

© Editora Fórum Ltda, 2004

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.98).

Endereço editorial:

Editora Fórum Ltda.

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º e 16º andar

Belo Horizonte - MG - Brasil

CEP 30130-007

Tel.: 0800 704 3737

Internet: www.editoraforum.com.br

e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Os acórdãos estampados na íntegra correspondem às cópias obtidas junto aos respectivos tribunais ou se originam de publicações de seus julgados.

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira

Projeto gráfico: Luís Alberto Pimenta

Diagramação: Luís Alberto Pimenta

Revisora: Olga M. A. Sousa

Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868

Bibliotecária: Nilcéia Lages de Medeiros - CRB 1545/MG - 6ª região

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

F745 Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP. ano 1, n. 1, jan. 2002. Belo Horizonte: Fórum, 2002.

Mensal

ISSN: 1676-5826

1. Direito Administrativo. I. Fórum

CDU: 35

"Nossa consultoria não pretende adotar uma posição exclusiva de determinado autor. Toda orientação fornecida deve ser tomada como tal, ou seja, fruto de estudos, pesquisas legais, doutrinas e jurisprudenciais naquele momento, levando-se ainda em conta a exatidão de dados, objeto e elementos fornecidos pelo consulente."

As Parcerias Público-Privadas e o Financiamento das Infra-estruturas

Floriano de Azevedo Marques Neto

Advogado. Doutor pela USP. Professor-Doutor do Departamento de Direito Público e do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Cuida-se aqui de análise acerca da possibilidade, sem modificações na legislação vigente, de projeto de parceria público-privada para a execução de obras que envolvam algum financiamento, pelo particular do empreendimento, até que seja viabilizada a justa remuneração do encargo.

1 O texto literal do artigo 7º, §3º, da Lei nº 8.666/93 parece vedar, em princípio, a obtenção de recursos financeiros para a execução do objeto da licitação, excetuada a hipótese de concessão.

1.1 No entanto, descartar algum tipo de financiamento da obra pelo particular inviabilizaria o contrato que se pretende efetuar, dada a absoluta impossibilidade do Poder Público destinar recursos a esses fins, em face da ausência de recursos orçamentários para atender os vultosos investimentos exigidos.

1.2 Neste contexto, o efetivo desembolso de dinheiro público só poderia ocorrer uma vez entregue os bens que atenderão aos objetivos visados pela Administração Pública. Em grande medida, as parcerias pressupõem, portanto, que o pagamento do fornecimento das obras pelos particulares seja posterior à sua entrega para a Administração Pública.

1.3 Fato é que, à primeira vista, tal mecanismo de financiamento seria vedado pela Lei nº 8.666/93. Ademais, a mesma lei exige, ainda, que o pagamento se dê imediatamente após a execução de cada etapa do contrato, ou no máximo trinta dias após o adimplemento da obrigação (artigo 40, XIV, da Lei de Licitações). No caso do contrato de execução de obra pública, seria obrigatório, em princípio, que o pagamento se desse em momento concomitante à sua construção, ao final de cada etapa do cronograma de execução. No caso da compra e venda de bem futuro, nada impediria que o pagamento da coisa fosse efetuado ao final, no momento da tradição do bem ou, no máximo, trinta dias após a sua entrega. É importante lembrar que a lei veda prazo de pagamento superior a trinta dias, mas deixa ao alvedrio da administração

definir quando será considerado o "adimplemento de cada parcela", ou se o objeto será entregue de uma vez ou aos poucos. Numa empreitada integral, por exemplo, pode-se considerar a parcela apenas quando entregue o bem na íntegra, em condição de funcionamento.

1.4 Contudo, parece-me que este impedimento é passível de superação com a devida interpretação da Lei de Licitações.

2 Eram claros os bons propósitos do legislador ao estabelecer a restrição de que trata o artigo 7º, §3º. Preocupava-se em evitar a inclusão nos editais de cláusulas restritivas à participação de potenciais competidores. Porém, com o advento da grave crise financeira do poder público, tal regra tornou-se um odioso empecilho para que a administração pública lance mão de mecanismos criativos e eficientes para se financiar e, via de consequência, atender às necessidades da coletividade, mormente no setor de infra-estrutura. Felizmente, a regra tem aplicação restrita como adiante procurarei demonstrar.

2.1 Se, por um lado, a lei parece vedar que o particular financie a obra do Poder Público, é muito mais enfática ao vedar que a Administração pague a contrapartida devida ao particular antes de executada a prestação do serviço ou da obra contratada. São inúmeras as referências a essa impossibilidade na Lei de Licitações, como não poderia deixar de ser, vez que qualquer pagamento é decorrência lógica de um serviço ou benefício efetivamente auferido pela Administração.

2.2 Nesse sentido, o mesmo artigo 40, XIV, estabelece que o pagamento se efetuará somente após a conclusão, parcial ou total, da obrigação assumida pelo particular. Da mesma forma, a lei exige que, em qualquer contrato administrativo, seja aposta cláusula obrigatória de atualização monetária "entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento" (artigo 55, III). Uma vez que a Administração não efetua o pagamento senão após a conclusão da obrigação,

é evidente que o particular arca, no decorrer da execução do contrato, com os custos financeiros do investimento necessário para adimplir seus compromissos. Há, indubitavelmente, em maior ou menor grau, financiamento, por parte do particular, das obras, serviços e compras contratados pela Administração.

2.3 Ressalte-se, ainda, que nem mesmo a ausência de pagamento por parte do Poder Público consiste escusa suficiente para que o particular deixe de executar suas obrigações. A *exceptio non adimpleti contractus*, cláusula não escrita que vigora na teoria geral dos contratos, não é oponível no âmbito do contrato administrativo senão quando o atraso for superior a 90 dias (artigo 78, XV). Evidente que, ao menos nesses meses, o particular estará financiando a obra ou o serviço que executa.

2.4 Diante deste quadro, é de se reconhecer que, em realidade, em qualquer contrato administrativo haverá financiamento do objeto contratual pelo particular.

2.5 Que sentido atribuir, neste passo, à vedação estabelecida pelo artigo 7º, §3º da Lei de Licitações? Há que interpretá-lo teleologicamente. Trata-se de dispositivo visando a impedir o estabelecimento de condição que venha a afastar competidores, favorecendo aqueles que tenham maior poder econômico. Ora, neste caso, é evidente que a obtenção de recursos financeiros de que trata o artigo, restringe-se aos empréstimos obtidos perante instituições financeiras. Implica que o Poder Público não possa exigir que o particular obtenha os recursos *a priori*. A garantia dos interesses da Administração limitar-se-á, neste sentido, ao compromisso do licitante de aportar os recursos necessários, bem como à exigência de garantia, caução, seguro, índices de liquidez, capital social ou patrimônio líquido mínimo, além de outras condições estabelecidas na lei para auferir a seriedade dos candidatos.

2.6 A partir deste momento, parece evidente que o dispositivo constante do artigo 7º, §3º, não veda todo e qualquer financiamento do particular — mesmo porque, se o fizesse, estaria em completa antinomia com os demais dispositivos da lei supracitados —, mas somente veda que se exija, no edital de licitação, que os concorrentes demonstrem ter obtido recursos e financiamentos junto a terceiros antes da adjudicação do objeto da licitação.

3 Dito de outro modo, o teor do artigo 7º, §3º, da Lei nº 8.666/93 deve ser lido como uma simples restrição a que o objeto da licitação case

obtenção de financiamento com realização de obras e serviços. Não se trata, por óbvio, de uma vedação a que o particular financie o empreendimento, pois que se assim fosse toda licitação de obra seria ilícita, vez que, pela regra do artigo 40, XIV, “a” da Lei de Licitação, o pagamento só pode ocorrer após o adimplemento da obrigação (o que envolve dizer que os custos para cumprir a parcela do escopo adimplida serão, sempre, financiados pelo particular contratado). Vedar que o objeto da licitação leve a algum financiamento pelo particular seria, pois, contrário à própria sistemática da Lei de Licitações.

3.1 Diga-se em reforço a essa tese que o artigo 31, §4º, da Lei nº 8.666/93 admite que o edital exija do interessado a relação dos compromissos por ele assumidos e que “importem a diminuição da... disponibilidade financeira” como condição de demonstração da capacidade do licitante em cumprir as obrigações do futuro contrato (artigo 37, XXI, CF). Logo, dessume-se que a lei admite que o contratado tenha que arcar com ônus de financiamento do empreendimento público, possibilitando que a demonstração de sua capacidade para fazê-lo seja condição de qualificação econômica e financeira.

4 Como último argumento, vale lembrar que o artigo 7º, §3º, se aplica apenas às obras e serviços de engenharia, como se percebe facilmente da leitura do título da Seção III, do Capítulo I, da Lei nº 8.666/93 em que ele está inserido. Assim, nas licitações para compras (regida pelos dispositivos constantes da Seção V) ou para alienações (Seção VI) tal dispositivo não é aplicável. Envolvendo a parceria público-privada à aquisição de um bem para entrega futura, não calha aplicar o dispositivo em apreço, sendo absolutamente lícito exigir que o particular financie a sua parcela do empreendimento.

5 Assim exposta a questão, considero inexistir qualquer óbice a que o edital de licitação contemple o modelo proposto, diferindo o pagamento para além da conclusão das obras previstas. A Lei de Licitações permite, como se expôs, que o particular não receba seu pagamento senão após a execução dos serviços e obras contratados. É sustentável que, no caso, não há qualquer tipo de financiamento vedado pela Lei de Licitação, vez que não haverá, no edital, previsão neste sentido. Tal conformação jurídica não obsta a possibilidade de contestação posterior, afirmando-se tratar de financiamento maquiado, mas os argumentos em sentido contrário são vastos, sobretudo se títulos forem oferecidos em pagamento.