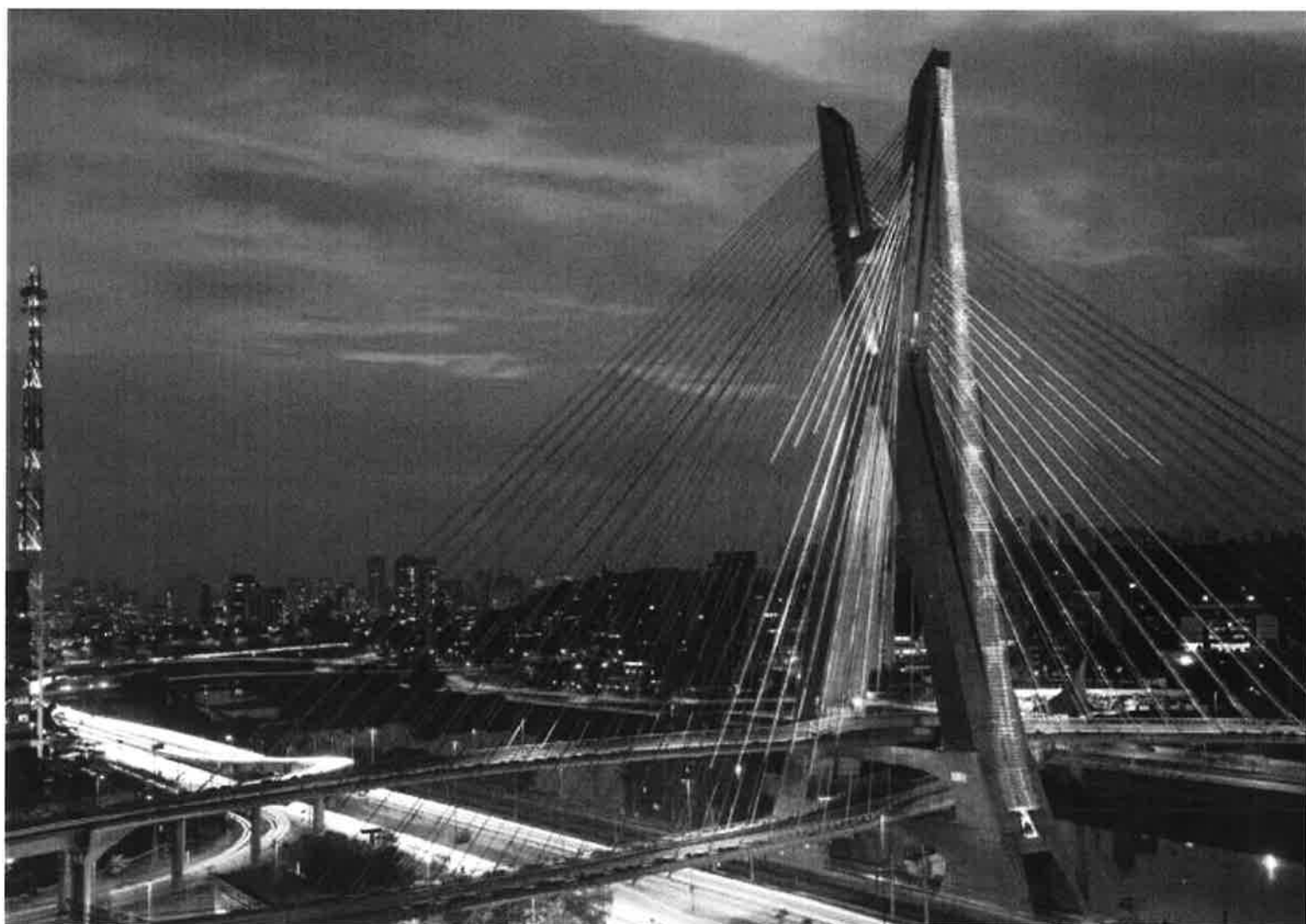


O DIREITO E AS PARCERIAS EMPRESARIAIS E CONTRATUAIS ENTRE ESTADO E PARTICULARES



Carlos Ari Sundfeld

Professor da Escola de Direito de São Paulo da
Fundação Getulio Vargas

Possui doutorado e mestrado em direito administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Carlos Ari Sundfeld atua como professor, pesquisador, parecerista independente e árbitro nas áreas de direito público e regulação. É professor fundador da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (Direito GV/FGV), além de presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), da qual foi criador. Esteve diretamente envolvido na formulação de diversas inovações legais, em temas como telecomunicações, agências reguladoras, Parcerias Público-Privadas, licitação por pregão e processo administrativo.

Resumo

Em meio a crescentes necessidades de investimento e problemas de gestão, o direito oferece diversos arranjos de parceria entre o Estado e a iniciativa, que se dividem entre duas fórmulas: empresa ou contrato. Neste artigo, Carlos Ari Sundfeld explica as principais diferenças entre estas duas modalidades, citando exemplos fundamentais. Além disso, contextualiza a Lei de Concessão, a Lei de Parceria Público-Privada e as diversas leis setoriais editadas no âmbito federal, todas prevendo negócios público-privados.

Para atender às necessidades de investimento e os problemas crescentes de gestão em nossa sociedade cada vez mais complexa, o direito oferece alguns arranjos interessantes de parceria entre o Estado e a iniciativa privada. Eles seguem duas fórmulas cujas características gerais já são clássicas: empresa ou contrato. O maior ou menor êxito no seu uso depende, em boa medida, da qualidade das instituições jurídicas a que se conectam. Sem solidez jurídica não são viáveis empresas e contratos para empreendimentos sofisticados e de maturação longa.

Que avaliação pode ser feita hoje no Brasil quanto às qualidades jurídicas das parcerias empresariais ou contratuais entre Estado e particulares?

PARCERIAS EMPRESARIAIS

O regime jurídico da associação entre Estado e particular na constituição e manutenção de empresas varia bastante segundo o grau de participação de cada sócio. Há três figuras a considerar: empresas estatais, empresas semiestatais e empresas não estatais com capital público minoritário.

Empresas em que o Estado detém a maioria do capital votante sobre um remanescente de capital privado enquadram-se no gênero empresa estatal, da espécie sociedade de economia mista. São exemplos a Petrobras, estatal federal do setor petrolífero, a Eletrobras, estatal federal exploradora do serviço público de energia, e a Sabesp, estatal do governo paulista que presta serviços municipais de saneamento. São empresas de capital aberto, com ações negociadas em bolsa e forte participação privada. Ao mesmo tempo, são consideradas entidades estatais, integrantes da administração pública indireta.

Seu regime vem de um delicado equilíbrio de soluções jurídicas. De um lado, essas empresas mistas são muito impactadas pelo direito das sociedades anônimas e pela regulação do mercado de capitais, cujo objetivo geral é proteger os acionistas minoritários e garantir

transparência para o mercado quanto à atuação empresarial. A evolução jurídica brasileira nesse campo foi notável a partir da edição da famosa Lei das S/A em 1976, do fortalecimento do regulador (a Comissão de Valores Mobiliários), que ocorreu por mudanças legislativas em 2002, e das práticas de governança corporativa impostas no Novo Mercado, por iniciativa da BMFBovespa. Todavia, ainda falta jurisprudência capaz de definir com mais clareza os limites do exercício de poder do acionista controlador pelo Estado – que, pela soma de poderes que tem, é um sócio majoritário não totalmente confiável. Em tese, esse problema pode ser enfrentado, nos casos em que a participação privada esteja concentrada, pelo mecanismo do acordo de acionista.¹ Essa foi a solução usada, no final da década de 1990, quando o governo mineiro vendeu em bloco uma participação relevante do capital da Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG). Mas houve um conflito judicial posterior quanto à validade do acordo, sob o argumento de que o poder do Estado sobre suas empresas estatais não poderia ser condicionado ou limitado por acordo de acionistas. A discussão jurídica acabou inconclusa, mas, de qualquer modo, o precedente é negativo.

De outro lado, as sociedades de economia mista estão muito sujeitas ao direito público, que regula a influência e os controles públicos das autoridades do Estado sobre elas, e também limita e direciona a atuação empresarial, para fazer com que sejam realizados alguns fins públicos importantes. O direito público brasileiro aplicável às empresas estatais tem mudado bastante a partir do marco da Constituição de 1988. O sentido mais geral dessa mudança é positivo, pois aumentaram os controles sobre os negócios públicos. Todavia, um problema importante é que as regras de gestão pública, que são cada vez mais aplicadas às empresas estatais (ex.: dever de licitar e de fazer concurso público para admitir empregados), têm se mostrado pouco adaptadas às necessidades empresariais, o que vem impondo custos e incertezas sobre a atuação das sociedades de economia mista.² Assim, a sociedade de economia mista não tem se mostrado um modelo muito adequado para novas parcerias.

¹ SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas empresas estatais. In SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). "Direito Administrativo Econômico", São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 264-285.

² SUNDFELD, Carlos Ari, e DE SOUZA, Rodrigo Pagani. Licitações nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério. In SUNDFELD, Carlos Ari (organizador). "Contratações Públicas e seu Controle", São Paulo, Malheiros, 2013, pp. 79-101.

Por isso, nos últimos anos, uma alternativa vem sendo testada no âmbito federal: a de o poder público, por meio de empresa estatal, ingressar como acionista minoritário relevante de empresa do setor privado, participar do seu controle pela via de um acordo de acionista e, por meio de contratos administrativos, associar-se a essa empresa para empreendimentos importantes. Caixa Econômica Federal e Telebras já fizeram associações desse tipo. O resultado é uma empresa semiestatal, que celebra, sem licitação, contratos de prestação de serviços ou de fornecimento com a estatal que é sua sócia e, assim, tem garantia de mercado e de receita por prazo longo, em uma parceria estável.³ Como o poder público é minoritário, além de a empresa não se sujeitar às regras de gestão pública, o acionista privado fica mais seguro. Ainda é cedo para avaliar esse tipo de iniciativa, ainda vista com alguma desconfiança pelos órgãos de controle, por envolverem contratos sem licitação. Mas pode ser um caminho interessante.

O modelo de empresas não estatais com capital público minoritário vem sendo desenvolvido há muitos anos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que adquire participações em empresas do setor privado, para viabilizar sua reestruturação e expansão (casos mais recentes são os da OI e da JBS). A gestão da empresa é totalmente de direito privado. O regime jurídico aplicável na relação entre as partes (acionista público e acionista privado) é o da legislação societária comum (Lei das S/A e outras), que já alcançou sua maturidade. A previsibilidade da ação do parceiro público vem sendo assegurada pela qualidade da governança do BNDES, com seus 60 anos de história.

Mas seria esse modelo replicável fora do BNDES? O governo federal entendeu que sim, quando concebeu a privatização de aeroportos e impôs que a concessionária, resultante de licitação, seria uma empresa sob controle privado, mas com capital também subscrito pela União, por meio da Infraero. Outras empresas estatais, e mesmo fundos de origem pública, têm seguido esse caminho, seja para expandir negócios (caso da Sabesp) ou para

O DESAFIO É CONSTRUIR UMA GOVERNANÇA ADEQUADA PARA AS DECISÕES DO PARCEIRO PÚBLICO. ESTAMOS COMEÇANDO A ADQUIRIR EXPERIÊNCIA NESSE ÂMBITO.

fazer investimentos (caso do FGTS, que criou um fundo de investimento para comprar participações societárias). O modelo jurídico não tem suscitado muitas dúvidas. Vem se reconhecendo grande discricionariedade para o Estado escolher seus parceiros, sem necessidade de licitação (salvo quando a parceria nasce junto com a outorga da concessão). O desafio é construir uma governança adequada para as decisões do parceiro público. Estamos começando a adquirir experiência nesse âmbito.

A conclusão é que a fórmula empresarial tem sido resgatada nos últimos anos para viabilizar parcerias entre Estado e iniciativa privada, mas o tradicional modelo da empresa estatal está em baixa. Empresa não estatal com participação pública minoritária parece ser o novo caminho. A qualidade do relacionamento entre as partes vai depender muito da qualidade jurídica dos acordos de acionistas construídos e das práticas desenvolvidas para a solução de conflitos. A adoção da arbitragem, viabilizada por uma lei de 1996 e em expansão no Brasil, surge como a opção natural.

Vale observar que, mais recentemente, vem sendo experimentada uma solução mais leve, que, com alguma liberdade, pode-se denominar como “quase empresarial”. A ideia é que o Estado, usando direitos seus, que tenham valor patrimonial (ex.: títulos representativos de direito adicional de construção em áreas urbanas), subscreva cotas de fundos de investimentos constituídos sob a regulação

³ SUNDFELD, Carlos Ari e DE SOUZA, Rodrigo Pagani e PINTO, Henrique Motta, Empresas semiestatais e sua contratação sem licitação, In SUNDFELD, Carlos Ari (organizador), “Contratações Públicas e seu Controle”, cit., pp. 102-129.

da Comissão de Valores Mobiliários, os quais se tornam veículos de associação com capitais de origem privada para empreendimentos de diversos tipos. Tecnicamente, esses fundos não têm personalidade jurídica, ficando sua gestão a cargo de terceiros, atores do mercado financeiro. Mas têm patrimônio próprio (imóveis, ações de empresas) e travam relações jurídicas (contratos, p.ex.). Em suma, são “quase empresas”. A vantagem no uso desses fundos pelo Estado se deve, por uma parte, à possibilidade de dar mais agilidade para transacionar tanto com os bens que lhes são transferidos pelos cotistas, como com as participações que adquiram. Por outra parte, esses fundos se sujeitam a um regime regulatório financeiro que já alcançou bom nível de confiabilidade, o que protege o patrimônio público, atrai parceiros privados e facilita a transação com as cotas.

PARCERIAS CONTRATUAIS

O principal modo de estabelecer parcerias entre o Estado e empresas do setor privado para a realização de empreendimentos é a celebração de contratos.

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

Tradicionalmente, o objeto desse tipo de contrato é a delegação, pelo Estado ao concessionário, da implantação ou gestão de empreendimento público, ficando os investimentos a cargo do concessionário, para serem recuperados com a posterior exploração, em geral por tarifas pagas pelos usuários finais. Segundo o modelo clássico, o concedente deveria ter extensos poderes para modificar as condições de implantação ou exploração do empreendimento, desde que respeitasse o equilíbrio econômico-financeiro e, assim, não impusesse prejuízos injustos ao concessionário. Essa premissa foi mantida pela Lei de Concessão, que,



Construção de estrada em São Paulo, SP.

no entanto, inviabilizou, na prática, a chamada encampação pelo Estado, isto é, a extinção do contrato antes do prazo por razões de interesse público. A encampação passou a depender de dois requisitos de difícil realização: a autorização prévia, caso a caso, do Poder Legislativo, e o pagamento também prévio de indenização ao concessionário. Com isso, afastou o risco do puro e simples confisco dos investimentos do concessionário.

Ao lado da Lei de Concessão, temos no Brasil um número grande de leis setoriais editadas no âmbito federal, em telecomunicações, energia elétrica, petróleo, portos, saneamento etc., todas prevendo negócios público-privados, com nomes variados: concessões, arrendamentos, contratos de partilha, ou mesmo autorizações.⁴ Várias dessas leis utilizam a Lei de Concessão como norma subsidiária de seus contratos; é o caso da energia elétrica e dos aeroportos, por exemplo. Outras têm seus próprios modelos de contrato, como no setor petrolífero e em telecomunicações. Mas, em termos gerais, há nessa legislação a orientação comum de buscar o equilíbrio entre os valores públicos e os interesses dos investidores e de obter relações jurídicas estáveis e seguras.

Quase uma década após a Lei de Concessão, que dispõe sobre a concessão comum, surgiu mais uma, que chamamos de Lei de Parceria Público-Privada – PPP (lei federal 11.079, de 2004).⁵ A Lei de PPP criou dois novos tipos de concessão: a concessão patrocinada e a concessão administrativa. É uma espécie de lei de complementação à Lei de Concessão, pois o regime das concessões patrocinada e administrativa é, em boa parte, o mesmo da concessão comum.

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

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

O que há de semelhante entre essas novas concessões PPP (administrativas ou patrocinadas) e as antigas concessões (comuns) de serviço público é que, em todas elas, o concessionário faz investimentos iniciais para implantar um serviço ou infraestrutura, os quais serão amortizados a seguir, no curso de um prazo longo, sendo a remuneração uma contrapartida pelas utilidades que o serviço ou infraestrutura propiciam. O regime jurídico comum a todos esses contratos tem a ver com a necessidade de assegurar segurança ao investidor no decorrer de um período dilatado; do contrário, ele não faria investimento algum.

Nas concessões PPP, como os pagamentos vêm diretamente de entes estatais, é preciso muita prudência na decisão de contratar, pois os negócios vão onerar o orçamento público de muitos anos futuros. Por isso, a lei brasileira de PPP tem regras fortes para limitar e controlar esse endividamento, em nome da responsabilidade fiscal. A sobredita norma foi prudente, restritiva, impedindo que ocorresse a disseminação muito ampla ou rápida dessas contratações, o que poderia colocar em risco o equilíbrio orçamentário, que tem sido prioridade nacional nos últimos 20 anos.

E o que se pode dizer da aplicação concreta do sistema nesses quase 20 anos? A avaliação é positiva. Novos empreendimentos vêm surgindo regularmente e não tem havido crises graves em seu funcionamento.

Com base direta na Lei de Concessão, os mais importantes estados da federação – especialmente São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul – implantaram grandes programas de concessão de suas estradas, melhorando bastante suas malhas rodoviárias. Mas, como é natural, surgiram

⁴ Ampliar em SUNDFELD, Carlos Ari, "Direito Administrativo Contratual", coleção "Pareceres", vol. II, 2013, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais.

⁵ Ampliar em SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). "Parcerias Público-Privadas", 2ª, ed., 2011, S.Paulo, Malheiros.

conflitos envolvendo o concessionário durante a execução dos contratos. Por vezes, os conflitos se deram com os usuários, insatisfeitos com a obrigação de pagar tarifas (pedágios). Outras vezes, os conflitos foram com o concedente, que se recusava a cumprir o ajustado (reduzindo unilateralmente o pedágio, por exemplo). Muitas ações judiciais foram propostas e, no geral, a Justiça optou pela segurança, mantendo a relação nos termos previstos no contrato.⁶

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

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

Além das características intrínsecas à legislação, um elemento institucional tem contado no Brasil para o sucesso do programa de negócios público-privados. Trata-se do fato de terem sido instituídas agências reguladoras para celebrar ou administrar esses ajustes. No nível federal, essas agências são separadas por setores: telecomunicações, energia elétrica, petróleo, portos, aviação civil, transportes terrestres etc.⁷

No nível dos estados, a tendência tem sido a criação de agências multisetoriais. Embora

haja certa heterogeneidade entre as várias agências, seja no âmbito federal como estatal, elas trouxeram mais profissionalismo à análise de questões contratuais e regulatórias e, em muitos casos, conseguem atuar com razoável autonomia, estando seus dirigentes protegidos por exercerem mandatos com prazo certo.

Além disso, na tomada de decisões, as agências reguladoras foram obrigadas, por suas leis de criação, a realizar processos administrativos (consultas públicas para edição de regulamentos, processos sancionadores, processos públicos para revisão de tarifas etc.). Nesse trabalho, elas obedecem as Leis de Processo Administrativo, que foram surgindo contemporaneamente à criação das agências. A Lei de Processo Administrativo do Estado de São Paulo é de 1998 (Lei Estadual nº 10.177) e se aplica às entidades desse estado, inclusive às suas agências reguladoras. A Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784), que tem de ser observada pelas várias agências da Administração Federal, é de 1999. O conjunto dessas normas federais e estaduais forma uma legislação consistente, que incorporou e consolidou a tradição do direito administrativo, que já vinha se desenvolvendo regularmente no Brasil há décadas, em temas como a exigência de motivação de atos administrativos, o direito à defesa administrativa ampla e prévia para acusados de infração, o recurso administrativo, a estabilização de atos administrativos pela passagem do tempo, impedindo sua invalidação etc.⁸

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

⁶ Como exemplo, veja-se TJSP, 11ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 9071957-93.2009.8.26.000, rel. Des. Oscild de Lima Jr., j. 14.5.12; e TRF-4, 4ª Turma, Apelação 0010436-16.2003.404.7000/PR, j. 3.2.2010.

⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras, em Carlos Ari Sunfeld (coord.), "Direito Administrativo Econômico", cit., pp. 17-38.

⁸ Ampliar em SUNDFELD, Carlos Ari e MUÑOZ, Guillermo Andrés (coordenadores), "As Leis de Processo Administrativo", 2000, S.Paulo, Malheiros.