que a administração pública promova uma correta definição do objeto no edital e no projeto básico, sendo, a nosso ver, perigosa a inserção, no projeto, de dispositivo com o teor do inciso II do art. 12. Aqui, recorremos uma vez mais aos ensinamentos de Marçal Justen Filho. Segundo

o duto administrativista, é o edital (e, portanto, não o próprio administrador, posteriormente ao oferecimento das propostas) quem deve disciplinar a forma de correção de eventuais vícios das propostas (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 399, 401, 415):

(...) o edital deve conter regras de suprimento dos defeitos das propostas. Um dos maiores equívocos na elaboração de editais é a cominação indiscriminada da nulidade como consequência para irregularidades. A nulidade apenas pode ser aplicada para vícios efetivamente sérios. Nada impede – muito ao contrário, é desejável – que o edital estabeleça regras objetivas, aplicáveis a todas as propostas, para superação de possíveis defeitos. Assim, por exemplo, a ausência de cotação de preço para determinado item poderá não acarretar desclassificação, prevendo-se que será considerada automaticamente incluído na proposta o valor mais elevado cotado para o mesmo item, dentre as diversas propostas. Quanto maior a complexidade da licitação, tanto mais necessária se fará a adoção de soluções dessa ordem por parte do edital. (...)

A descrição do objeto da licitação contida no edital não pode deixar margem a qualquer dúvida nem admite complementação a posteriori. Entre a opção de uma descrição sucinta e uma descrição minuciosa, não pode haver dúvida para a Administração Pública: tem de escolher a descrição completa e minuciosa. Certamente, a descrição deve ser clara. No caso, ‘sucinto’ não é sinônimo de ‘obsuro’. Se a descrição do objeto da licitação não for completa e perfeita, haverá nulidade (...).

Há omissão de elementos necessários indispensáveis quando o edital deixar de cumprir as funções a que se destina. Isso se verifica quando o edital: (...)

b) não fornecer as informações necessárias a que os interessados formulem adequadamente suas propostas. O edital descumpre tanto sua função divulgatória quanto sua função normativa. A omissão impede que os interessados formulem de modo adequado suas propostas: desconhecem o objeto da licitação; ou não podem avaliar os critérios de julgamento; ou ignoram os deveres que assumirão e os direitos de que serão titulares etc.;

Ademais, que efeitos poderiam advir de o licitante se recusar a efetuar ditas “adequações”? Ora, se a comissão de licitação houver por bem desclassificá-lo em virtude da recusa, somente poderá fazê-lo se apontar que item do edital, referente às regras de formulação das propostas, foi descumprido pelo licitante, mesmo porque a Administração tem o dever de elaborar edital suficientemente claro quanto àquilo que deve constar das propostas. Ou, como pontifica Carlos Pinto Coelho Motta, “a comissão só

poderá desclassificar propostas por critérios objetivos preestabelecidos” (Eficácia nas licitações e contratos, p. 255). Não se pode tolerar que a administração pública tome a decisão acerca do que considera adequado ao interesse público em momento posterior à apresentação das propostas, sob pena de se sufragar o subjetivismo e se abrir a possibilidade de todo tipo de manipulação do processo licitatório.

Se a proposta não está conforme as exigências previamente estabelecidas no edital e este não disciplinou exaustivamente a forma de sanar o problema ou se se trata de vício insanável por regras previamente estabelecidas, motivador da eliminação do licitante do processo, só resta uma alternativa: a desclassificação. Por outro lado, se a proposta observou os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório, o licitante não pode ser compelido a modificá-la com base em critérios que somente foram tornados públicos após a apresentação da proposta, ainda que a comissão de licitação entenda que melhor solução técnica poderia ter sido adotada pelo licitante. Para avaliação e classificação de tais soluções existem os tipos de licitação de técnica e de técnica e preço. Obviamente, se a proposta técnica não foi, no julgamento da comissão de licitação – que deve estar estribado em parâmetros objetivos contidos no edital –, a melhor, os efeitos disso devem-se refletir na atribuição das pontuações aos licitantes.

Cuidando-se de vício que não pode ser sanado pela adoção de medidas previamente estabelecidas no edital, afastados critérios *ad hoc* de solução formulados pela comissão de licitação, se o licitante não for desclassificado teremos visível ofensa ao direito subjetivo dos demais licitantes de ver obedecido o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. A oportunidade de o licitante faltoso, corrigindo os vícios, permanecer no processo, seria um privilégio injustificado atentatório ao princípio da isonomia que deve, por expresse mandamento constitucional, presidir as licitações. Comentando o art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993, que faculta à administração pública determinar apresentação de novas propostas pelos licitantes, se e somente se todas elas forem desclassificadas, Marçal Justen Filho assinala (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 478):

O princípio da isonomia impede que a Administração dispense alguns licitantes do cumprimento de requisitos exigidos de outros. Os licitantes devem ser tratados com igualdade. Se um único licitante preencher os requisitos necessários (incluindo-se proposta formal e materialmente perfeita), não se admitirá apreciação das demais.

Em resumo, não vemos como manter os incisos II e III do art. 12 do projeto. Se as tais adequações às propostas técnicas determinadas pela administração pública não forem compulsórias aos licitantes, representando meras recomendações, serão um nada jurídico. Por outro lado, se forem compulsórias, decorrendo de sua não-observância a desclassificação do licitante, serão ofensivas aos princípios da vinculação ao edital e da isonomia, incorrendo, pois, em inconstitucionalidade.

Art. 13

Com respeito ao art. 13 do projeto, parece-nos traduzir equívoco a previsão, contida em seu inciso II, de que o julgamento da licitação para contratação de PPP realizado segundo o critério de melhor combinação de proposta técnica e econômica deverá observar o *caput* do art. 46 da Lei nº 8.666, de 1993. Ora, o *caput* do citado artigo da Lei Geral de Licitações apenas determina que as licitações do tipo “melhor técnica” e “técnica e preço” se destinarão exclusivamente à seleção de “serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral, e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos”. Tais não parecem ser exatamente os objetos passíveis de contrato de parceria público-privada, segundo a dicção do art. 3º do projeto. Por conseguinte, retiramos a remissão à Lei nº 8.666, de 1993, do inciso II do art. 13 (art. 14, II, no substitutivo).

Art. 14

O art. 14 do projeto inicia o Capítulo IV, identificado como “Disposições Gerais”. Nada menos exato. Os dispositivos desse capítulo cuidam da instituição e competências de órgãos da administração pública federal. Por isso, no substitutivo, o Capítulo IV passa a ser identificado como “Das disposições aplicáveis à União”. É patente que suas regras não são gerais, por não se aplicarem aos outros entes federados, mas apenas à União.

No que concerne especificamente ao art. 14, que cuida do órgão gestor federal, a primeira observação a fazer refere-se à redação defeituosa do *caput* do artigo, ao estabelecer que “ato do Poder Executivo instituirá órgão gestor colegiado”. De acordo com o disposto no art. 61, § 1º, II, *e*, da Carta da República, órgãos da administração pública somente podem ser criados por lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo. Autoriza-se por lei a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação (art. 37, XIX, da CF), não a criação de órgão público ou de autarquia, que se dá por força da

própria lei. Em virtude disso, efetuamos, no art. 15 do substitutivo, as mudanças redacionais necessárias a corrigir o equívoco.

Dada a sua relevância e a independência em relação às normas do *caput* do artigo que cria o órgão gestor, as disposições a respeito da competência fiscalizatória dos ministérios e agências reguladoras foram destacadas, no substitutivo, para constituir o art. 16 do substitutivo.

Ademais, conforme contatos mantidos com o Poder Executivo, modificamos a designação do órgão para “Conselho Gestor Interministerial” e remetemos a disciplina de sua organização, composição e forma de indicação de seus membros para decreto, o que nos parece mais condizente com o disposto no art. 84, VI, *a*, c/c o art. 61, § 1º, II, *e*, da Constituição Federal.

Art. 15

O art. 15 do projeto, que trata da competência do Conselho Monetário Nacional de fixação das diretrizes para concessão de crédito para financiamento dos projetos de parceria, foi deslocado para o Capítulo V, das disposições finais. Referindo-se a normas que regularão o financiamento dos projetos desenvolvidos por todos os entes federados, carecia de sentido manter o artigo (art. 18 no substitutivo) no capítulo que versa sobre as disposições aplicáveis à União.

Das emendas apresentadas

Já nos referimos e nos manifestamos, ao longo da análise empreendida, acerca das **Emendas de nºs 1, 2, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 14 e 15**. As propostas de alteração do projeto contidas nas de nºs 1, 6 e 11 foram incorporadas ao substitutivo que produzimos. As **Emendas nº 4, 8, 14 e 15** foram em parte acolhidas e as de nºs 2, 7, 9 e 10 rejeitadas, conforme esclarecemos *supra*. Resta-nos analisar, agora, as **Emendas nº 3, 5, 12 e 13**.

A despeito dos nobres propósitos do Senador Gerson Camata – com quem concordamos no mérito – que o animaram a apresentar a **Emenda nº 3**, a qual colima inserir artigo no projeto de lei em exame para alterar o art. 9º da Lei nº 9.986, de 2000, com o objetivo de estender a garantia de mandato conferida aos Diretores e Conselheiros das agências reguladoras aos Presidentes dessas autarquias, vemo-nos impossibilitados de acolher a emenda, em virtude dos óbices constitucionais que sobre ela se impõem. Com efeito, quando matéria sobre a organização administrativa e o regime jurídico dos servidores da União for objeto de lei, sua iniciativa será privativa do Presidente da República, a teor do art. 61, § 2º, I, *c* e *e*, da Constituição

Federal, e, tratando-se de norma sobre organização e funcionamento da administração pública federal que não importe aumento de despesa nem criação ou extinção de órgão público, sua veiculação dever-se-á dar mediante decreto, a teor do art. 84, VI, *a*, da Carta Política.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal tem posição consolidada quanto à impossibilidade de emendamento de projeto de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, quando a matéria for diversa daquela sobre a qual versa o projeto (RMS nº 14.405, nº 15.110, nº 14.872, ADI nº 546 e nº 1.835). No julgamento da ADIn nº 546, a Suprema Corte deixou assente que, “não havendo aumento de despesa, o Poder Legislativo pode emendar projeto de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, mas esse poder não é ilimitado, não se estendendo ele a emendas que não guardem estreita pertinência com o objeto do projeto encaminhado ao Legislativo pelo Executivo e que digam respeito a matéria que também é da iniciativa privativa daquela autoridade.” Ante essas considerações, não vemos como possa ser acolhida a emenda. De qualquer maneira, convém registrar que o art. 26 do Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, encaminhado à Câmara dos Deputados pelo Poder Executivo, ao modificar o art. 5º, § 1º, da Lei nº 9.986, de 2000, prevê garantias de mandato dos presidentes das agências, nos termos alvitados pelo Senador Camata.

Também não vemos possibilidade de acolher a **Emenda nº 5**, formulada pelo Senador Antonio Carlos Valadares, que prevê a faculdade de o ente financiador do projeto, no caso de inadimplemento pelo parceiro privado da execução de obras públicas, ingressar no projeto, diretamente ou através de outra sociedade financiada, para a plena realização do objeto. Malgrado seja consentânea com o interesse público a continuação das obras, isso não se pode fazer sem a observância do princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI, da CF). Não possuindo o financiador do projeto a condição de licitante, ser-lhe-ia impossível assumir a posição contratual do parceiro privado sem ofensa ao princípio da licitação. Se tal ocorresse, abrir-se-iam infundáveis disputas judiciais, nas quais os licitantes que perderam o certame impugnariam essa sub-rogação contratual. Essas razões nos levam a propor a rejeição da emenda.

Cabe lembrar, ainda com relação a esse ponto, que a Lei Geral de Licitações dispõe, em seu art. 24, XI, para o caso de rescisão do contrato por inadimplemento do contratado, ser facultado à administração pública celebrar nova avença, com dispensa de licitação, tendo como objeto a implementação da parte não executada de obra, “desde que atendida a ordem de classificação

da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido”.

Com respeito à **Emenda nº 12**, que preconiza mudança na redação § 2º do art. 5º, para limitar a contraprestação da administração pública nas concessões e permissões de serviço público à metade da receita obtida pelo contratado, devendo a outra metade ser proveniente da tarifa cobrada do usuário, conquanto compreendamos as preocupações subjacentes a essa emenda, é oportuno atentar para a possibilidade de existirem projetos, sobretudo no setor de transportes, nos quais, em um primeiro estágio, as tarifas poderão ser insuficientes para responder até mesmo por metade da receita, situação que se reverterá com a maturação do projeto. Em virtude disso, somos pela manutenção do texto do projeto nesse ponto.

Por derradeiro, a **Emenda nº 13** propugna a supressão do § 4º do art. 5º do projeto, que permite a realização de pagamentos pela administração pública, em razão das parcelas já concluídas do objeto, desde que possam ser usufruídas isoladamente pelo usuário ou pela administração pública. No regime licitatório atual, isso já é possível. Não negamos que a realização de pagamentos antes da entrega total do objeto deva constituir exceção nos contratos de PPP. Entretanto, poderá existir situações em que tal se revele conveniente, máxime quando a maior parte da remuneração do parceiro privado seja feita na forma de contraprestação da administração pública. Há empreendimentos em que o contratado poderá valer de receitas adicionais relacionadas à própria exploração do objeto ou oriundas de tarifas. Noutros casos, no entanto, a solução pelos pagamentos pela administração pública antes da conclusão integral do objeto poderá ser proveitosa, até mesmo para diminuir a necessidade de financiamento e os custos totais do empreendimento. O que nos parece ser imprescindível é que a definição das condições adequadas de fruição da parcela estejam claramente previstas no contrato, para evitar a realização de pagamentos antecipados ou por parcelas ainda sem condições de utilização. Essas foram as razões que nos levaram a modificar a redação do dispositivo em comento.

Considerações finais

A crise fiscal que vem assolando os governos de boa parte dos países nas últimas décadas deu ensejo ao ressurgimento da figura da parceria entre os entes estatais e privados, para a execução de serviços e empreendimentos públicos. Com efeito, a idéia que está por trás das parcerias público-privadas não é inédita. Mesmo no Brasil do século XIX, podemos perceber manifestações desse fenômeno nas ações do Visconde de Mauá e na

construção das ferrovias que possibilitaram o escoamento da produção brasileira de café.

Impossibilitado de, com recursos próprios, e em curto espaço de tempo, executar projetos de infra-estrutura fundamentais para o desenvolvimento nacional, o Estado brasileiro uma vez mais se volta para os parceiros privados, o que se pode notar, por exemplo, na análise do Plano Plurianual de 2000-2003, que contemplou nada menos do que 283 ações implementadas mediante parceria do setor público com o privado, nas quais 83,7% dos recursos proviriam dos parceiros privados. Como exemplos de tais ações, poderíamos citar a implantação de usinas hidrelétricas e termelétricas, sistemas de transmissão, construção e recuperação de ferrovias, terminais marítimos e fluviais, produção e processamento de petróleo e gás, entre outras.

Entretanto, não podemos cair na ilusão de que as parcerias público-privadas constituem solução mágica para o problema do financiamento dos projetos de infra-estrutura. As PPPs não devem ser vistas como panacéia, como advertiu o Dr. Gesner Oliveira (Folha de S. Paulo de 20/03/2004).

Para o sucesso das PPPs, entendemos ser de fundamental importância o papel do governo na escolha dos projetos prioritários, que devem ser atrativos tanto para os entes públicos quanto para os parceiros privados. Escolhas equivocadas podem colocar a perder todo o esforço de modificação do marco legal de contratações de grandes empreendimentos pelo setor público. E a atração de investimentos privados depende fundamentalmente da estabilidade econômica, social e política. Não basta a criação de nova modalidade contratual. É essencial a definição de regras claras nos marcos legais dos setores de regulação. Como advertiu o Dr. José Emílio Nunes Pinto, em debate ocorrido no âmbito do Seminário Internacional “Parceria Público-Privada na Prestação de Serviços de Infra-estrutura”, promovido pelo BNDES:

(...) a existência de um marco regulatório estável é fator essencial para que se atinjam os objetivos pretendidos com as parcerias entre o setor público e o setor privado. Nesse sentido, é muito importante o papel a ser desempenhado pelos reguladores setoriais que, no exercício de suas funções de regulação, deverão ter presente, a despeito do estágio em que se encontra a formulação do marco regulatório, que, em muitas oportunidades, a viabilidade de um projeto PPP poderá se ver comprometida pela ausência de um conjunto estável de regras.

É ingenuidade pensar que as garantias previstas para os financiadores dos projetos de parceria, **por si só**, terão o condão de convencer os investidores, máxime em um contexto de orçamento público meramente autorizativo, de que a administração pública honrará seus compromissos. As alterações legislativas são necessárias, mas é preciso mais para se conquistar a confiança dos agentes econômicos: a certeza de que os governantes da ocasião respeitarão o que foi avençado. Não nos esqueçamos de que os contratos de PPP têm vocação de vida longa. Não pode a sucessão de governos ser o seu algoz.

O Congresso Nacional tem feito sua parte, aprovando projetos de lei que fixam regras claras para que os agentes econômicos invistam no país. Cumpre ao Poder Executivo desempenhar a contento o seu papel, tornando concreto aquilo que o legislador previu em abstrato.

III – VOTO

Ante o exposto, somos pela aprovação do Projeto de Lei da Câmara nº 10, de 2004, nos termos do seguinte substitutivo:

PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 10 (SUBSTITUTIVO), de 2004

Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Capítulo I DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Art. 1º 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.

Parágrafo único. Esta Lei se aplica aos órgãos da administração direta, 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.

Capítulo II DO CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se contrato de parceria público-privada o ajuste celebrado entre a administração pública e entidades privadas, com vigência não inferior a cinco nem superior a trinta e cinco anos, que estabeleça vínculo jurídico para implantação ou gestão, no todo ou em parte, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público, respondendo o parceiro privado pelo respectivo financiamento e pela execução do objeto, observadas as seguintes diretrizes:

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

II – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional e do exercício do poder de polícia;

III – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

IV – transparência dos procedimentos e das decisões;

V – repartição dos riscos de acordo com a capacidade dos parceiros em gerenciá-los;

VI – sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas dos projetos de parceria.

Art. 3º Pode ser objeto de parceria público-privada:

I – a delegação, total ou parcial, da prestação ou exploração de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública;

II – a prestação de serviços à administração pública ou à comunidade, precedidos ou não de obra pública, excetuadas as atividades exclusivas de Estado;

III – a execução de obra para a administração pública, cujo valor exceda a dez milhões de reais;

IV – a locação ou o arrendamento à administração pública de obra a ser executada, quando o valor do empreendimento exceder a dez milhões de reais.

§ 1º Os contratos de parceria público-privada poderão ser utilizados individual, conjunta ou concomitantemente com outras modalidades de contratos previstas na legislação em vigor, em um mesmo empreendimento, podendo submeter-se a um ou mais processos de licitação.

§ 2º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra.

Art. 4º São cláusulas necessárias dos contratos de parceria público-privada as que disponham sobre:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados;

II – as penalidades aplicáveis à administração pública e ao parceiro privado, fixadas eqüitativamente quando se revestirem de caráter financeiro, nos casos de inadimplemento das obrigações contratuais;

III – as hipóteses de extinção antecipada do contrato e os critérios para o cálculo, prazo e demais condições de pagamento das indenizações devidas, condicionada a rescisão unilateral por parte do parceiro público, sem que o parceiro privado tenha dado causa, a pagamento prévio da indenização em moeda corrente, exigindo-se ainda, no caso das concessões e permissões de serviço público, lei autorizativa específica, de iniciativa do Poder Executivo;

IV – a identificação dos gestores do parceiro privado e do parceiro público responsáveis, respectivamente, pela execução do contrato e pela sua fiscalização;

V – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

VI – a periodicidade e os mecanismos da revisão para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e para a preservação da atualidade da prestação dos serviços objeto da parceria;

VII – a reversão dos bens resultantes do investimento e daqueles cedidos pela administração pública ao parceiro privado, para a execução dos serviços, nos casos de extinção antecipada do contrato e, independentemente de indenização, no advento do termo contratual, ressalvadas as disposições contratuais em contrário e a hipótese de existência de bens não amortizados ou não depreciados realizados com o objetivo de garantir a continuidade ou a atualidade do objeto da parceria, desde que os investimentos tenham sido autorizados expressamente pela administração pública.

§ 1º As indenizações de que trata o inciso III do *caput* deste artigo poderão ser pagas à entidade financiadora do projeto de parceria.

§ 2º As cláusulas contratuais de atualização automática de valores, baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação por parte da administração pública.

Art. 5º A contraprestação da administração pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

I – ordem bancária;

II – cessão de créditos não-tributários;

III – outorga de direitos em face da administração pública;

IV – outorga de direitos sobre bens públicos;

V – outros meios admitidos em lei.

§ 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho na execução do contrato, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no edital da licitação para contratação da parceria.

§ 2º Nas concessões e permissões de serviço público, a administração pública poderá oferecer ao parceiro privado contraprestação adicional à tarifa cobrada do usuário, ou, em casos justificados, arcar integralmente com sua remuneração, por parte delimitada do período de vigência do contrato.

Art. 6º A contraprestação da administração pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização ou do recebimento do objeto do contrato de parceria público-privada.

Parágrafo único. A contraprestação de que trata o *caput* deste artigo poderá ser vinculada à disponibilização ou ao recebimento parcial do objeto do contrato, nos casos em que a parcela a que se refira possa ser usufruída isoladamente pelo usuário do serviço ou pela administração pública, devendo o contrato prever as condições adequadas de fruição isolada da parcela.

Capítulo III DAS GARANTIAS

Art. 7º As obrigações contraídas pela administração pública relativas ao objeto do contrato serão, sem prejuízo de outros mecanismos admitidos em lei, garantidas mediante a vinculação de receitas, observado o disposto no art. 167, IV, da Constituição Federal, a instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei.

Parágrafo único. Além das garantias concedidas ao parceiro privado na forma do *caput*, o contrato de parceria poderá prever, em favor da entidade

financiadora do projeto, a emissão, diretamente em seu nome, dos empenhos relativos às obrigações da administração pública e a legitimidade para receber pagamentos efetuados por intermédio dos fundos especiais referidos no *caput* deste artigo.

Capítulo IV DA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

Art. 8º Será constituída pelo parceiro privado sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria, à qual caberá a propriedade dos bens resultantes do investimento, durante a vigência do contrato.

§ 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 1995.

§ 2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia de capital aberto, com ações negociadas em bolsa de valores do país ou do exterior, respeitado, quanto ao controle acionário, o disposto no § 1º deste artigo.

§ 3º A sociedade de propósito específico poderá dar em garantia aos financiamentos contraídos para a consecução dos objetivos da parceria público-privada os direitos emergentes do contrato de parceria até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade das obras e dos serviços.

Capítulo IV DA LICITAÇÃO

Art. 9º É facultada a qualquer interessado a apresentação à administração pública de proposta de contrato de parceria público-privada, nos termos da legislação vigente, sem prejuízo da sua participação no respectivo processo licitatório.

§ 1º Os estudos, projetos, obras e serviços prévios à contratação da parceria, decorrentes da aprovação de proposta encaminhada nos termos do *caput* deste artigo, quando não realizados pela própria administração pública, serão objeto de licitação, sempre que, publicada a proposta no veículo a que se

refere o inciso XIII do art. 6º da Lei nº 8.666, de 1993, surgir, no prazo de quinze dias, mais de um interessado em realizá-los.

§ 2º O acervo de informações a que se refere o § 1º deste artigo será colocado à disposição dos licitantes que disputarem a celebração do respectivo contrato de parceria público-privada, cumprindo ao beneficiário da adjudicação do objeto da parceria público-privada ressarcir os dispêndios correspondentes em valor a ser fixado no edital.

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, com pré-qualificação, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentado em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação;

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;

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 – inclusão de seu objeto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

V – consulta pública, divulgada mediante a publicação de aviso na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, na qual serão informados a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, as garantias a serem exigidas e ofertadas pela administração pública e a forma de obtenção da íntegra do projeto básico, fixando-se prazo mínimo de trinta dias para recebimento de sugestões, que serão objeto de análise pela administração pública previamente à publicação do edital;

VI – estimativa do fluxo de recursos públicos suficiente para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela administração pública;

VII – licença ambiental prévia ou autorização equivalente, na forma de regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

§ 1º A comprovação referida na alínea “b” do inciso I deste artigo conterà as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, 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 de parceria público-privada ocorrer em exercício diverso do de publicação do instrumento convocatório, deverá ser precedida da elaboração de novo estudo técnico com a demonstração a que se refere a alínea “b” do inciso I deste artigo.

Art. 11. O instrumento convocatório indicará expressamente a submissão da licitação e do contrato às normas desta Lei, devendo conter:

I – minuta do contrato elaborada com observância ao art. 4º desta Lei;

II – exigência de constituição, como condição para a celebração do ajuste, de sociedade de propósito específico pelo licitante vencedor, nos termos do art. 8º desta Lei;

III – previsão da realização de auditoria externa na sociedade referida na alínea “a” do inciso II deste artigo, com periodicidade, no mínimo, anual.

Art. 12. É facultado ao edital estabelecer:

I – garantias de proposta e de execução do contrato, suficientes e compatíveis com os ônus e os riscos decorrentes da hipótese de não ser mantida a proposta ou de não serem cumpridas as obrigações contratuais, não se aplicando as limitações previstas na legislação em vigor, sendo permitido o uso pelos licitantes, nas licitações promovidas pela União, de precatórios e de créditos tributários ou judiciais que tenham contra esse ente, desde que transitados em julgado;

II – como condição para celebração do contrato, que o licitante vencedor adote contabilidade e demonstração financeira padronizadas;

III – o uso da arbitragem, para solução dos conflitos decorrentes da execução do contrato.

IV – a responsabilidade do licitante vencedor pela elaboração do projeto executivo das obras, necessário ao seu cumprimento integral, ou, quando a administração pública fornecê-lo, a faculdade de apresentação de projeto alternativo por parte dos licitantes.

Art. 13. A licitação, após a fase de pré-qualificação e desde que previsto no edital, observará os seguintes procedimentos:

I – recebimento dos envelopes contendo as propostas econômicas e técnicas dos licitantes, e classificação destas últimas, de acordo com critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos no edital;

II – devolução dos envelopes, lacrados, contendo as propostas econômicas dos licitantes cujas propostas técnicas não tenham alcançado a pontuação mínima;

III – avaliação das propostas econômicas dos licitantes e desclassificação daquelas que, nos termos do edital, forem consideradas inexeqüíveis;

IV – apresentação de novas propostas econômicas, em sessão pública, em data, hora e local definidos com antecedência mínima de sete dias, limitadas a um único lance por licitante que o desejar fazer, antecedido de nova garantia de proposta, nas condições previstas no edital;

V – avaliação das novas propostas econômicas e desclassificação daquelas que, nos termos do edital, forem consideradas inexeqüíveis ou em desacordo com o edital;

VI – proclamação do resultado final do certame.

§ 1º O oferecimento de novas propostas econômicas dar-se-á na ordem inversa da classificação resultante do procedimento estabelecido no inciso III deste artigo.

§ 2º O edital poderá limitar o direito de apresentação de até duas novas propostas econômicas aos licitantes cujas propostas forem classificadas dentro de intervalo definido no edital, a partir daquela inicialmente classificada em primeiro lugar;

§ 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, existindo menos de três propostas econômicas situadas no intervalo previsto no edital, os autores das três melhores poderão oferecer nova proposta.

Art. 14. A licitação será julgada de acordo com um dos seguintes critérios, na forma definida pelo edital:

I – melhor proposta econômica;

II – melhor combinação entre a proposta técnica e a econômica.

Parágrafo único. Serão considerados, no julgamento das propostas econômicas, além de outros aspectos relacionados à natureza do objeto e desde que haja previsão no edital:

I – o valor das tarifas a serem cobradas dos usuários após a execução da obra ou do serviço;

II – os pagamentos devidos pelo parceiro privado em razão da concessão ou da permissão do serviço abrangido pelo contrato;

III – a contraprestação da administração pública, a ser efetuada nos termos do art. 5º desta Lei;

IV – as melhorias ou benfeitorias a serem realizadas no patrimônio público envolvido na execução do objeto;

V – as utilidades e benefícios a serem assegurados às populações alcançadas pelo contrato de parceria público-privada.

Capítulo VI DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS À UNIÃO

Art. 15. Fica criado Conselho Gestor Interministerial, com as atribuições de, no âmbito da administração pública federal, fixar procedimentos para contratação de parcerias público-privadas, definir as atividades, obras ou serviços considerados prioritários para serem executados sob o regime de parceria, autorizar a abertura de processo licitatório para sua contratação e homologar os instrumentos convocatórios, após a análise das sugestões oferecidas na consulta pública de que trata o inciso V do art. 10 desta Lei.

§ 1º Ato do Poder Executivo definirá a estrutura do órgão a que se refere o *caput* deste artigo, sua composição e a forma de indicação de seus membros.

§ 2º O órgão de que trata o *caput* deste artigo remeterá ao Congresso Nacional, com periodicidade semestral, relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada.

Art. 16. Compete aos Ministérios e às agências reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, o acompanhamento e a fiscalização dos contratos de parceria público-privada, bem como o exame da conformidade do contrato e de sua execução com as normas que regem o setor a que pertença o respectivo objeto.

Parágrafo único. Os Ministérios encaminharão ao órgão a que se refere o art. 15 desta Lei, com periodicidade trimestral, relatórios circunstanciados acerca da execução dos contratos de parceria público-privada, na forma definida em regulamento.

Art. 17. Fica a União autorizada a integralizar recursos e ativos, nos termos da legislação pertinente e na forma que dispuser ato do Poder Executivo, em fundo fiduciário, com o objetivo específico de prestar garantia de cumprimento das obrigações a que se refere o art. 7º desta Lei, criado isolada ou conjuntamente por instituições financeiras controladas pela União.

§ 1º O fundo a que se refere o *caput* deste artigo será integralizado com os seguintes recursos públicos:

- I – dotações consignadas no orçamento e créditos adicionais;
- II – transferência de ativos não-financeiros;
- III – transferência de bens móveis e imóveis, que poderão ser alienados na forma da legislação pertinente.
- IV – recursos provenientes de outras fontes.

§ 2º A integralização de recursos no fundo de que trata o *caput* mediante a transferência de ações de sociedade de economia mista federal, nos termos do inciso II do § 1º deste artigo, não poderá acarretar a perda do controle acionário pela União.

§ 3º Poderão ser administrados, por meio do fundo de que trata o *caput* deste artigo, em contas individualizadas, recursos integralizados por

Estados, Distrito Federal e Municípios, para garantir obrigações contraídas em decorrência dos contratos de parceria público-privada por eles celebrados, respondendo o fundo pelas obrigações de cada ente até o limite dos recursos por ele integralizados.

Capítulo VII DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 18. O Conselho Monetário Nacional estabelecerá, na forma da legislação pertinente, as diretrizes para a concessão de crédito destinado ao financiamento de contratos de parcerias público-privadas.

Art. 19. Aplica-se às parcerias público-privadas o disposto na Lei nº 8.666, de 1993, e, no caso de concessões e permissões de serviços públicos, o disposto na Lei nº 8.987, de 1995, e na Lei nº 9.074, de 1995, naquilo que não contrariar esta Lei.

Art. 20. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator