

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: novos desafios em defesa do interesse público

PRIVATE PARTNERSHIPS: new challenges in defense of public interest

Fernanda Mesquita Serva e Jefferson Aparecido Dias*

RESUMO

O presente texto trata de fazer uma análise sobre os fundamentos dos contratos de parcerias público-privadas, instituto que vem ocupando espaços significativos em nosso país. Neste desiderato, imprescindível o estudo acerca das PPPs como um possível instrumento celebrado entre a iniciativa privada e a Administração Pública, com o objetivo de reunir esforços para aumentar a qualidade e a eficiência dos serviços públicos, superar a insuficiência de recursos e as restrições de gastos do setor público. A Lei Federal nº 11.079/2004 traz aspectos importantes sobre este instituto, porém ainda há muitas dúvidas a serem resolvidas. A preocupação é que este modelo contratual mantenha-se como um instrumento de crescimento econômico e social para o país, atraindo investimentos privados, para suprir a carência do Póde Público.

PALAVRAS-CHAVE: Parcerias público-privadas; Atualidade; Desafio.

ABSTRACT

The present paper offers an analysis of the foundations of public-private partnership agreements, institute that has occupied significant space in our country. Within this desideratum, the indispensable study of PPPs as a possible instrument between private enterprise and public administration, with the aim of unite efforts to increase the quality and efficiency of public services, to overcome the lack of resources and spending restrictions of the public sector. Federal Law nº. 11.079/2004 brings important aspects of this institute, but there are still many questions to be addressed. The concern is that this contractual model remains as an instrument of economic and social growth for the country, attracting private investment to supply the lack of Government.

KEYWORDS: Public-private partnerships; Actuality; Challenge.

INTRODUÇÃO

As primeiras experiências das parcerias público-privadas ocorreram na Inglaterra, no início da década de 90. Em seguida, diversos países seguiram o modelo, com um resultado positivo, principalmente no que diz respeito ao progresso dos serviços públicos e infraestrutura dos países.

* Fernanda Mesquita Serva é Mestre em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR) e Pró-Reitora de Ação Comunitária da Universidade de Marília (UNIMAR); Jefferson Aparecido Dias é Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilha (Espanha), Procurador da República de Marília e Procurador Regional dos Direitos do Cidadão Substituto do Estado de São Paulo e Professor do Mestrado em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR).

No Brasil, as experiências nacionais são identificadas; porém, ainda não nos aproximamos da eficiência desejada proposta pelas ideias iniciais na aplicação das “Torres Trinas” brasileiras.

A Constituição Federal preconiza, em seu art. 22, XXVII, que é competência privativa da União legislar sobre as “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

A Lei Federal nº 11.079/2004, editada com fundamento nesse artigo constitucional, tem o objetivo de instituir as normas gerais para a licitação e contratação das parcerias público-privadas no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Referida Lei foi sancionada em 30 de dezembro de 2004, após um ano de tramitação legislativa e intenso debate público propiciado pelo Governo, por parlamentares e pela sociedade em geral. As parcerias público-privadas têm o objetivo de reunir esforços para aumentar a qualidade e a eficiência dos serviços públicos, suprir a insuficiência de recursos e restrições de gastos do setor público e proporcionar acesso às eficácias do setor privado, por um largo período de tempo.

Nesse sentido, as PPPs têm sido utilizadas como uma forma de viabilizar os investimentos necessários para a realização de obras utilizadas nos megaeventos sediados no Brasil, em especial na Copa do Mundo da Fifa.

Porém, apesar de ter sido publicada há quase 10 (dez) anos, muitas ainda são as interrogações em relação à lei das PPPs, algumas das quais são objetivo do presente artigo, no qual serão apresentadas algumas considerações acerca da legislação federal que trata dos contratos de parcerias público-privados.

1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O vocábulo “parceria” define a reunião de pessoas para um fim de interesse comum, admitindo também a aceção de sociedade ou companhia (FERREIRA, 2004, p. 1493). Diniz (2008, p. 560) dispõe:

Parceria. 1. Na linguagem jurídica em geral: a) reunião de pessoas que têm interesse comum; b) companhia; c) reunião de duas ou mais pessoas com finalidade comum, que repartem entre si lucros e perdas. 2. Direito

comercial. Sociedade empresária que os sócios (parceiros) são responsáveis apenas pelo quinhão com que entraram [...].

Portanto, o que se extrai é que toda parceria deve conter elementos interessantes para cada uma das partes, com objetivos comuns. Uma parceria interessante para o setor público e para o setor privado consiste no atendimento eficiente dos serviços públicos, com qualidade.

Di Pietro, (apud MILESKI), 2007, p.70), assevera:

O vocábulo parceria é utilizado para designar todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela existe a colaboração do poder público e iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para a satisfação de interesses públicos, ainda que, do lado do particular, se objetive lucro.

A doutrina apresenta o termo parceria público-privada sob dois aspectos. O conceito das parcerias público-privadas, em sentido amplo, é bastante abrangente, o que nos permite afirmar que todas as parcerias da iniciativa privada com a Administração Pública estariam inseridas neste conceito, englobando os contratos de concessão, os contratos de gestão, os termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público, os convênios, os consórcios, entre outras modalidades. Já o conceito em sentido estrito, é o conceito baseado na Lei Federal das PPPs.

Ao tratar do tema, Gasparini (2010, p. 464-465) expõe acerca do conceito de parcerias, nos sentidos amplo e restrito:

Em sentido amplo, a parceria público-privada é todo ajuste que a Administração Pública, em qualquer de seus níveis, celebra com um particular para viabilizar diversos programas voltados ao desenvolvimento socioeconômico do país e ao bem-estar da sociedade, como são as concessões de serviços, as concessões de serviços precedidas de obras públicas, os convênios e os consórcios públicos. Em sentido estrito, ou seja, com base na Lei federal das PPPs, pode-se afirmar que é um contrato administrativo de concessão por prazo certo e compatível com o retorno do investimento privado, celebrado pela Administração Pública com certa entidade particular, remunerando-se o parceiro privado conforme a modalidade de parceria adotada, destinado a regular a prestação de serviços públicos ou a execução de serviços públicos precedidos de obras públicas ou, ainda, a prestação de serviço em que a Administração Pública é usuária direta ou indireta, respeitado sempre o risco assumido.

Diante dos conceitos apresentados, pode-se afirmar que a parceria público-privada é um contrato público administrativo, celebrado entre a Administração Pública e a iniciativa privada, com o objetivo de promover o incremento social, com eficiência, em áreas de interesse público, através do desenvolvimento de uma obra ou através da prestação de um

serviço público, com amortização do investimento do parceiro privado em médio ou longo prazo.

1.1 Modalidades de parceria público-privada

No plano internacional, as parcerias público-privadas estão em um contexto bastante amplo, palco de muitas realizações, nos diversos níveis da Administração Pública.

No Brasil, as parcerias público-privadas estão em um plano governamental específico e não devem ser confundidas com a modalidade de concessão tradicional.

O art. 2º da Lei Federal conceitua sucintamente a parceria público-privada como um contrato público administrativo, sob regime de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. Vejamos o art. 2º da Lei:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Sendo assim, a própria Lei Federal instituiu as duas possíveis modalidades de parceria: a concessão patrocinada e a concessão administrativa, diferenciando-as da concessão comum.

A concessão patrocinada é definida como a concessão de serviço público ou de obras públicas, de que trata a Lei Federal das Concessões e Permissões, quando, além da tarifa cobrada do usuário, há uma prestação pecuniária paga pelo parceiro público à iniciativa privada.

Assim, depreende-se que a concessão patrocinada e a concessão comum se diferenciam, fundamentalmente, pela possibilidade de complementação das tarifas pelo governo na patrocinada.

A segunda modalidade de parceria público-privada é a concessão administrativa.

[...] a concessão administrativa, que também é contrato administrativo, cujo objeto é a prestação de serviços de que a Administração Pública seja usuária

direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (art. 2º, parágrafo 2º, da Lei no. 11.079); a concessão administrativa (cuja denominação é inadequada porque toda concessão é administrativa) constitui um misto de empreitada e de concessão: de empreitada, porque a remuneração é feita pelo poder público e não pelos usuários; de concessão, porque seu objeto poderá ser a execução de serviço público, razão pela qual seu regime jurídico será semelhante ao da concessão de serviços públicos, já que irá se submeter a normas aplicáveis à concessão tradicional, na parte em que confere prerrogativas públicas ao concessionário, como as previstas nos arts. 21, 23, 24 e 27 a 39, da Lei no. 8.987/95 e art. 31 da Lei no. 9.074/95 (conf. Art. 3º da Lei no. 11.079); vale dizer, o concessionário executará tarefas como se fosse empreiteiro, sendo remunerado pela própria Administração, mas atuará como se fosse concessionário de serviço público, estando sujeito às normas sobre transferência da concessão, intervenção, encampação, caducidade e outras formas de extinção previstas na lei 8.987; também se aplicam as normas dessa lei que estabelecem os encargos do poder concedente e do concessionário [...]. (DI PIETRO, 2009, p. 37)

As concessões administrativas referem-se aos contratos em que o particular assume os encargos de investir em infraestrutura acrescida da prestação de serviços de forma direta ou indireta para a Administração, com remuneração em médio ou longo prazo.

Neste tipo de parceria, a iniciativa privada constrói e aluga à Administração Pública, obra que tem por objetivo a prestação de um serviço público de qualidade fornecido aos administrados.

Na modalidade de concessão administrativa, a iniciativa privada receberá a contraprestação apenas da Administração Pública, pois não há cobrança de tarifas ao usuário privado pelo serviço, já que este é prestado ao órgão público. (CRETELLA Jr, 2005, p. 38)

Portanto, na modalidade de concessão administrativa, a Administração Pública é usuária do serviço, direta ou indiretamente, e tal concessão envolve tão somente contraprestação pecuniária do parceiro público, pois esta modalidade é aplicada nos casos em que não há a possibilidade de cobrança de tarifa dos usuários.

Deste modo, frise-se que “as concessões comuns não se incluem entre os contratos de PPP” (CRETELLA Jr, 2005, p. 38). As concessões comuns são regidas exclusivamente por sua legislação específica, qual seja a Lei nº 8.987/1995.

1.2 Licitação e contratação das parcerias público-privadas

Por imposição legal, as licitações das parcerias público-privadas deverão ocorrer na modalidade de concorrência. A concorrência das PPPs, porém, não trata de modalidade

idêntica à prevista pela Lei nº 8.666/1993, pois, apesar de utilizar o mesmo nome, a Lei nº 11.079/2004 trouxe várias formalidades novas à referida licitação.

A título de exemplo, a abertura do processo licitatório está condicionada à autorização do órgão competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre: a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada; b) a demonstração de cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal; c) a submissão da minuta do edital e do contrato à consulta pública; e d) a licença ambiental prévia ou diretriz para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

Além disso, importante destacar que, nas concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado forem pagos pela Administração Pública, além da autorização do órgão administrativo competente, será necessária autorização prévia do Poder Legislativo, conforme § 3º do art. 10, da Lei.

Em relação à autorização e motivação, verifica-se a necessidade da autoridade administrativa fundamentar a escolha da PPP, demonstrando conveniência e características de oportunidade, e que o interesse público seja sempre preservado.

Ainda, um dos temas mais importantes dos contratos de parceria público-privada é a Lei de Responsabilidade Fiscal, principalmente pelos aspectos controvertidos da legislação.

Os estudos técnicos que antecederem a abertura da licitação devem demonstrar a observância da Lei de Responsabilidade Fiscal nos contratos de parcerias público-privadas. Vejamos o artigo:

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

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

[...]

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

- III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;
- IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;
- V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado; [...].

A Lei de Responsabilidade Fiscal determina o controle dos gastos dos Estados e dos Municípios, condicionado à capacidade de arrecadação de tributos desses entes políticos. As restrições previstas nessa Lei são limitadas no tempo em função do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária anual.

A Lei das PPPs acompanhou a limitação das despesas exigidas pela Lei Complementar nº 101/2000; porém, a doutrina dispõe as dificuldades e os conflitos das normas:

A dificuldade, no entanto, de dar cumprimento às exigências dessa lei é grande, em razão do prazo de duração dos contratos de parceria público-privada, que vai de cinco a trinta e cinco anos. Ocorre que as restrições previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal são limitadas no tempo em função do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual. Se a Lei nº 11.079 exige, por exemplo, elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada (dando cumprimento ao artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal), isto significa que a cada exercício esse estudo deverá ser repetido; se constatado que a despesa não é compatível com o plano plurianual, com a Lei de Diretrizes Orçamentárias ou com a Lei Orçamentária Anual, o contrato terá que ser obrigatoriamente rescindido. (DI PIETRO, 2009, p. 172)

Para o cumprimento fiel das diretrizes orçamentárias previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal seriam necessárias as estimativas orçamentárias de todo o prazo de vigência do contrato, o que, na visão de Di Pietro, como o prazo previsto nos contratos de PPP é longo, não há possibilidade de serem executadas.

Assim, é possível afirmar que, apesar da dificuldade do fiel cumprimento das recomendações das diretrizes da Lei de Responsabilidade Fiscal nos contratos de parcerias público-privadas, é necessário que tais diretrizes sejam observadas, a fim de que não haja suposta violação à legislação.

Desta forma, as parcerias entre a Administração Pública e a iniciativa privada, com fundamentos e características no contrato de PPPs, regulados pela Lei nº 11.079/2004, devem ser antecedidas por uma modalidade especial licitatória, com o objetivo de viabilizar de

maneira satisfatória e eficiente os serviços e as obras públicas, disponibilizados para a população brasileira, respeitando a Lei de Responsabilidade Fiscal.

1.3 Diretrizes da Lei nº 11.079/2004

A Lei nº 11.079/2004, em seu art. 4º, indica as diretrizes a serem observadas nas parcerias público-privadas. Ressalte-se que o vocábulo “diretriz”, segundo Ferreira (2004, p. 684), deve ser compreendido como um conjunto de instruções ou indicações para levar a termo um plano, uma ação, etc.

As diretrizes explicitadas na Lei nº 11.079/2004 são extraídas dos princípios da Administração Pública, como eficiência, respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes incumbidos da sua execução, indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional e do exercício do poder de polícia, responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias, transparência dos procedimentos e das decisões, repartição objetiva dos riscos entre as partes, sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas do projeto de parceria.

O princípio constitucional da eficiência deve ser enaltecido, pois deve ser interpretado como uma garantia na qualidade dos serviços públicos e qualquer atividade desenvolvida pela Administração Pública deve cumprir tal preceito constitucional.

A diretriz que trata do respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes incumbidos da sua execução reitera a necessidade de cumprimento do princípio da legalidade por parte dos envolvidos no contrato.

A indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional e do exercício do poder de polícia impede que o Estado transfira à iniciativa privada as competências ínsitas dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

A responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias refere-se ao desdobramento da Lei de Responsabilidade Fiscal, determinando a execução do contrato em consonância com os limites orçamentários do ente público.

A transparência dos procedimentos e das decisões refere-se ao desdobramento dos princípios que regem a Administração Pública, em especial, os princípios da publicidade e da motivação das decisões administrativas, a fim de viabilizar o efetivo controle administrativo das parcerias.

A repartição objetiva dos riscos entre as partes indica que o risco da atividade a ser empreendida deve ser compartilhado entre os parceiros, o que se verá no próximo item.

A sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas do projeto de parceria determinam que a parceria público-privada deve atender tanto às necessidades de retorno financeiro do parceiro privado, como também atender às exigências do interesse público do objeto do contrato.

2 DOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

A natureza jurídica da relação entre a Administração Pública e a iniciativa privada, no âmbito das parcerias público-privadas, é contratual, regulada pelo Direito Administrativo; portanto, não se trata de um instituto puramente original.

A Lei nº 11.079/2004 estipula as cláusulas obrigatórias e facultativas desse contrato. Neste momento, a Lei enfatiza que as diretrizes do art. 23 da Lei Federal nº 8.987/1995, a Lei das Concessões e Permissões, deverão ser observadas no que couber.

Em relação aos prazos de validade contratual, a Lei dispõe expressamente que o prazo de vigência do contrato não pode ser inferior a 5 (cinco) anos e nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, e ainda que este prazo deve ser compatível com a amortização dos investimentos realizados; porém, logicamente é limitado ao período máximo de 35 anos, incluindo eventual prorrogação.

Di Pietro (2009, p. 170) propõe uma questão interessante quanto ao prazo: “Verificando-se que o mesmo não foi suficiente para a recuperação dos investimentos feitos pelo parceiro privado, a prorrogação poderá fazer-se pelo prazo suficiente para que essa recuperação ocorra.”

Desta forma, mesmo que o prazo máximo determinado em lei seja elevado, não havendo recuperação do investimento por parte do parceiro privado, este poderá solicitar uma prorrogação até o limite da amortização de seus investimentos.

Porém, é claro que, havendo resistência em relação à prorrogação contratual, o parceiro privado pode pleitear indenização por perdas e danos na Justiça.

Os princípios inerentes aos contratos de parcerias público-privadas, como o princípio da equidade, da razoabilidade, da continuidade, da indisponibilidade do interesse público, entre outros, sugerem um equilíbrio econômico-financeiro entre as partes contratantes.

2.1 Compartilhamento de riscos

O art. 5º, III e IV da Lei Federal, prevê que os riscos inerentes ao contrato são repartidos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e a álea econômica extraordinária.

Blanchet (2008, p. 31-32) apresenta uma crítica referente à repartição dos riscos entre as partes, no tocante ao fato do príncipe e a álea econômica: “Seria absurdo repartir meio a meio os efeitos relativos à oneração dos custos da execução do contrato quando devidos a fato do príncipe. O mesmo pode-se afirmar em relação à álea econômica extraordinária[...].”

Bittencourt (2007, p. 57-58) também traz uma crítica sobre o tema:

O compartilhamento dos riscos entre as partes envolvidas é natural nas parcerias. Entretanto, causa profunda estranheza que o rol de matérias a serem compartilhadas conste o denominado Fato do Príncipe. Sendo esse fato uma determinação do Poder Público (positiva ou negativa e imprevista) que venha a onerar a execução contratual, é seguramente um enorme contrasenso determinar que a parte privada assuma responsabilidade por fato oriundo de manifestação ou ato da própria Administração [...].

Observa-se que o compartilhamento de riscos deve existir nos contratos de PPP como nos demais contratos juridicamente aceitos; porém, o questionamento acerca deste compartilhamento em relação a fato do príncipe e álea econômica extraordinária refere-se a uma questão econômica, totalmente voltada ao Estado.

O compartilhamento de riscos nos contratos de parcerias público-privadas dispõe uma diferença bastante marcante em relação às concessões comuns. Nas concessões tradicionais, o concessionário age por sua conta e risco, respondendo o Poder Público subsidiariamente, enquanto que nos contratos de PPPs, a responsabilidade do Estado é solidária.

Assim, se nas concessões comuns os riscos decorrentes do fato do príncipe, do fato da administração e da álea econômica extraordinária devem ser suportados pela Administração Pública, o mesmo deveria ocorrer em relação aos contratos de PPPs, sendo inaplicável, no presente caso, a repartição dos riscos.

Além disso, o contrato de parceria deve demonstrar as formas de remuneração e as formas de atualização dos valores contratuais. É importante que o instrumento contratual realmente seja bastante explícito na questão geral dos formatos de remuneração, pois se trata de um contrato complexo e duradouro.

Nas duas modalidades de parcerias público-privadas existe uma contraprestação pecuniária do parceiro público à iniciativa privada. Esta é uma característica peculiar das PPPs, pois, se esta prestação não ocorrer, caracterizar-se-á a concessão comum, regida pela Lei nº 8.987/1995. (DI PIETRO, 2009, p. 155)

Na modalidade de concessão patrocinada, essa contraprestação do parceiro público é um *plus* em relação à tarifa cobrada do usuário; já na concessão administrativa, a prestação se constituirá em uma forma básica de remuneração.

Vejamos o art. 6º da Lei:

Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

I – ordem bancária;

II – cessão de créditos não tributários;

III – outorga de direitos em face da Administração Pública;

IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;

V – outros meios admitidos em lei.

Parágrafo único. O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

Verifica-se, então, que a contraprestação da Administração Pública à iniciativa privada não necessariamente deve ser feita na forma de pecúnia, existindo outras modalidades de remuneração.

Mais uma questão que se destaca nos contratos de parcerias refere-se aos mecanismos para a preservação da atualidade, a saber, o cumprimento de um dos princípios fundamentais do serviço público, qual seja, a modernização e a atualização da prestação dos serviços. O foco dessa questão está no acompanhamento da evolução da sociedade, pois o contrato de parceria público-privada deve atender os anseios de uma sociedade atual, independentemente do momento em que a licitação foi promovida.

Além disso, o contrato deve explicitar os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia.

A avaliação do desempenho também é exigida pelos contratos de parcerias público-privadas. Na verdade, essa atividade é exigida em todos os contratos celebrados com a Administração Pública, e não somente nos de parceria público-privada.

Infelizmente, o que se tem apurado nos contratos celebrados pela Administração Pública é a pouca importância dada aos procedimentos de avaliação de desempenho.

Blanchet (2008, p. 35) acredita que a falta de observação dessa avaliação se deve ao desconhecimento. “Pouca importância, infelizmente, tem sido dada a avaliações de desempenho; cremos que assim sucede principalmente em razão do desconhecimento.” E continua, “Não se trata, portanto, de mera faculdade para o agente da Administração, mas, de dever, pois a falta de um sistema de acompanhamento do desempenho dos contratados leva fatalmente a contratações futuras insatisfatórias ao interesse público.”

O que se espera é que haja uma Administração Pública com planejamento de metas e busca de resultados. E é claro que nos contratos firmados com a Administração Pública não se deve admitir nenhum tipo de fundamento para escusar da responsabilidade de se obter qualidade e eficiência nos serviços prestados.

O compartilhamento dos ganhos econômicos com a Administração Pública também deve estar presente nas parcerias. Tal compartilhamento está previsto na ocorrência de ganhos econômicos efetivos ao parceiro privado, decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pela iniciativa privada.

Esta cláusula contratual tem sofrido bastante resistência, pois alguns doutrinadores acreditam que seja uma norma censurável. “Trata-se de norma injusta, pois, se o parceiro privado teve redução do risco de crédito dos financiamentos que utiliza, os méritos são do parceiro privado, não havendo por que compartilhar os ganhos econômicos desse fato com a Administração.” (MUKAI, 2006, p. 10)

Ainda em relação ao compartilhamento, Bittencourt (2007, p. 62) elucida outra preocupação:

Na prática, não parece nada fácil a aplicação do regramento: primeiro, porque é de duvidosa avaliação; depois, porque não define a mensuração da partilha dos ganhos econômicos; e, por fim, porque não prevê a proporção da repartição, permitindo a conclusão de que o percentual dependerá da previsão contratual, muito embora a lógica sinalize para a divisão em partes iguais.

Em outra linha, Di Pietro (2009, p. 157) dispõe que a regra do compartilhamento de ganhos econômicos se justifica, pois “o poder público poderá oferecer garantias ao financiador do projeto (art. 5º, § 2º), reduzindo, dessa forma, os riscos do empreendimento.”

Desta maneira, verifica-se que o compartilhamento de ganhos econômicos entre o parceiro público e o parceiro privado deve ser efetuado de forma harmônica com as demais diretrizes contratuais. O que nos parece é que o legislador, ao enfrentar a questão das parcerias, procurou equiparar os parceiros na repartição dos riscos e também no compartilhamento dos ganhos econômicos excedentes.

A Lei estabeleceu ainda que o parceiro público está obrigado a realizar a vistoria dos bens reversíveis, inclusive autorizando o Poder Público a reter os pagamentos ao parceiro privado. Esta cláusula se justifica, pois no caso de eventual irregularidade, os bens são passíveis de ressarcimento ao patrimônio público.

2.1 As garantias contratuais nas parcerias público-privadas

Os contratos administrativos que envolvem as parcerias público-privadas, geralmente têm um prazo longo, envolvem investimentos financeiros altos e necessariamente têm como objeto uma prestação de serviço ou obra pública de interesse público social importante. Por tais motivos, as garantias, tanto em relação ao parceiro público como em relação ao privado, devem ser estudadas e previstas, a fim de atrair ainda mais os investimentos da iniciativa privada neste importante segmento público.

Algumas garantias vieram previstas na Lei nº 11.079/2004 e outras já existiam no nosso ordenamento e foram incorporadas, para garantir o cumprimento dos contratos de parcerias público-privadas. As garantias ainda sofrem algumas resistências, principalmente da doutrina.

As garantias das parcerias público-privadas devem ser analisadas sob quatro ângulos, a saber: a garantia que o Poder Público presta ao parceiro privado; a garantia que o parceiro privado presta ao Poder Público; a garantia que o Poder Público presta aos financiadores do projeto; e, por fim, a garantia que o parceiro privado presta aos seus financiadores.

As garantias que o Poder Público presta ao parceiro privado são enumeradas na própria legislação específica, conforme o art. 8º:

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

A vinculação de receitas não pode ofender os princípios e limitações constitucionais, o que significa dizer que não há possibilidade de vinculação de receitas referentes aos

impostos, porém, as receitas decorrentes dos demais tributos e de outras fontes da Administração Pública poderão ser vinculadas. Sobre este assunto, Harada (2007, p. 174) dispõe:

[...] vinculação tem o sentido de preservar o equilíbrio entre o montante do empréstimo público (dívida pública) e o valor da receita antecipada, evitando-se situações de desequilíbrio orçamentário. Por isso, a entidade política mutuante é obrigada a manter, permanentemente, na lei orçamentária anual, dotação específica para garantia do pagamento da dívida, enquanto esta perdurar.

A grande inovação da Lei foi a previsão do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas federais, que tem como objetivo a prestação da garantia do cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público, garantindo aos parceiros privados uma solidez do contrato, reduzindo as incertezas e os riscos concernentes aos compromissos financeiros assumidos pelo Governo Federal em contratos de PPP.

Esse Fundo foi previsto dentro do contexto de uma série de garantias a serem oferecidas pela Administração Pública ao empreendedor privado, tendo em vista os prazos longos que geralmente envolvem os contratos de parcerias público-privadas.

Mukai (2005, p.13) afirma que as cinco garantias expressas na legislação são garantias robustas, e que o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas complementa a seara da garantia de pagamento das obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais.

Salera (2010, p. 11) demonstra que a estrutura patrimonial do FGP está alicerçada nos seguintes aspectos: Gestão Profissional e Política de Investimento; Qualidade dos Ativos; Sustentabilidade; Garantia de Equilíbrio; Qualidade da Garantia; Regras para liquidação; Restrições a decisões discricionárias dos Cotistas e Comprometimento jurídico.

Assim, o FGP apresenta-se como uma entidade contábil sem personalidade jurídica, criada por lei, com objetivo de dar sustentação financeira ao Programa de PPP, tendo como beneficiárias as empresas parceiras definidas e habilitadas nos termos da lei.

Não resta dúvida de que o FGP foi uma grande inovação do ordenamento, mas resta saber se ele será capaz de garantir a rentabilidade e a segurança de todos os contratos de PPP celebrados, em especial depois de decorridos vários anos de sua celebração.

Nesse aspecto, um dos maiores desafios será garantir segurança aos contratos de PPP celebrados para a construção de estádios para serem utilizados na Copa do Mundo da Fifa, uma vez que é evidente que a arrecadação com a venda de ingressos para as partidas de futebol dos campeonatos locais não será suficiente para garantir rentabilidade capaz que

remunerar os investimentos realizados, em especial nos Estados da Federação que não possuam campeonatos estaduais que possuem grandes rendas.

Contudo, como se demonstrou, a Lei nº 11.079/2004 prevê inúmeras garantias para as partes envolvidas nos contratos de parceria público-privadas, com o nítido interesse de torná-las atraentes para os investidores privados.

CONCLUSÃO

O artigo proposto teve como objetivo analisar as parcerias público-privadas na atualidade. A quantidade e a intensidade da relação entre o setor público e a iniciativa privada vêm aumentando a cada dia, tanto no cenário mundial como no cenário nacional, tornando-se uma realidade de vultosa importância.

Nesse sentido, as parcerias público-privadas figuram como uma possibilidade de efetivação dos serviços públicos. É um contrato público administrativo, celebrado entre a Administração Pública e a iniciativa privada, com o objetivo de promover o incremento social, com eficiência, em áreas de interesse público, através do desenvolvimento de uma obra ou através da prestação de um serviço público, com amortização do investimento do parceiro privado em médio ou longo prazo.

O que se espera dos contratos de PPPs na contemporaneidade é que a lentidão, burocracia e ingerências políticas tão próprias da Administração Pública sejam superadas pela eficiência tão exigida do setor privado.

A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, regulamenta as PPPs, mesmo sendo publicada há quase 10 (dez) anos e ainda é fundamento de muitas dúvidas a serem desvendadas.

Neste momento histórico, o modelo trazido pela Lei Federal foi muito utilizado no Brasil, afinal muitos estádios de futebol, com o chamado “padrão Fifa” e nos quais os brasileiros e estrangeiros puderam assistir a espetáculos de bola, foram construídos e/ou reformados através modelo de contrato de PPP.

O objetivo foi permitir que os investidores privados fossem atraídos a investir os seus recursos na construção de tais estádios, suprindo uma carência do Poder Público e garantindo a realização, com sucesso, do mencionado megaevento.

Deixando de lado as dúvidas com relação aos custos e ao grande aumento dos valores dos orçamentos iniciais, que não foram tratados no presente artigo, surge a dúvida quanto à

sustentabilidade econômica de tais obras, em especial se as garantias previstas na legislação serão suficientes para garantir a rentabilidade inicialmente prevista no contrato das PPPs.

O risco é que, caso as PPPs não sejam rentáveis ou, o que seria pior, as garantias previstas não sejam suficientes para impedir prejuízos, tais espécies de contratos poderão cair em total descrédito.

Por fim, o que se tem é que as parcerias público-privadas são fortes aliadas do Poder Público na realização de obras de infraestrutura e na prestação de serviços públicos, mas é necessária que a sua adoção seja feita após uma análise bastante cautelosa, com a estrita observância da legislação, com garantia de rentabilidade e sustentabilidade, inclusive quanto ao aspecto de Responsabilidade Fiscal, sob pena da falência do instituto.

BIBLIOGRAFIA

BLANCHET, Luiz Alberto. *Parcerias Público-Privadas*. Comentários à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Curitiba: Juruá, 2008.

BITTENCOURT, Sidney. *Parceria Público-Privada passo a passo*. Comentários à Lei nº 11079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu a PPP no Brasil. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2007.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas- PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MUKAI, Toshio. *Parcerias público-privadas: comentários à Lei Federal no. 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte e à Lei Municipal de Vitória/ES*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

SALERA, Taciana de Oliveira. *O novo regulamento do fundo garantidor das Parcerias Público-Privadas do Governo Federal*. Disponível em:

http://www.azevedosette.com.br/pt/noticias/o_novo_regulamento_do_fundo_garantidor_das_parcerias_publico-privadas_do_governo_federal/223. Acesso em: 23 julho 2014.