



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS – IAB

COMISSÃO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Medida Provisória nº 727/2016, convertida na Lei nº. 13.334/2016

“Análise da instituição do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República pela via da Medida Provisória 727/2016, sem apresentação de fundamentações ou checks and balances do Poder Legislativo. Pertinência temática aprovada em 24/03/21”

Excelentíssimos Senhores Membros da Comissão de Direito Administrativo

Excelentíssimo Senhor Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB)

DESCRIÇÃO DO PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTOS.

O Programa de Parcerias de Investimentos – PPI foi instituído no Brasil com o objetivo de simplificar os procedimentos necessários às concessões públicas, eliminando entraves burocráticos e oxigenando o setor das parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privadas.

Tal base legal foi instituída a partir da Medida Provisória nº 727/2016, posteriormente convertida na Lei nº. 13.334, de 13 de setembro de 2016, editada pelo então presidente em exercício Michel Temer. A principal finalidade trazida por tal Programa foi a atração de investimentos para a área de infraestrutura do país, buscando a melhora na prestação de serviços públicos e impulsionar o crescimento econômico.

Com efeito, à época da edição da MP 727/2016, o Brasil passava por um período de aguda crise econômica, atingindo patamar de quase 11 milhões de desempregados, aliado a uma forte inflação, que deteriorava o poder de compra dos brasileiros e agravava ainda mais as consequências nocivas da crise.

Nesse sentido, o PPI almejou ampliar as oportunidades de investimento e emprego, estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial e garantir a expansão da infraestrutura pública com qualidade e arranjos modernos de governança, além de promover ampla e justa concorrência para a celebração de parcerias e prestação de serviços. Além disso, o Programa expressamente buscou trazer novos instrumentos legais para garantir a estabilidade e segurança jurídica dos contratos, proteger a autonomia dos órgãos reguladores estaduais e fortalecer as funções regulatórias.

Para tal, a Medida Provisória 727 de 2016 criou o Conselho do Programa de Parcerias e Investimentos da Presidência da República, cuja principal atribuição foi a integração e coordenação das ações do Governo Federal em empreendimentos públicos de infraestrutura com a participação da iniciativa privada, utilizando-se de sua competência para aprovar o planejamento estratégico nacional de longo prazo para

concessões e parcerias público-privadas, bem como o auxílio direto aos entes subnacionais em seus planejamentos regionais, permitindo que o setor da infraestrutura como um todo pudesse ser encarado a partir de perspectiva integrada.

Ademais, a MP trouxe ainda alterações ao regime de autorização para preparação de projetos previsto pelo artigo 21 da Lei 8.987 de 1995 (a Lei de Concessões), além da criação de permissão para que a Administração Pública possa celebrar contratos diretamente com o Fundo de Apoio à Estruturação de Projetos de Concessão e PPPs – FEP, de modo a adequar o Brasil a um modelo de design institucional já consagrado internacionalmente para a criação de incentivos às parcerias simbióticas entre o Poder Público e a iniciativa privada.

O Programa de Parcerias é integrado por empreendimentos de infraestrutura executados mediante contratos de parceria celebrado pela Administração Pública Federal tanto direta quanto indireta, além de empreitadas celebradas por estados e municípios que sejam financiadas via delegação ou fomento da União. Ou seja, é um programa extremamente amplo e ambicioso, que engloba as parcerias entre a iniciativa privada e o Poder Público de modo amplo, incluídas portanto as concessões comuns, as concessões administradas, as parcerias público-privadas, as concessões de direito real, todas as permissões de serviço público, os arrendamentos de bens públicos, além de quaisquer outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica análoga às mencionadas.

Observando os resultados alcançados pelo Programa desde então, é de fato possível atestar o atingimento de objetivos estabelecidos em sua instituição: em números atualizados até agosto de 2022, tem-se a execução de 153 projetos, com uma estimativa de 901 bilhões de reais em investimento obtidos e 176 bilhões de reais em outorgas. Foi a partir do Programa que, apenas em 2021, foi possível realizar 22 leilões para a concessão de aeroportos, a concessão da CEDAE (Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro) e o leilão do 5G.

Desta feita, estima-se que as Concessões podem incentivar o montante de até 357 bilhões de reais em investimentos até 2025, com a geração incidental de novos empregos e viabilização da retomada no crescimento e desenvolvimento do país.

Se as alterações institucionais trazidas pelo PPI para a desburocratização do setor e a força-tarefa criada pelo mesmo foram exitosas nos seus objetivos, paira sobre o Programa, entretanto, legítimo questionamento jurídico quanto à constitucionalidade de sua concepção.

JURIDICIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA CRIAÇÃO DO PPI POR MEIO DA MEDIDA PROVISÓRIA 727/2016.

Tão logo foi anunciada a Medida Provisória em comento, os questionamentos acerca de sua constitucionalidade surgiram em meio à comunidade jurídica e política no Brasil, sobretudo em relação à potencial violação ao princípio da separação dos Poderes.

A primeira alegação, como não poderia deixar de ser, deu-se em relação à obediência ou não da MP 727/2016 aos pressupostos essenciais de relevância temática e urgência exigidos pela Constituição Federal, em seu artigo 62, para a edição de medidas provisórias. Tais critérios, ao longo de todo o histórico da utilização da ferramenta da medida provisória na política brasileira, foram sempre marcados por sua notória ambiguidade, dada a dificuldade em se estabelecer parâmetros objetivos para a sua verificação na prática. Com isso, o debate acerca de sua obediência pelo Presidente da República no momento da edição de medidas provisórias, inclusive durante os procedimentos de sua conversão em lei no Congresso Nacional, tende a ser contaminado por análises de oportunidade política.

Posteriormente, a escolha do mecanismo da medida provisória para o estabelecimento do Programa de Parcerias gera também questionamentos em relação à segurança jurídica. A ferramenta da MP gera, por sua natureza, efeitos imediatos no ordenamento jurídico, possibilitando tão logo a celebração de contratos e a execução das medidas para a concretização de seus objetivos. No entanto, o regime institucional inaugurado está sempre condicionado à ulterior conversão da medida em lei pelo Congresso. Com isso, esse período de incerteza acerca da confirmação da MP gera inseguranças relevantes sobre o setor regulado, podendo inclusive causar prejuízos reais ao Poder Público em caso de não aprovação.

Também por esse motivo, a escolha da ferramenta da Medida Provisória para a criação de políticas públicas como o PPI coloca o Congresso Nacional em posição de grande vulnerabilidade no momento da votação da conversão da MP: mesmo que haja

discordâncias importantes em relação ao seu texto, haverá incentivos enormes sobre o parlamentar para que o voto seja pela conversão, dado o imenso custo político incorrido na eventual caducidade de medida de tal ordem de magnitude.

Entretanto, a principal questão envolvendo a Medida Provisória que institui o Programa de Parcerias de Investimentos se deu no tocante à potencial violação ao princípio da separação dos Poderes. Isso ocorre porque, com a utilização de instrumento de iniciativa exclusiva da Presidência da República para a criação de programa tão amplo e estratégico para o desenvolvimento do Brasil, de enormes consequências (tanto positivas quanto negativas) para o país, o Poder Executivo estaria se furtando ao controle por parte do Poder Legislativo.

Desta feita, o Governo Federal estaria se auto-agraciando com verdadeiro “cheque em branco” para tomar as decisões referentes a concessões e participações da iniciativa privada no setor da infraestrutura, sem mesmo a possibilidade de avaliação pelo Legislativo, em violação, portanto, à lógica de freios e contrapesos (*checks and balances*), essencial para o funcionamento eficiente e democrático da máquina pública.

É importante denotar que não apenas o Programa foi inaugurado por Medida Provisória, reduzindo a possibilidade de controle pelo Congresso Nacional, mas também houve a inclusão de inúmeros decretos no bojo do PPI. Apenas em 2020, mais de 40 decretos de pessoas administrativas e de bens públicos foram incluídos no Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, sem mesmo a apresentação de motivações e fundamentações, dificultando o controle e a análise da conveniência do viés econômico do processo de desestatização por parte do Poder Legislativo.

Logo, dada a regulamentação do Programa de Parcerias de Investimentos exclusivamente por meio de decretos para o estabelecimento das políticas públicas e medidas administrativas para atração de investimentos – como preconiza o seu artigo 4º –, alega-se que haveria violação direta aos artigos 2º e 44 a 52 da Constituição Federal, com a ofensa à autonomia e às prerrogativas próprias do Poder Legislativo. Tal atribuição concedida pelo PPI à Presidência da República estaria, portanto, em frontal

oposição ao disposto no artigo 175 da Constituição Federal, que afirma que somente a lei disporá sobre o regime de concessão ou permissão.

Mais vulneráveis ainda, contudo, estariam os entes federados. Com a centralização do planejamento e supervisão no PPI para toda e qualquer parceria entre Estado e iniciativa privada, haveria uma redução da autonomia de estados e municípios em seu papel de autodeterminação. Isso ocorre porque nos empreendimentos regionais de maior relevância, a presença da União Federal – ainda que por delegação ou alguma modalidade de fomento – é praticamente inevitável. Logo, todos esses projetos necessariamente deverão integrar o PPI, reduzindo assim o poder diretivo cabível aos entes federados, circunstância que feriria, portanto, a própria lógica fundamental do pacto federativo.

Enfim, por essas razões, dentre outras, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5.551 pelo Partido dos Trabalhadores, questionando de forma ampla a Medida Provisória 776/2016. Posteriormente, tal ADI foi aditada para abarcar, também, a Lei nº 13.334 de 13/09/2016, produto da conversão da mencionada MP em Lei pelo Congresso Nacional.

DECISÃO DA ADI 5.551 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA.

Provocado a se manifestar sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal decidiu na ADI 5.551, em março de 2021, pela constitucionalidade da Medida Provisória 727 de 2016 (posteriormente convertida na Lei nº 13.334 de 13/09/2016), em que pese os argumentos enumeradas no tópico antecedente. Desse modo, o tribunal decidiu por unanimidade que a ação proposta pelo PT era improcedente, ao acompanhar integralmente o voto da relatora, a Ministra Carmen Lúcia.

O voto da relatora, realizado em julgamento por sessão virtual ocorrida entre os dias 05 e 12 de março de 2021, destacou que os requisitos de relevância e urgência para a viabilização da regulamentação da matéria por meio da Medida Provisória 727 estavam claramente presentes em sua exposição de motivos, uma vez que a mesma indica como fundamentos a grave crise econômica enfrentada pelo país e a consequente necessidade de fortalecer a cooperação entre governo e iniciativa privada, de modo a ampliar os investimentos em infraestrutura e aliviar a pressão exercida sobre os combalidos cofres públicos.

A utilização do instrumento da medida provisória também foi considerado constitucional sob o ângulo da reserva legal, tendo em vista que, embora seja de iniciativa da Presidência da República e de efeitos imediatos, a MP será necessariamente submetida ao escrutínio do Congresso Nacional, que possui a oportunidade de não apenas impedir a sua conversão, mas também promover ajustes no seu texto e efetuar, assim, o seu papel de controle dos atos do Executivo.

A Ministra Relatora também rejeitou o argumento de que a permissão da inclusão de projetos de infraestrutura pública regional no PPI violaria a autonomia política dos entes federativos. Tal conclusão se deu porque, como demonstrou a Ministra, as regras não conferem à União qualquer poder para interferir na gestão de contratos ou decisões administrativas tomadas pelas entidades envolvidas nos projetos,

mas apenas exigem que os projetos por elas executados integrem o PPI, de modo a centralizar as informações relativas aos projetos, permitindo uma perspectiva integrada para a rede de infraestrutura nacional.

Outra dimensão do Programa de Parcerias de Investimentos atacada pela ADI mas considerada constitucional pela Ministra Carmen Lúcia foi a legitimidade do poder regulatório do Executivo para a implementação do PPI, isto é, o argumento de que o Governo Federal teria concedido “cheque em branco” a si mesmo para a tomada de decisões no tocante à infraestrutura, dada a regulamentação via decretos sem o crivo do Poder Legislativo, o que feriria a lógica do controle mútuo via lógica de freios e contrapesos própria da separação dos poderes e essencial para a democracia e o bom funcionamento institucional do Estado.

Essa, todavia, não foi a visão da Ministra Relatora, que argumentou, por sua vez, que não há qualquer competência exclusiva do Congresso Nacional sendo cooptada pelo Poder Executivo no PPI, em linha semelhante ao que foi interpretado em relação à divisão de atribuições entre União e entes federados no bojo da centralização dos projetos prevista no Programa de Parcerias.

Com efeito, a Ministra Carmen Lúcia em seu voto afirma expressamente que os arranjos institucionais estabelecidos pelo PPI na sua divisão de atribuições visam conferir a máxima eficácia aos princípios constitucionais de economicidade, segurança jurídica e, sobretudo, da eficiência administrativa, na forma do artigo 37 da Constituição Federal. Com a integração de todas as parcerias num mesmo programa e a maior flexibilidade na adoção de prioridades e regulamentação do setor, permite-se à Administração Pública uma atuação coesa na execução dos empreendimentos do PPI. Dessa forma, evita-se contradições entre órgãos e entidades federais e locais, possibilitando que o gasto público seja feito da forma mais rápida e eficiente possível e evitando gastos em duplicidade ou atrasos desnecessários.

CONCLUSÃO.

Em conclusão, acredita-se que a Ministra Carmen Lúcia, acertadamente, decidiu pela constitucionalidade da Medida Provisória 727/2016 (posteriormente convertida na Lei nº. 13.334/2016), que institui o Programa de Parcerias em Investimentos no Brasil. A despeito dos válidos questionamentos apontados quanto à ferramenta da medida provisória e à regulamentação do programa por meio de decretos, não se verifica ter havido qualquer violação expressa ao texto da Constituição Federal de 1988, seja no tocando à reserva de lei ou à separação dos Poderes.

Ademais, importa fazer especial destaque à menção feita pela Ministra Relatora Carmen Lúcia durante o seu voto no julgamento da ADI 5.551 ao princípio da eficiência administrativa. Ao adotarmos a descrição do conceito de “princípio” elaborada pelo professor Humberto Ávila, temos que essa é uma modalidade de norma cuja natureza é imediatamente finalística, e para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrente da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85). Grosso modo, a norma principiológica informa um estado ideal de coisa almejado finalisticamente, ou seja, a descrição de fins máximos a serem atingidos e condutas legítimas aptas a produzir os efeitos almejados.

Partindo de tal pressuposto, vê-se que o PPI logra êxito ao promover o princípio da eficiência quando fundamentado a partir dos resultados obtidos a partir de sua implementação. A legislação pertinente ao tema das concessões e parcerias entre Estado e iniciativa privada efetivamente representavam entraves burocráticos importantes para a captação de recursos e a promoção de desenvolvimento no setor de infraestrutura. Nesse sentido, como bem notado pela Ministra Carmen Lúcia, o PPI permite um avanço na promoção de eficiência administrativa, que se vê melhor atingida quando se possui uma integração e um planejamento bem direcionado para o setor do investimento, além

da possibilidade de se reagir mais rapidamente às demandas públicas, evitando gastos desnecessários. Logo, não tendo havido sacrifícios significativos no tocante às normas de transparência, segurança jurídica e separação dos Poderes, como também denotado pela Ministra Relatora, é plenamente possível fundamentar a conveniência do PPI a partir de seus efeitos na prática.

Por fim, todo esse imbróglio alerta também para a importância da adoção de parâmetros e critérios objetivos não apenas para a regulação do setor da infraestrutura, mas também para as hipóteses de cabimento da medida provisória como ferramenta legislativa de iniciativa do Poder Executivo. A mera menção aos conceitos subjetivos de relevância e urgência, como é notoriamente sabido no ordenamento pátrio, é insuficiente para gerar previsibilidade e controle sobre os atos do Presidente da República. Tendo em vista a facilidade argumentativa para alegar o preenchimento ou não dos critérios de relevância e urgência, há um incentivo muito grande para o questionamento de toda e qualquer MP. Desse modo, é necessária a criação de critérios de maior densidade normativa, de modo a permitir uma utilização mais transparente e parametrizada da ferramenta da medida provisória.

Rio de Janeiro, 21 de outubro de 2022.

Henrique Sampaio de Azevedo