
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n.19, p. 1-254, jan./mar. 2005

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzi
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Clóvis Beznos
Enrique Silva Cimma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jorge Luis Salomoni

José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajaville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate
Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
(*in memoriam*)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2005

Todos os direitos reservados. É 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 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luís Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros
CRB 1545/MG 6ª região

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

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo Território Nacional

Responsabilidade Fiscal e Parcerias Público-Privadas: o Significado das Diretrizes Contidas no art. 4º da Lei nº 11079/04*

Vanice Lírio do Valle

Doutoranda em Direito, Estado e Cidadania pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho. Procuradora do Município do Rio de Janeiro

Sumário: 1 Considerações iniciais - 2 A responsabilidade fiscal como diretriz para a celebração de parceria público-privada — significado dessa opção - 3 Ainda a responsabilidade fiscal como diretriz para a opção pela parceria público-privada, e a repartição de riscos - 3.1 Alcance do conceito de risco referido pela Lei nº 11.079/04 - 3.2 A conciliação possível entre prevenção de risco de desequilíbrio das contas públicas e repartição objetiva dos mesmos - 4 A responsabilidade fiscal como diretriz para a execução de parceria público-privada - 5 À guisa de conclusão - Bibliografia

1 Considerações iniciais

Constitui verdadeiro lugar-comum no cenário jurídico brasileiro — infelizmente — uma certa dose de paixão a cada vez que se introduz, no plano do direito normado, uma mudança substantiva, um instituto ou modalidade negocial nova, especialmente quando ela diz respeito a relações a serem empreendidas envolvendo o Poder Público. Assim, reações sanguíneas se verificam de pronto, sem que o labor do legislador mereça sequer o crédito de confiança de — quando menos — uma tentativa de interpretação construtiva. Satanizam-se assim as leis, como se elas pudessem em si constituir um mal, numa conveniente abstração¹ do dado hoje evidente, de que é o intérprete quem extrai do texto, a norma, que traduzirá por sua vez o “... critério jurídico [aplicável] no juízo decisório de um concreto problema jurídico-normativo...” (CASTANHEIRA NEVES, 2003, p. 28). Imperioso o repúdio a essa visão reducionista, que muitas vezes não permite à lei o benefício de sua aplicação e o aprendizado que ela mesma proporciona, e nem tampouco a eventual demonstração cabal, por intermédio desses

* A evolução das considerações que ora se lança foi subsidiada pela valiosa contribuição do Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Davi Marques da Silva, e pela Economista Sol Garson Braule Pinto, a quem de já se agradece.

¹ A atribuição, de início, dos eventuais desdobramentos negativos de uma regra jurídica recém editada às suas deficiências textuais ou contedísticas, exime de responsabilidade o seu aplicador, que aprioristicamente, passa a contar com uma espécie de “indulgência” contra os insucessos decorrentes dessa mesma aplicação.

mesmos exercícios, de que ela atende a seus propósitos, e contribui para a tutela dos valores que a inspiraram.

A reflexão acerca da interface da Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004, que “institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública”, com a Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000 — Lei de Responsabilidade Fiscal — constitui exemplo de viveiro de conjugação de normas fortemente criticadas, antes mesmo que o exercício de sua aplicação permitisse qualquer dado empírico a corroborar as apontadas imperfeições. Dedicam-se essas linhas a uma tentativa de superação desse distorcido raciocínio, que tolda a visão do intérprete, afastando-o das virtudes do texto contra quem se lança a pecha da imprestabilidade. Busca-se portanto, a retomada de um diálogo com o direito posto que versa sobre o tema, que bom ou mau, existe, está em vigor e exige aplicabilidade. Afinal, já advertia Gadamer (2002, p. 252) que “...a incapacidade para o diálogo parece-me ser mais a objeção que se lança contra aquele que não quer seguir nossas idéias do que uma carência real no outro...”.

Para tal exercício, aliás, a oportunidade é riquíssima. Afinal, a leitura dos arts. 2º e 4º da Lei nº 11.079/04 demonstra que integra a própria essência da PPP, uma interação entre o Estado provedor de serviço público, e o parceiro privado, que aspira — por sua vez — às vantagens próprias de um negócio adequadamente conduzido. Ter-se-á, portanto, a necessária convivência pacífica entre o Estado executor de ações que lhe são próprias, e — ainda que não em um plano tão proeminente — o Estado agente do planejamento econômico, indutor de condutas e atividade que contribuam para o atendimento de seus próprios fundamentos.² Essa conciliação de papéis, que se reputa aprioristicamente impossível, pode encontrar na sistemática normativa da responsabilidade fiscal — apontada literalmente como diretriz na celebração dessa particular espécie contratual³ — um caminho de superação de parte dos riscos atribuídos à implementação das PPPs, legitimando a opção da modalidade negocial como adequado caminho de tutela ao interesse público.

Registre-se que a ausência de aplicação prática — já mencionada — retira também dessa análise os benefícios do chamado direito vivente; todavia,

² A referência aqui aos fundamentos do Estado se faz *lato sensu*, a partir das cogitações que são próprias da ciência política, mas também àqueles fundamentos que são específicos do Estado Brasileiro, e que se encontram consagrados no art. 3º da Constituição Federal.

³ V. art. 4º, IV da Lei nº 11.079/04.

reputa-se que o provocar do debate terá por si só seus méritos, justificando a empreitada.

2 A responsabilidade fiscal como diretriz para a celebração de parceria público-privada — significado dessa opção

O tema da responsabilidade fiscal — já se teve oportunidade de adiantar — é posto pela Lei nº 11.079/04 de início, em seu art. 4º, IV, como diretriz⁴ à contratação de PPP, atraindo portanto para essa manifestação concreta do atuar estatal, o conceito contido no art. 1º, §1º da Lei Complementar nº 101/00, que assim se expressa:

Art. 1º, §1º - A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultado entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange à renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

Observe-se que esse mesmo conceito se cinde em duas parcelas: uma de enunciação em abstrato do que se tenha por conduta responsável sob o prisma fiscal (numa dimensão material, portanto); e outra, que enuncia caminhos materializadores dessa mesma conduta desejável (já numa dimensão instrumental). Extrai-se portanto do texto sob análise o núcleo fundamental do conceito, qual seja, ação *planejada e transparente, finalisticamente orientada* à prevenção de riscos e correção de desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas.

Transportado o conceito para a disciplina legal das PPPs, têm-se a consagração dos vetores do planejamento, transparência e equilíbrio das contas como orientadores da sua contratação, ou seja, como *incidentes já em relação a uma atividade que é prévia à celebração da avença*. Isso significa atrair os parâmetros da gestão responsável para uma fase muito pouco considerada pelo texto da Lei nº 11.079/04,⁵ qual seja, a identificação dos

⁴ A expressão “diretriz”, referindo a idéias nucleares (valores e padrões de conduta) aplicáveis a essa particular espécie de contratação estatal constitui inovação da Lei nº 11.079/04, diferenciando-se no particular a fórmula do art. 3º da Lei nº 8.666/93, que alude a princípios aplicáveis à licitação. Não parece, todavia, que a opção terminológica implique em mudança substantiva de conteúdo. Em verdade, também quando o art. 4º da Lei nº 11.079/04 alude às *diretrizes* aplicáveis à contratação de PPPs, enuncia valores que se revestem de fundamentalidade quando se cogita daquela particular atividade do Estado; traduzindo em última análise, parâmetros para a aferição da legitimidade de sua opção negocial e dos atos de execução dessa mesma escolha. Ter-se-á, portanto, na substância, a enunciação de princípios aplicáveis - ao menos no sentido que SILVA (2003, p. 612-613) assinala seja o mais comum na doutrina brasileira - ainda que o “apelido” seja outro.

segmentos de atividade propícios à celebração desse tipo de ajuste (análise mais genérica) e em particular, dos modelos de negócios próprios à constituição em concreto de parcerias público-privadas.

Essa afirmação — que parece singela — tem em verdade, profunda significação (e certamente aí reside, muito mais que na dimensão formal da conduta fiscal responsável,⁶ a mais importante interface entre ambos os diplomas legais), na medida em que auxilia a compreensão quanto à idéia — que já começa a se divulgar com um viés que talvez não seja o mais adequado⁷ — da existência de um espaço de discricionariedade para o administrador público optar; seja com relação a qual seja o segmento em que se possa verificar uma PPP, ou ainda mais especificamente, no que toca a qual a extensão de seus termos ou qual o modelo contratual que se proporá aos eventuais futuros parceiros privados. Qual há de ser o verdadeiro sentido desse juízo discricionário, que ao administrador público⁸ se reconhece, quanto à opção numa situação em concreto, por essa destacada espécie contratual?⁹

Entendida discricionariedade — como propõe Moreira Neto (2002,

⁵ Os arts. 14 e 15 da Lei nº 11.079/04 cuidam, é verdade, da figura do órgão gestor das parcerias público-privadas federais, e enunciam alguns aspectos de sua relação com as estruturas públicas interessadas na concretização da parceria, dando a perceber incumbir àquele primeiro, por provocação do segundo, deliberar sobre a proposta de construção de uma relação de parceria. Esses são preceitos que se relacionam com a fase preparatória de identificação e modelagem de negócio a ser explorado em parceria público-privada. Parece, todavia, insuficiente a previsão legal, seja por sua aplicabilidade (em reverência, é verdade, à autonomia das entidades federadas) tão-somente à União; seja por um vício prioritariamente orgânico-estruturante, sem que se cogite de parâmetros a serem necessariamente considerados na análise da proposta de celebração de PPP, menos ainda de quais sejam os mecanismos de participação popular disponíveis para a interseção nessa fase inicial da deliberação quanto à adoção desse particular modelo negocial.

⁶ A referência aqui se faz, vez que há uma certa tendência à identificação do atendimento aos requisitos da LRF com o mero preencher de formulários e relatórios, ou seja, destacando-se sua dimensão formal em detrimento do que ela tem de mais importante a contribuir ao aperfeiçoamento da ação estatal, que é a dimensão substantiva de seu planejamento e execução.

⁷ Aqui já se identifica uma clara divisão: os detratores da idéia de PPP apontam nesse espaço discricionário de decisão um fator indesejável de risco quanto à adequação, do ponto de vista do interesse público, do negócio; já os partidários da idéia assinalam, com justa razão - como se verá no desenrolar do texto - que espaço discricionário não implica em liberdade absoluta, insuscetível de controle e de relação de causalidade/instrumentalidade com o atendimento ao interesse público.

⁸ No caso particular da União, é a própria Lei nº 11.079/04 quem remete ao órgão gestor - art. 14, I - essa tarefa de identificação dos serviços prioritários para execução no regime de PPP. Nas demais entidades federadas — à vista de sua autonomia — o assinalar dessa competência, com ou sem criação de um órgão gestor, caberá à lei local.

⁹ Importante de já assinalar que o termo parceria público-privada, no direito posto brasileiro — nos termos do art. 2º e seus parágrafos da Lei nº 11.079/04 — ganhou uma dimensão mais estreita do que o sentido mais amplamente utilizado internacionalmente, que compreende modelos negociais também existentes no Brasil, mas classificados sob outra dimensão. Assim é que, segundo se pode verificar da leitura do *report* em parcerias público-privadas do Fundo Monetário Internacional, datado de 12 de março de 2004 (disponível em: <<http://www.inf.org/external/np/fad/2004/pifP/eng/031204.pdf>>, p. 7-8), modalidades como a contratação para a execução pura e simples de serviços de natureza continuada, regidas no Brasil pela disciplina contida na Lei nº 8.666/93, ou ainda as concessões reguladas pela Lei nº 8.987/95, são classificadas igualmente como parcerias público-privadas. Essa diferenciação conceitual é extremamente relevante quando se busca referências internacionais de funcionamento e modelagem de PPPs.

p. 33) — como a “...qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico.”; ter-se-á por consequência que essa integração legislativa, no especial caso das PPPs há de ter em conta os parâmetros da gestão fiscal responsável traçados por sua já mencionada lei de regência: ação planejada, transparente e finalisticamente orientada. São esses os vetores que orientarão a opção política, que materializa ainda — usando mais uma vez a expressão de Moreira Neto (2002, p. 33) — uma “...alocação autoritária de valores...”, definindo o caminho de busca do ponto ótimo de atendimento, na hipótese, ao interesse público.

Observe-se que essa compreensão do sentido da fixação da responsabilidade fiscal como diretriz — e portanto, como elemento orientador da formulação de um juízo discricionário quanto à possibilidade de sua aplicação — se revela fundamental quando se tem em conta que as considerações envolvidas na definição da adequação de um modelo de parceria público-privada nem sempre serão de caráter exclusivamente financeiro; mas sempre e necessariamente terão em consideração (por óbvio), o melhor atendimento ao interesse público.

Explica-se. Constitui conhecimento comum, a afirmação de que um dos elementos determinantes da construção da idéia de parcerias público-privadas é a inconciliabilidade da necessidade crescente de investimentos públicos, com a inegável limitação que a esses mesmos recursos se põe. Assim, o ingresso do parceiro privado pode permitir, seja o financiamento em si da iniciativa para a qual não dispunha o Poder Público dos recursos, seja a otimização dos poucos valores disponíveis, decorrente de uma maior *expertise* da área privada quanto a determinado tema ou operação. Essa ordem de consideração permite uma avaliação financeira relativamente acurada de quais sejam os possíveis benefícios da opção pelo modelo da PPP — e portanto, uma objetivação cartesiana da decisão.

À *coté* dessa mesma idéia-base — captação de financiamento privado — outras vantagens podem ser associadas à PPP, ganhos esses que não se mostram tão tangíveis quanto a captação em si dos recursos. Assim é que as “Diretrizes para Parcerias Público-Privadas Bem Sucedidas” editadas pela Comissão Europeia — Diretoria Geral de Política Regional (2003, p. 15-16) apontam ainda como benefícios possíveis da adoção dessa modalidade

negocial:

- aceleração da disponibilização da infra-estrutura, que construída com recursos privados não sujeitos a limitações dos públicos, pode se submeter a cronogramas mais abreviados; ou ainda implementação e disponibilização mais rápida do serviço ou utilidade;¹⁰
- melhor alocação de riscos da atividade;
- potencial de instituição de mecanismos de incentivo de desempenho e conseqüente melhor qualidade do serviço;
- aprimoramento da atividade da administração pública pelo incremento de sua *expertise* mais gerencial e menos executiva quanto à atividade desenvolvida em parceria;
- aprimoramento da atividade da administração pública em outras áreas de atuação, pela desoneração financeira e de sua estrutura operacional decorrente da parceria, permitindo realocação de recursos;¹¹

Pois bem. A opção pela disponibilização de um serviço ou utilidade pelo modelo da PPP pode em tese decorrer, não necessariamente de uma impossibilidade real da administração pública provê-lo diretamente, sem o parceiro privado; mas sim de um desses outros elementos menos tangíveis ou ainda, de uma combinação deles.¹² Essa opção, em particular, nem sempre encontrará na matemática financeira a sua melhor tradução, o que não significa dizer que ela não possa ser tida, em si, por legítima. Afinal, o processo de escolha pública nem sempre se presidirá exclusivamente pela dimensão financeira de custo-benefício, na medida em que há outros valores, não traduzíveis monetariamente, que podem presidir a escolha do Estado. O elemento de legitimação, todavia, há de residir necessariamente

¹⁰ A esses valores, que envolvem a aferição do custo oportunidade da não disponibilização de infra-estrutura ou serviços, associam os economistas o conceito de *social time preference rate (STPR)*.

¹¹ É de se ter em conta que essa otimização de recursos e ativos em verdade se relaciona igualmente com a difícil questão atinente ao redimensionamento constitucional do Estado empresário, para usar a expressão de SOUTO (2000, p. 160). Afinal, se ao Estado cabe a prestação de serviços públicos e o exercício excepcional da atividade econômica, é de se ter por possível que o redirecionamento dos meios disponíveis — materiais ou recursos humanos — para outra atividade, pode implicar em maior sintonia com esse parâmetro constitucional. Tal percepção, todavia, nem sempre será tão clara, posto que é a própria Carta de Outubro — lembra o autor — quem acomete à lei a tarefa da determinação do que se possa ter por relevante interesse público, abrindo espaço para grande debate acerca de quais devam ser, efetivamente, os segmentos de atuação, e mais ainda, de atuação principal do Estado.

¹² A remodelagem de um porto, que permita — por hipótese — a saída da produção industrial de uma determinada região pode ser possível ao Poder Público, em um espaço de 10 anos. Já a adoção da PPP pode permitir esse mesmo resultado em 3 anos, e esse adiantamento da disponibilidade da infra-estrutura pública se revelar importante do ponto de vista da perspectiva de maior desenvolvimento econômico da região.

na transparência dos fatores que presidiram, ao fim e ao cabo, a opção.¹³

De tal opção — que venha a privilegiar outros elementos que não o custo financeiro direto de uma determinada empreitada — hão de dar conta os elementos de planejamento (que conterão todas as variáveis consideradas, tangíveis e intangíveis), e mais ainda, a transparência verificada no processo; ambos devendo concorrer para o resultado pretendido que é, proximamente, a prevenção de riscos fiscais.

O tema ganha especial relevância quando se têm em conta as considerações suscitadas pela *public choice theory*, que, investigando o processo de construção das decisões coletivas, denuncia os riscos de distanciamento do interesse público a partir de uma tendência natural de parte dos realizadores de políticas públicas, de atender precipuamente a seus interesses pessoais, ou quando menos de maximizar a utilidade daquela ação governamental para o atendimento a essa mesma perspectiva subjetiva, própria. Se assim o é; se as escolhas públicas — especialmente as já de cunho mais concreto, como as de eleição do instrumento contratual mais adequado à realização de um determinado programa governamental — estão sujeitas aos riscos de captura por interesses localizados;¹⁴ a criação de mecanismos de prevenção, ou no extremo, de explicitação dessa mesma captura torna-se absolutamente fundamental ao controle (especialmente, o social) da ainda harmonia entre o agir do Estado e o interesse público.¹⁵

Significa dizer, em última análise, que a afirmação da responsabi-

¹³ Observe-se que o sentido de transparência atraído à incidência por força do art. 4º, IV da Lei nº 11.079/04 é mais amplo do que o contemplado no mesmo art. 4º, V (“...transparência dos procedimentos e das decisões...”), de caráter mais formal-instrumental. Ainda que se pudesse ter dúvidas se a expressão “transparência dos procedimentos” compreende mais do que a divulgação do *iter* percorrido, não há dúvida, tendo em conta a definição do que seja gestão fiscal responsável, que a abrangência será necessariamente maior, envolvendo o conhecimento dos parâmetros de decisão e seu nexos causal com a finalidade pretendida, qual seja, o atendimento ao interesse público, conciliado com o equilíbrio das contas não menos públicas.

¹⁴ Particularmente impactante o comentário de LEMIEUX (2004, p. 27) acerca do potencial de distorção de importantes elementos de decisão por intermediários no processo, em particular, os burocratas. Vale a transcrição: “...Bureaucrats can do this [interferir no processo decisório] because their political sponsors (the politicians or other political masters who determine the agency’s budgets) do not know the real costs of producing what they order from the bureaucracy. Of course, the sponsors will try to control bureaucratic activities, but the monopolistic (single-provider) advantage of the bureaus will defeat, at last, some of those efforts. This theory is supported by a large number of studies showing that production costs in public bureaucracies are higher than in comparable private enterprises.

Another way the bureaucrat exerts power is by being an agenda setter. As we have seen, the agenda setter can often lead the system toward the results he prefers by deciding which alternatives, in what order, will be voted upon by the politicians or the citizens.”

¹⁵ Frise-se o debate entre preconizadores da *public choice theory* — em sua maioria, originários da economia — e os estudiosos de direito constitucional (em particular) que reputam aos primeiros uma tendência reducionista à importância da cidadania, da participação popular e outros movimentos sociais que tenderiam à superação dessa perspectiva individualista. Para um entrever dessa contradita, vale a consulta a ACKERMAN (1999, p. 424).

lidade fiscal, como diretriz da contratação das parcerias público-privadas, importa em *elevá-la à qualidade de elemento de legitimação da decisão* que anteceda a celebração da avença. E aqui se cogita da legitimação da decisão, não só no seu conteúdo ético — vertente normalmente mais divulgada do conceito — mas também no conteúdo racional de que ela se possa revestir (GALLAROTTI, 1989, p. 43-44), de ativo detido pelo Estado, ativo normalmente “investido” com a finalidade de neutralizar eventuais riscos ao próprio Estado.¹⁶ Assim é que revestida essa escolha, quanto à celebração de PPP para o desempenho de um determinado serviço público, da devida legitimidade, ter-se-á por consequência que “...*the state can minimize the number of unproductively employed resources used to meet adverse contingencies emanating from social discontent*” (GALLAROTTI, 1989, p. 53); efeito que por sua vez, retroalimenta, ainda que não na dimensão do direito financeiro, a ação governamental de prevenção de riscos — aqui, os riscos sociais, que não hão de ser menos relevantes do ponto de vista do Estado.

Associados, portanto, LRF como diretriz e legitimidade da ação estatal consistente na celebração de PPP, abre-se um caminho de gerenciamento da miríade de fatores que interferem numa decisão dessa natureza, que haveria de ter — como efetivamente teve, por intermédio do preceito contido no art. 4º, IV da Lei nº 11.079/04 — firmado em sua lei de regência, quando menos um limite que permita a identificação uma zona de certeza negativa em relação a um determinado conjunto de possibilidades de encaminhamento do decidir do Estado.

3 Ainda a responsabilidade fiscal como diretriz para a opção pela parceria público-privada, e a repartição de riscos

Segundo aspecto em que a consagração da responsabilidade fiscal como diretriz para a opção pela parceria público-privada há de deitar efeitos, diz respeito à sua interseção com outra diretriz contemplada no mesmo art. 4º, VI da Lei nº 11.079/04, a saber, a de “...repartição objetiva de riscos entre as partes...”.

3.1 Alcance do conceito de risco referido pela Lei nº 11.079/04

Primeira consideração que se impõe fazer diz respeito a qual a

¹⁶ Interessante a visão do autor, que na busca da construção de uma teoria racional da legitimidade, classifica-a como um ativo detido pelo Estado, cuja aplicação principal se dá, normalmente, na preservação desse último contra as ameaças interna e externas de subversão. Observe-se que esse ativo, por sua vez, tem seu valor é fortemente influenciado pela gestão que se empreenda com relação aos gastos e recursos públicos, vez que são esses que terão o condão de gerar ou superar demandas sociais.

compreensão a se oferecer ao risco de que se está cogitando no mencionado art. 4º, VI da Lei nº 11.079/04. Isso porque — embora a lei cuide de uma particular modelagem negocial, o que induz à compreensão de que o risco em causa é o risco empresarial — fato é que o estado da arte hoje da percepção da relação risco — Estado tem em consideração um conceito muito mais amplo do que esse. Assim é que, superada a perspectiva de possibilidade de, pela regularidade, empreender-se à identificação de uma estrutura seletiva dos acontecimentos (que por sua vez permitiria, na lição de DI GIORGI, 1998, p. 188) a construção de conexões entre eles, a imputação de causalidades e a elaboração de descrições); defronta-se a sociedade com a constatação da fragilidade do conceito de normalidade, e o relevo da indeterminação, das contingências. Disso decorre que o direito — que na lição do já mencionado autor (DI GIORGI, 1998, p. 189), se constitui sistema social que trata a contingência de modo que esta não adquira valor de estrutura, vez que procura a geração da segurança — se vê a braços com o risco, assim entendido como “...uma modalidade da relação com o futuro: é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade. (DI GIORGI, 1998, p. 197)”.

Nessa matriz ampliada da compreensão dos riscos, necessariamente se encontrarão muitas fontes, que podem ser genericamente classificadas como políticas, sociais e econômicas. E aí retoma-se a indagação: de qual risco cogita o art. 4º da Lei nº 11.079/04? A leitura de seus incisos está a demonstrar que, a rigor, cuida-se de todos eles, na medida em que o conjunto de diretrizes traçadas por esse mesmo art. 4º tem em consideração as variáveis (e por via de consequência, os riscos a eles inerentes) econômicas, quando alude à sustentabilidade financeira, previsto no inciso VII e o respeito aos interesses e direitos do parceiro privado; sociais, quando destaca as vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria, e o respeito aos interesses e direitos dos destinatários do serviço; e finalmente; e políticas, quando explicita a transparência dos procedimentos e das decisões.

Observe-se que essa compreensão, de que os riscos — a serem objetivamente partilhados, a teor do art. 4º, VI da Lei nº 11.079/04 — sejam não só os empresariais/econômicos, mas também os políticos e sociais, é o que melhor se harmoniza com a idéia de que na parceria se possa associar a *expertise* que é própria de cada um dos seus integrantes, funcionando essa última, na verdade, por sua vez, como elemento de prevenção do

risco. Mais ainda, é essa percepção — de que a partilha de riscos deva compreender o conjunto de variáveis capazes de causa indeterminação em relação aos destinos futuros prováveis do ajuste — é que permite a compreensão de porque, na experiência internacional, se afirma que na celebração das PPPs, dá-se a transferência de riscos do parceiro público para o parceiro privado. Assim é que o *report* em parcerias público-privadas do Fundo Monetário Internacional (2004, p. 6), aponta a transferência de riscos como um movimento que se dá do setor público para o parceiro privado. Na mesma linha de consideração, o Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões, editado no âmbito da União Européia, aprovado nos seus termos pela COM/2004/0327 final, em seu item 1.1, subseção 2, traçando as características de uma PPP, aponta dentre elas: “A distribuição dos riscos entre o parceiro do sector público e o parceiro do sector privado, para o qual são transferidos os riscos habitualmente suportados pelo sector público. Contudo, as PPP não implicam necessariamente que o parceiro do sector privado assuma todos os riscos, ou a parte mais importante dos riscos decorrentes da operação. A distribuição precisa dos riscos efectuar-se-á caso a caso, em função das capacidades respectivas das partes em causa para os avaliar, controlar e gerir...”.

É importante destacar portanto a percepção de qual seja o âmbito do risco a ser considerado, e de que a movimentação não se dá necessária e exclusivamente, como se tem ouvido já dizer, do parceiro privado para o parceiro público, como elemento de viabilização do aporte de financiamento. A análise há de ser mais abrangente, determinando os correspondentes efeitos na modelagem negocial, apontando-se os riscos considerados e a repartição cogitada.

Mas as presentes considerações voltam-se mais especificamente a uma particular interface entre o tema da repartição objetiva dos riscos e a conduta fiscal responsável determinada pela LRF. E a interseção é óbvia quando se tem em conta que, como já demonstrado, o objetivo de um padrão de conduta fiscal responsável é a prevenção de riscos capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas (art. 1º, §1º da Lei Complementar nº 101/2000). Como, portanto, conciliar uma diretriz que propugna a prevenção de riscos, com outra que determina a sua repartição?

3.2 A conciliação possível entre prevenção de risco de desequilíbrio das contas públicas e repartição objetiva dos mesmos

Uma primeira leitura dos dispositivos estaria já a sugerir que os riscos da atividade, a serem objetivamente repartidos entre as partes — a teor do já mencionado art. 4º, VI da Lei nº 11.079/04 — haveriam de ter por limite a linha de fronteira entre uma suposta garantia de absoluto equilíbrio de contas e a zona de risco de desequilíbrio.

Está-se falando, todavia, de ajustes contratuais com prazo não inferior a 5 (cinco) anos, e não superior a 35 (trinta e cinco), nos termos do art. 5º, I da Lei nº 11.079/04. Qual portanto, o referencial, a metodologia de análise que permita afirmar que uma determinada iniciativa mantenha preservado, em todo esse interstício temporal, o equilíbrio de contas? Não parece ser resposta, o limite posto para a abrangência do plano plurianual (art. 165, §1º da CF). Isso porque a tríade orçamentária se caracteriza como elemento de *planejamento* dentro desse cenário de tempo, e nessa perspectiva apresenta um retrato do conjunto de bens, direitos e obrigações, presentes e futuras da entidade pública. Esse conceito, todavia, parece contido em um mais amplo, qual seja, o de contas públicas, que há de compreender uma avaliação prospectiva não necessariamente limitada pelos vetores do possível planejamento da ação estatal, mas sim pelos elementos de projeção econômica desse mesmo conjunto de bens, direitos e obrigações, presentes e futuras da entidade pública. Assim, embora a harmonização entre uma iniciativa de PPP e os instrumentos de planejamento orçamentário se mostre necessária — e disso nos dá conta o art. 10 da Lei nº 11.079/04 — essa condição estará longe de ser suficiente para permitir a decisão em si quanto à sua celebração, que traduz a conciliação do aparentemente inconciliável: prevenção de riscos e ainda repartição dos mesmos.

Já se teve oportunidade de sustentar que a prevenção de riscos ao equilíbrio das contas públicas se põe como o elemento finalístico da conduta fiscal responsável. Ocorre que mesmo esse objetivo não se constitui um fim em si mesmo; ele em verdade é instrumental à garantia da continuidade da ação estatal; mais do que isso, à continuidade da ação estatal eficiente — esta também, aliás, diretriz posta pelo art. 4º, I da Lei nº 11.079/04, às contratações de parcerias público-privadas.

A invocação do princípio constitucional da eficiência como elemento condutor da possível conciliação entre gestão responsável e repartição objetiva de riscos não se constitui por si só, em solução simples, na medida em que a própria compreensão de seu conceito desafia a superação de algumas dificuldades. Por essa razão, pede-se licença ao leitor para

um breve vôo no terreno da compreensão da idéia de eficiência, associada à ação estatal.

É de Gabardo (2003, p. 56) a afirmação de que “...o Estado se utiliza de formas simbólicas para sustentar-se e, mais que isso, alcançar legitimação.”. Assim, depois da moral religiosa e de seus elementos de representação, surge já o questionamento — ainda com relação ao soberano — sobre sua eficiência no trato da *res publica*. Fruto de um anseio de superação de subjetividades, a eficiência à época, não se revela, todavia — é esse ainda o depoimento de Gabardo (2003, p. 57) — capaz de manter-se dominante como elemento de legitimação do Estado, na medida em que à época, era concebida de forma dissociada de qualquer valor ou princípio. Evidente o equívoco — eficiência é qualidade que em si não expressa nenhuma carga valorativa, se não meramente um juízo de grau, de intensidade. Assim é que uma atuação estatal pode se revelar eficiente — apta a produzir os resultados pretendidos — mas nem por isso, ser desejável do ponto de vista dos valores e princípios que se aplicam, igualmente, à administração pública.

A idéia de eficiência como princípio posto ao agir estatal, tomada de empréstimo da ciência da administração, normalmente, se apresenta associada à racionalização, podendo se revestir — leciona mais uma vez Gabardo (2002, p. 27) — de um sentido idealístico (a busca do modo ótimo) ou de um sentido utilitarista (a busca do melhor modo possível). Ainda aqui se tem por claro que eficiência não se constitui um valor por si só, mas se associa aos fins que a ação estatal há de alcançar.¹⁷

É da associação do valor eficiência ao fim pretendido alcançar pelo Estado, que poderá defluir justamente, se ela há de ser por sua vez, buscada em seu sentido idealístico, ou seu sentido utilitarista. Isso porque a finalidade buscada alcançar pelo Estado é que apontará se aquilo de que se precisa é o modo ótimo, ou o melhor modo possível. Os exemplos são comuns: a compra, por hipótese, de canetas para a Administração Pública, embora pudesse encontrar na aquisição de Mont Blancs o seu modo ótimo, nem por isso expressará a conduta que melhor alcance à finalidade pretendida, qual seja, instrumentalizar os agentes públicos de um objeto que permita a prática da escrita. Assim, o melhor modo possível (ao revés do modo ótimo) traduzindo uma concepção de eficiência eivada pelo utilitarismo, será suficiente ao alcance da finalidade pretendida — e disso resultará que

¹⁷ Na mesma linha de consideração, Modesto (2001, p. 9), assinalando à própria atividade administrativa as dimensões de racionalidade e otimização do uso dos meios; e de outro lado, a de satisfatoriedade dos resultados da atividade pública.

a aquisição eficiente será aquela que recaia sobre esferográficas comuns.

Como se vê, a finalidade pretendida é quem por sua vez determinará qual seja o parâmetro de eficiência que se harmonize com o conjunto de princípios postos à observância pela Administração. E da identificação dessa finalidade pretendida — de vez que o Poder Público tem vários fins — há de se dar tendo em consideração justamente ao atendimento *global* das finalidades administrativas. E como harmonizar os vários reclames das múltiplas finalidades da administração? Por critérios de concordância prática, que empreenderão justamente à medida da maximização da eficiência tendo em conta cada particular finalidade exigida pela lei. Isso significa dizer que o afastamento do modo ótimo será possível (ou mesmo recomendável) se decorre de uma finalidade pública que concorra na definição dos objetivos perseguidos, e se mantenha com ela uma relação de harmonia casuística, de instrumentalização mesmo de seu alcance na situação em concreta.

Formulado esse brevíssimo vôo teórico, cumpre retornar ao tema do aparente conflito entre prevenção de riscos — como traço da ação fiscal responsável — e compartilhamento objetivo de riscos, como característica da PPP. Têm-se aí portanto, dupla finalidade posta à ação estatal constituída na celebração dessa espécie de contratação administrativa. De outro lado, tendo em conta que seja a Lei Complementar nº 101/2000, seja a Lei nº 11.079/04 cuidam de racionalização e otimização desse mesmo agir estatal, é possível afirmar que ambas voltam-se à garantia de um agir eficiente de parte do Poder Público. Como harmonizar a eficiência para ambas as finalidades: celebração de um contrato administrativo sob regime de PPP, e caracterização da gestão fiscal como responsável? Demonstrando que a eventual mitigação da aplicação máxima de qualquer dessas duas finalidades, se deu de forma proporcional e praticamente concordante com os objetivos globais da administração pública.

Significa dizer que a assunção de riscos objetivamente compartilhados — conduta que minora a aplicação máxima, idealisticamente eficiente da recomendação de prevenção de riscos ao equilíbrio das contas públicas — só estará legitimada, se demonstrada proporcional e revestida de concordância prática com a finalidade atendida pela celebração do contrato sob o regime de PPP.

Nisso, mais uma vez, se retro-alimentam os demais elementos caracterizadores do signo da ação fiscal responsável: será a atuação planejada (que investiga, portanto, as alternativas e limites de possibilidade de assunção

de riscos por parte da administração pública) e transparente (que viabiliza a crítica e/ou a denúncia da desproporcionalidade entre riscos assumidos e benefícios pretendidos alcançar) que permitirá uma aferição da eficiência utilitarista na contratação em causa, revestindo-a portanto de outro elemento legitimador.

Também essa referência é fundamental, na medida em que ela tem por resultado um *dever* da administração pública, de explorar, ainda na fase de planejamento, todas as composições possíveis de partilhamento objetivo de risco, de modo a encontrar aquela que se revele eficiente, porque e enquanto proporcional e praticamente compatível com o objetivo imediato da contratação.

Importante parâmetro para essa análise será — e quanto a isso, mais uma vez, são as “Diretrizes para Parcerias Público-Privadas Bem Sucedidas” editadas pela Comissão Europeia — Diretoria Geral de Política Regional (2004, p. 17) que socorrem como fonte — a identificação de quais sejam as áreas em que cada qual dos parceiros detém *expertise*. Afinal, “...o objetivo geral das PPPs é estruturar o relacionamento entre as partes, de forma que os riscos sejam suportados por aqueles mais capacitados a controlá-los e que seja obtido um maior valor com a exploração das habilidades e competências do setor privado”. Nesse contexto, fundamental será a identificação de cada qual das espécies de riscos da contratação em causa¹⁸ — riscos de construção, riscos financeiros, riscos de performance, riscos de demanda e riscos quanto ao valor residual dos ativos¹⁹ — para que se possa efetivamente identificar quais deles sejam afetados pelas distintas *expertises*, e portanto, possam ser objeto do previsto compartilhamento.

Decorre portanto da associação entre os incisos IV e VI do art. 4º da Lei nº 11.079/04 que a repartição de riscos se dará, sempre e necessariamente, de forma eficiente tendo em conta o objetivo pretendido — qual seja, a contratação em concreto considerada — observada ainda a necessária proporcionalidade e concordância prática, especialmente com os terrenos de *expertise* de cada qual dos parceiros.

4 A responsabilidade fiscal como diretriz para a execução de parceria público-privada

¹⁸ Não é ocioso registrar que essa é já outra dimensão do tema do risco; não mais o risco da atividade estatal *tout court*, mas sim o risco da contratação em particular de uma PPP.

¹⁹ Não são incomuns as referências, como a de Pinto (2005, p. 3-4), aos riscos políticos e riscos regulatórios associados à PPP. Tais espécies, todavia, se contêm na avaliação dos riscos financeiros, que consideram sempre — e agudamente — as contingências dos respectivos mercados.

Aponta a Lei nº 11.079/04 — já se viu — a responsabilidade fiscal como diretriz na celebração das parcerias. O mesmo dispositivo legal, todavia, vai além, e preceitua a aplicação dessa mesma diretriz à *execução* das parcerias. Percorridas as considerações acima, que apontam qual seja o núcleo fundamental da idéia de gestão fiscal responsável, e de sua projeção sobre o tema da repartição objetiva de riscos, cumpre agora buscar a formulação de uma compreensão de qual seja o sentido dessa regra.

O tema, em verdade, não envolve grande complexidade. Execução de um contrato é a sua projeção real e prospectiva em um determinado cenário de tempo; é o trazer daquele modelo negocial concebido na fase preparatória da licitação para o plano da realidade — que corroborará a modelagem teórica antes aplicada, ou ao contrário, demonstrará suas incorreções, originais ou supervenientes. A determinação, portanto, da aplicabilidade da diretriz da responsabilidade fiscal também na execução do contrato significa dizer que os parâmetros que orientaram na fase de sua concepção, o juízo de conveniência e oportunidade de sua celebração, *hão de se manter íntegros e aplicáveis ao longo de todo esse período de tempo*. E isso assim será, em decorrência, em verdade, do até o momento demonstrado: se a observância aos parâmetros da gestão fiscal responsável constitui elemento de legitimação da escolha pela particular modalidade das parcerias público-privadas, a modificação dessas mesmas condições subtrai da opção administrativa o seu fundamento de legitimidade, devendo determinar as ações corretivas que a situação em concreto exija.

Isso significa dizer que tão importante quanto os esforços iniciais de planejamento da parceria serão aqueles de acompanhamento dos termos de sua execução.²⁰ Afinal, deflui do próprio conceito de ação planejada — elemento, por sua vez, como se viu, da idéia de ação fiscal responsável — o “... identificar objetivos e gerar processos capaz de garantir no tempo adequado, a disponibilidade da estrutura e dos recursos necessários para a execução de determinada ação concreta ou atitude decisória considerada relevante...” (VICCARI JUNIOR [et al.], 2001, p. 16). Ora, se integra o conteúdo da idéia de planejamento a geração do processo — mecanismo

²⁰ Por essa razão — possivelmente — a opção da Lei nº 11.079/04 de instituição, em relação à União, do chamado órgão gestor, que centralizando as competências contidas no art. 14 da mesma lei, poderá desenvolver a *expertise* e os meios, materiais, eletrônicos e humanos, necessário à construção de mecanismos adequados de acompanhamento de cada parceria. O processo, em verdade, se retroalimenta, vez que cada modelagem de uma nova contratação ensina — pelo enfrentamento de suas peculiaridades — e aprende com a execução das anteriores, no que toca à identificação e adequada ponderação de todos os fatores influentes, em particular, ao dimensionamento do risco da atividade, e consequente opção pelo critério de seu partilhamento entre os parceiros.

— de garantia no tempo adequado, do alcance do objetivo pretendido; tem-se por conseqüência que a dimensão prospectiva do desempenho desse mesmo processo encontra-se ainda nos limites do mesmo conceito.

Mais ainda, a prevalência da diretriz da responsabilidade fiscal na execução da parceria público-privada — associados planejamento e transparência finalisticamente orientados — é que tenderá a neutralizar os riscos, sempre apontados, de desvirtuamento da solução, que pode vir a se constituir em mecanismo muito mais gravoso para o poder público do que as formulações academicamente mais conhecidas.

Interessante ainda o aporte trazido por Fukuyama (2005, p. 45-46) relacionado à interação entre (boa) governança e democracia, consistente no papel funcional dessa última em relação à primeira. Isso porque, há setores em que “...a qualidade da produção do órgão público depende muito das informações que ele recebe dos consumidores finais dos serviços do governo.” Disso se extrai portanto que o circular de informações, proporcionado especialmente pelo vetor de transparência que há de permear, como se vem sustentando, a execução ainda das PPPs, se constituirá por sua vez um re-alimentador dos fundamentos de legitimidade da opção originária. Assim, o observar-se à responsabilidade fiscal ao longo da execução importa em manter em sintonia fina esses canais de comunicação, que corroborarão — ou não — as premissas fincadas na modelagem, orientando inclusive um redimensionar do ajuste.

É fato que, inobstante um número já não desprezível de experiências internacionais no modelo das parcerias público-privadas não existem ainda dados empíricos suficientes para uma avaliação significativa dos resultados dessas mesmas tentativas,²¹ e que permita a formulação de um juízo definitivo acerca de sua conveniência ou utilidade, ainda que em um determinado setor específico. De outro lado, não é menos verdade que só a implementação do modelo, fortemente monitorada quanto à adequação no plano real de suas premissas e quanto aos resultados e incidentes de execução, permitirá que seja a construção dessa indispensável experiência empírica, seja o monitoramento social da adequação da escolha pública.

Não existe modelo que seja sempre e necessariamente adequado — essa é a contra-face da afirmativa que se formulou no início dessas considerações. Assim, a escolha pela adoção de uma parceria público-privada

²¹ O próprio decurso de tempo de experimentação de PPPs ainda insuficiente corrobora essa assertiva constante do *report* em parcerias público-privadas do Fundo Monetário Internacional, datado de 12 de março de 2004. E afinal, é justamente a peculiaridade de seu funcionamento ao longo de período de tempo mais significativo que traz dúvidas em relação à eficácia do modelo, pelo que, o pouco tempo ainda de aplicação efetivamente condiciona uma diagnose mais substantiva quanto a seus efeitos.

não será em si, definitivamente, boa ou ruim: ela será pura e simplesmente uma escolha (com todos os riscos subjetivos apontados antes), que por sua projeção no tempo, há de se re-legitimar permanentemente pela apuração da adequação de suas premissas.

Peca, todavia, a Lei nº 11.079/04²² ao não contemplar como uma possibilidade, a identificação ao longo da execução da PPP, da inadequação originária ou superveniente da opção, e por via de consequência, de um regime de cessação da parceria menos radical ou traumático que aquele próprio da inexecução, relativa ou absoluta. E nisso, poderia — e deveria — ter obrado o legislador com criatividade, na medida em que a partilha dos riscos, que preside essa relação de associação entre parceiro público e privado, deveria produzir igualmente, na hipótese da verificação da inadequação (não culposa) da modalidade, efeitos particulares. Tanto se fala em estruturação de um negócio que ofereça também ao particular a tranqüilidade de empreender a significativos investimentos, e se olvidou de cuidar de um elemento importante, qual seja, os mecanismos de desfazimento de um negócio, que por qualquer das contingências a ele aplicáveis, se revelou fracassado.

Observe-se que a previsão de um regime distinto, inovador, do desfazimento da parceria nas hipóteses em que a diretriz de responsabilidade fiscal aponte para a inadequação do modelo seria, curiosamente, um elemento a mais da própria prevenção de riscos, na medida em que permitiria uma solução menos radical do que o encerramento puro e simples da oferta do serviço ou a sua pronta assunção por parte de um poder público não necessariamente preparado para aquelas específicas despesas antes sustentadas pelo parceiro privado.

5 À guiza de conclusão

A opção legislativa pelo reforço, no texto da Lei nº 11.079/04, do imperativo da responsabilidade fiscal enquanto signo das práticas governamentais, nada mais faz do que dar literalidade a uma sinalização que, a rigor, dispensava esse traço, eis que extraível do arcabouço constitucional e legislativo aplicável à espécie. Nem por isso, se pode dizer cuide-se de um cuidado ocioso, na medida em que sublinha a necessidade de que

²² Não é a proposta de uma leitura menos comprometida ideologicamente do texto da Lei nº 11.079/04 que determinará o silêncio no apontamento de eventuais falhas, eis que tal juízo crítico — espera-se — sem o efeito paralisante da simples recusa da solução, permitirá todavia a construção de critérios de decisão que permitam a superação de suas lacunas.

esse propósito — do agir fiscal responsável — funcione em verdade como parâmetro de orientação do labor interpretativo da lei em causa.

Não resta dúvida que o tema da opção pelo instrumento das parcerias público-privadas, seja por seu ineditismo, seja por sua expressiva complexidade — decorrente, dentre outros fatores, da necessária interdisciplinariedade de que se reveste²³ — há de envolver um delicado processo de escolha pública, sujeito ao apontamento das virtudes, mas também (se não principalmente) dos vícios que tal prática democrática pode conter. E se, para os estudiosos da *public choice theory*, um dos riscos inerentes às opções por políticas públicas é a inspiração voltada sempre ao atendimento dos interesses que sejam mais próximos aos agentes de decisão — e não necessariamente, ao interesse público — fato é que a apresentação de uma diretriz de escolha que combine não só a sua matriz finalística, como também o signo da transparência, tende a se converter em um importante elemento de controle que previna também esse risco; o de desvirtuamento de propósitos.

E também aqui se retorna a uma idéia apontada inicialmente: o risco maior inerente às parcerias público-privadas reside na indiferença em relação a elas. O compromisso intelectual voltado para a otimização da construção hermenêutica do instituto, e o envolvimento do cidadão, voltado ao bom uso instrumental da transparência de que todo o procedimento há de se revestir; esses sim serão os elementos fundamentais a assegurar uma escolha pública adequada — e ao mesmo tempo, um redimensionar também legítimo e transparente dessa mesma escolha pública, se e quando isso se venha a mostrar necessário.

Bibliografia

ACKERMAN, Bruce. Constitutional Economics – Constitutional Politics. *Constitutional Political Economy*, Boston, n. 10, 1999, p. 415-424.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

DI GIORGI, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco: Vínculos com o Futuro*. Porto Alegre:

²³ A breve incursão que se fez no tema demonstra sua íntima relação com aspectos das ciências econômicas, da administração, da contabilidade, a par de outras interfaces decorrentes do universo da política. Dependendo da área específica de que se cogite para fins de celebração da mencionada parceria, outros setores do conhecimento podem ainda intervir, transformando a modelagem e celebração em si de uma parceria público-privada num intrincado emaranhado de conceitos e condicionantes

Sérgio Fabris, 1998.

DIRETRIZES para Parcerias Público-Privadas bem Sucedidas. Comissão Européia, Diretoria Geral de Política Regional, março de 2003. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/download/diretrizes.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2005.

FUKUYAMA, Francis. *Construção de Estados: Governo e Organização no Século XXI*. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005. Traduzido de *State Building: Governance and World Order in the 21st Century*.

GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma Análise das Estruturas Simbólicas do Direito Político*. São Paulo: Manole, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: Complementos e Índice*. Tradutor: Ênio Paulo Giachini, revisão da tradução, Márcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002. Traduzido de *Wahrheit und Methode II*.

GALLAROTTI, Giulio M.. Legitimacy as a Capital Asset for the State. *Public Choice*, Boston, n. 63, 1989, p. 43-61.

LEMIEUX, Pierre. The Public Choice Revolution. *Regulation*, v. 27, n. 3., p. 22-29, 2004. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=604046. Acesso em: 15 fev. 2005.

LIVRO VERDE sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões. Comissão Européia, COM 2004/0327. Disponível em: <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l22012.htm>>. Acesso em: 23 fev. 2005.

MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 2, maio 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 23 fev. 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PINTO, José Emílio Nunes. A percepção de riscos nas Parcerias Público-Privadas e a Lei nº 11079/2004 e seus mitigantes. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 549, 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6156>>. Acesso em: 18 jan. 2005.

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS. *Report* originário do *Fiscal Affairs Department*, do *International Monetary Fund*, aprovado por Teresa Ter-Minassian, datado de 12 de março de 2004. Disponível em <http://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2005.

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e Regras: Mitos e Equívocos Acerca de uma Distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, 2000.

VICCARI JUNIOR, Adauto; CRUZ, Flávio (Coord.). et al. *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada: Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VALLE, Vanice Lírío do. Responsabilidade fiscal e parcerias público-privadas: o significado das diretrizes contidas no art. 4º da Lei nº 11079/04. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 201-220, jan./mar. 2005.