

Parcerias Público-Privadas (PPPs)

Autor: Eduardo Lopes Machado

Instituição: Fundação João Pinheiro – Minas Gerais - Brasil

Resumo

A Administração Pública durante todo o seu desenvolvimento teórico trouxe consigo a ideia de que o setor privado é mais eficiente que o setor público. O paralelismo teórico entre esses dois setores e, na maioria das vezes, a subordinação ou vinculação dos conceitos utilizados no setor público àqueles do privado, transformaram aqueles desprovidos de práticas próprias, pelo menos em teoria. É exatamente dentro dessa concepção, que grosseiramente pode ser definida como a total incapacidade de o setor público ser eficiente, que se possibilitou a mescla desses dois setores da sociedade. Não faz parte desse artigo a análise do desenvolvimento histórico, econômico e político que possibilitou as mudanças na dicotomia estabelecida entre público e privado.

Partindo de duas premissas doutrinariamente estabelecidas ao longo dos anos de que as ferramentas metodológicas gerenciais adotadas no setor privado são mais eficientes e a premente necessidade de redução da abrangência do setor público nos vários setores da sociedade, são estabelecidos novos marcos regulatórios que possibilitem a fusão desses dois setores. Apesar de haver interesses diversos nesses dois setores, o privado na busca do lucro e o público na busca do interesse público, há a possibilidade de conciliar esses dois interesses através do mecanismo contratual. Assim, surgem no ordenamento jurídico as leis que regulam as parcerias público-privadas (PPPs). No Brasil a pedra fundamental dessa relação do setor público com o privado aconteceu com a reforma administrativa trazida pela Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998. O segundo momento de consolidação dessa nova relação entre setor público e privado no Brasil está no advento da Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 e que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. O terceiro marco legal regula especificamente as parcerias entre o setor público e o privado e foi concretizado com o advento da Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004.

Tendo em mente que a legislação brasileira é um mosaico, não harmônico na maioria das vezes, é que esse artigo vem apresentar os principais pontos das PPPs trazidas pela Lei 11.079/04, sem deixar de analisar a sua harmonização com outros dispositivos legais, inclusive com a própria Constituição. Esse trabalho vem trazer os primeiros conceitos para que o gestor público possa entender essa recente modalidade de relação entre o setor público e o privado. Sem qualquer pretensão de ser exaustivo, o presente artigo aborda os principais pontos de inovações no ordenamento jurídico pátrio e posicionamento de alguns autores sobre as questões positivas e negativas que vieram com advento de um conjunto de normas que, em princípio, pretendem dar maior dinamismo à Administração Pública no Brasil.

Palavras-chave: parcerias público-privada, lei 11.079, administração pública, lei das parcerias.

Abstract

The Public Administration throughout its theoretical brought the idea that the private sector is more efficient than the public sector. The theoretical parallels between these two sectors and, in most cases, the tying or binding of the concepts used in the public sector to those of private, turned those deprived of their own practices, at least in theory. It is precisely within this conception, which can be roughly defined as the total inability of the public sector to be efficient, it is possible to mix these two sectors of society. No part of this article the analysis of historical development, economic and political changes that allowed the dichotomy established between public and private.

Starting from two premises doctrinally established over the years that the methodological tools management adopted in the private sector are more efficient and the urgent need to reduce the scope of the public sector in the various sectors of society are established new regulatory frameworks that enable the fusion of these two sectors. Although there are many interests in these two sectors, the private sector in pursuit of profit and the public in the pursuit of the public interest, it is possible to reconcile these two interests through contractual mechanism. Thus, arise in the legal laws governing public-private partnerships (PPPs). In Brazil the cornerstone of that relationship in the public sector with the private happened with the administrative reform brought by Constitutional Amendment No. 19 of June 4, 1998. The second moment in the consolidation of this new relationship between public and private sector in Brazil is the enactment of Law 8.987 of February 13, 1995 and provides for the concession and permission of the provision of public services. The third legal framework specifically regulates partnerships between the public and private sectors and was realized with the enactment of Law 11.079 of December 30, 2004.

Bearing in mind that Brazilian law is a mosaic, not harmonic in most cases, is that this article is to present the main points of PPPs introduced by Law 11.079/04, while analyzing its harmonization with other laws, including the Constitution itself. This work brings the first concepts for the public manager can understand this recent form of relationship between the public and private sectors. Without any pretense of being exhaustive, this article discusses the main points of innovation in national legal system and positioning of some authors about the positive and negative issues that came with the advent of a body of rules which, in principle, intended to give greater dynamism to Public Administration in Brazil.

Key-words: *public-private partnerships, Law 11.079, public administration, law partnerships*

Introdução

A Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004 passou a instituir normas gerais sobre licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, vinculando União, Estados, Distrito Federal e Municípios a sua observância. Essa Lei trouxe em seu art. 2º que a parceria público-privada é um contrato administrativo de concessão e que se subdivide em duas modalidades: a modalidade patrocinada e a modalidade administrativa.

O fundamento constitucional da parceria público-privada é o art. 22, XXVII, que trata da competência da União Federal para legislar sobre normas gerais de contratação e licitação. Isso quer dizer que a lei federal deve reger de forma geral os contratos administrativos de concessão de parceria público-privada celebradas por qualquer dos entes federativos: a própria União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e as entidades da administração indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista). Também dentro da abrangência desse regramento legal estão incluídos os fundos especiais e as entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Município, conforme determina o parágrafo único do art. 1º da lei das parcerias. Deve-se ressaltar que a competência para legislar sobre o assunto “contratação” e “licitação” e estabelecer regras gerais é da União, porém, há a possibilidade da existência de leis tratando do tema no âmbito dos outros entes federativos, mas de forma complementar àquelas. Esse também é o pensamento de José dos Santos Carvalho Filho ao afirmar que “a competência da União para editar normas gerais não impede que os demais entes federativos instituem legislação complementar.” (2009, p. 405). Outro ponto que corrobora para esse entendimento é o próprio texto da Lei 11.079/04, que em seu Capítulo VI (art. 14 ao art. 22), trata das disposições aplicáveis somente à União, ou seja, a própria lei esclarece que os outros entes federativos podem legislar de forma complementar, dado que esses artigos criam obrigatoriedade somente para União, devendo os demais entes legislar sobre a mesma matéria abordada nesses artigos.

Os contratos de parcerias público-privadas¹, ou simplesmente parcerias público-privadas (PPPs), têm sido adotados com relativo sucesso em vários países europeus como Portugal, Espanha, Inglaterra^{2,3} e Irlanda, para citar alguns exemplos. Há dois argumentos principais para justificar a adoção dessa modalidade de concessão em países em desenvolvimento como o Brasil: a falta ou insuficiência de recursos financeiros e a eficiência da gestão no setor público. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 405). Esses mesmos argumentos fundamentam o entendimento de Barbara de Brito e Antonio Silveira:

Duas questões permeiam o debate econômico em torno da justificativa de se adotar um programa de parcerias público-privadas: a obtenção de *espaço orçamentário* para viabilizar os investimentos em um quadro de restrição fiscal e a *eficiência* na prestação de serviços públicos. (BRITO; SILVEIRA, 2005, p. 9-10).

Na busca de uma Administração Pública mais eficiente é que vários institutos do modelo de Administração Gerencial⁴ foram introduzidos no Brasil. O marco inicial desse novo modelo administrativo é foi a edição da Emenda Constitucional nº 19 durante o governo de Fernando Henrique Cardoso. A introdução desse novo modelo acarretou a “reorganização patrimonial do setor público, por meio dos grandes processos de desestatização, que interferiu de maneira decisiva na forma de provimento de bens e serviços públicos.” (BRITO; SILVEIRA, 2005, p. 7).

1. Conceito e natureza jurídica

Segundo o art. 2º da Lei 11.079 a “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”. José dos Santos Carvalho Filho conceitua a parceria público-privada como:

O acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contrato, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento de riscos e dos ganhos entre os pactuantes. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 406).

É interessante ressaltar que para alguns autores, incluindo José dos Santos Carvalho Filho, a denominação “parceria” trazida no texto legal apresenta algumas impropriedades terminológicas e que, dessa forma, poderiam causar confusão. Primeiramente porque o termo “parceria” se contrapõe à ideia de contrato, ou seja, “onde há contrato (tipicamente considerado) não há parceria em seu sentido verdadeiro. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 406). Em segundo lugar, o denominado “parceiro privado” em nada se diferencia, do ponto de vista jurídico, das pessoas comuns do setor privado e que firmar contrato com a Administração Pública está a perseguir os lucros e vantagens da execução de um serviço ou obra pública. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 406).

A natureza jurídica do contrato de parceria público-privada é o de contrato administrativo de concessão de serviço público, conforme se pode depreender da literalidade do art. 2º da Lei 11.079/04. Entretanto, deve-se esclarecer que se trata de uma concessão especial para distingui-la da concessão comum, que é regida pela Lei 8.987/95. José dos Santos Carvalho Filho ainda lembra que apesar de serem consideradas como concessões especiais, “incidem sobre tais contratos os princípios da desigualdade das partes e as cláusulas exorbitantes peculiares aos contratos administrativos previstos nas Leis nos 8.666/93 e 8.987/95, entre elas a alteração unilateral do contrato e a aplicabilidade de sanções administrativas. (2009, p. 407).

Vale destacar que a lei impôs expressamente três vedações para a celebração dos contratos de PPPs. A primeira vedação está relacionada com o valor do contrato, que não pode ser inferior a vinte milhões de reais, ou seja, o legislador impôs uma limitação quantitativa para a celebração dos contratos de PPPs. José dos Santos Carvalho Filho ainda esclarece que “a contrario sensu, se envolver quantia inferior, deverá ser celebrado contrato de obra ou de serviço (Lei 8.666/93), ou contrato de concessão comum (Lei 8.987/95).” (2009, p. 413). A segunda vedação se relaciona com o tempo de prestação do serviço, que não pode ser inferior a cinco anos e também não superar 35 anos, já computada eventual prorrogação de prazo (art. 5º, I). A terceira vedação expressa no § 4º do art. 2º é a impossibilidade de realização deste tipo de contrato com objetivo único de fornecimento de mão de obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

2. Modalidades

Conforme estabelecido no art. 2º da Lei 11.079/04, os contratos administrativos de parceria público-privada estão subdivididos em duas modalidades: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

2.1 Concessão patrocinada

O parágrafo primeiro do art. 2º da Lei 11.079/04 define concessão patrocinada como “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.” (BRASIL). Assim, na concessão patrocinada o concessionário irá receber recursos de duas fontes: “uma decorrente do pagamento das respectivas tarifas pelos usuários, e outra, de caráter adicional, oriunda de contraprestação pecuniária devida pelo poder concedente ao particular do contrato (art. 2, § 1º).” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 407).

A concessão patrocinada tem a característica precípua de oferecer um serviço público ao usuário. Esse serviço será parcialmente pago pelo próprio usuário do serviço e também pelo Poder Público concedente no contrato de concessão. Por ter as características muito próximas às concessões comuns, se aplica subsidiariamente à concessão patrocinada a Lei no 8.987/95 (lei geral das concessões) bem como outras leis que sejam corretas à referida lei. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 407). Bárbara de Brito e Antonio Silveira fortalecem esse entendimento ao afirmarem que:

[...] para a concessão patrocinada, por se tratar de prestação de serviço público ao usuário, aplica-se subsidiariamente o disposto na lei de concessões. É o caso, por exemplo, da concessão de uma rodovia em que a cobrança de tarifa módica não seria suficiente para recuperar o investimento e remunerar o capital, sendo necessária uma complementação de receita pela autoridade pública para tornar o empreendimento viável. (BRITO; SILVEIRA, 2005, p. 14).

Para as concessões patrocinadas cujo valor da remuneração paga pelo Poder Público concedente ultrapassar 70% do valor total da remuneração paga ao parceiro privado dependerão de autorização legislativa específica (art. 10, § 3º da Lei 11.079/04). Nesse ponto há de se observar que, dependendo do valor pago pelo poder concedente, a concessão patrocinada fica mais próxima da modalidade de concessão administrativa, mas sem se confundir com esta. É o caso, por exemplo, de uma concessão patrocinada na qual o poder concedente arcará com 99% do valor da remuneração do parceiro privado. Evidentemente que a celebração desse contrato está vinculada a uma autorização legislativa específica. Porém, nada obsta que exista tal contrato de concessão patrocinada no qual o usuário arcará com apenas 1% da remuneração do parceiro privado. É dentro dessa linha de pensamento que Celso Antônio critica tal possibilidade:

Curiosamente, embora a concessão de serviços públicos clássica seja adotada para *poupar* investimentos públicos ou para *acudir a carência deles*, e esta última razão sempre foi a habitualmente apontada, entre nós, como justificativa para a introdução das PPPs, a lei pressupõe que na modalidade patrocinada a

contraprestação pecuniária a ser desembolsada pelo Poder Público poderá corresponder a até 70% da remuneração do contrato ou mais que isso, se houver autorização legislativa (art. 10, § 3º). Logo, é possível, de direito, que alcance qualquer percentual, desde que inferior a 100%. Seguramente, este não é o modo de acudir à carência de recursos públicos; antes, *pressupõe que existam disponíveis* e implica permissão legal pra que sejam despendidos: exatamente a antítese das justificativas apontadas para exaltar este novo instituto. (MELLO, 2007, p. 755).

Em resumo, as PPPs nas modalidades de concessão patrocinada são aquelas em que o parceiro privado será remunerado por duas fontes distintas e complementares: a primeira fonte virá do próprio Poder Público concedente, e a segunda, será paga pelo usuário do serviço através de tarifa. A parcela paga pelo Poder Público concedente ao parceiro privado deve obedecer ao teto de até 70% da remuneração para que não haja a necessidade de autorização legislativa específica. Assim, para os contratos nos quais ultrapasse esse limite há a necessidade de autorização legislativa específica para que concretize o ato jurídico. Vale ainda destacar o texto do art. 3º da lei de PPPs: “As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995.” (BRASIL).

2.2 Concessão administrativa

“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”, conforme está definido no § 2º do art. 2º da Lei 11.079/04. (BRASIL). Em comparação com a concessão patrocinada, a concessão administrativa não admite a tarifa como fonte de recurso para o pagamento da obra ou serviço, sendo este efetuado diretamente pelo poder concedente. Dentro dessa perspectiva Barbara de Brito e Antonio Silveira ressaltam que:

[...] para as concessões administrativas, em que o usuário da prestação do serviço é a própria administração pública, ainda que de maneira indireta, o regime predominante é o da lei de PPP, aplicando-se adicionalmente alguns dispositivos da lei de concessões. Seria o caso, por exemplo, de contratos para a construção, manutenção e gestão de hospitais e escolas públicas, em que, embora exista um beneficiário (o cidadão), é a própria administração a usuária indireta do sistema, por ser ela a compradora do serviço prestado pelo parceiro privado. A administração adquire o serviço com o objetivo de disponibilizá-lo gratuitamente ao cidadão. Não há, portanto, cobrança de tarifa do beneficiário. (BRITO; SILVEIRA, 2005, p. 14).

Celso Antônio Bandeira de Mello qualifica a concessão administrativa como a falsa concessão argumentando que o valor pago pelo Poder Público não corresponde a uma tarifa, “mas uma remuneração como qualquer outra – o que, evidentemente, descaracteriza a parceria como uma concessão. (2007, p. 757).

3. Características das PPPs

José dos Santos Carvalho Filho aponta três características básicas que diferenciam os contratos de PPPs dos demais contratos administrativos. (2009, p. 410).

A primeira característica está no financiamento do setor privado, ou seja, “esse aspecto indica que o Poder Público não disponibilizará integralmente (até porque não os tem) recursos financeiros para os empreendimentos públicos que contratar.” (2009, p. 410).

A segunda característica apontada por esse autor é o compartilhamento de riscos, “assim entendido o fato de que o Poder concedente deve solidarizar-se com o parceiro privado no caso da eventual ocorrência de prejuízos ou outra forma de déficit, ainda que tal consequência tenha tido como causa fatos imprevisíveis. (2009, p. 410). Essa característica é essencial para diferenciar os contratos de PPP dos contratos de concessão comum, regidos pela lei 8.789/95. Como se pode observar, nos contratos de PPP há uma distribuição dos riscos do empreendimento entre o Poder concedente e a concessionária, o que o diferencia das concessões comuns nas quais os riscos do empreendimento são de total responsabilidade da concessionária.

A terceira característica é a pluralidade compensatória, que é a “obrigação do Estado em favor do concessionário pela execução da obra ou do serviço.” (2009, p. 410). Essa característica se relaciona com as várias possibilidades de pagamento à concessionária pelo Poder concedente, conforme determina o art. 6º da lei das PPPs: “A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: I – ordem bancária; II – cessão de créditos tributários; III – outorga de direitos em face da Administração Pública; IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V – outros meios admitidos em lei.” (BRASIL, 2011).

4. Diretrizes das PPPs

Como contrato administrativo, as concessões especiais sob o regime de parceria deverão ser celebradas observando determinadas diretrizes dispostas na lei (art. 4º), “sendo estas consideradas as linhas a serem observadas quando a Administração elaborar seus projetos para tais espécies de ajuste.” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 411). José dos Santos Carvalho Filho ao analisar o art. 4º da Lei 11.079/04, divide as diretrizes em dois grupos distintos: as diretrizes comuns a todos os contratos da Administração, incisos I, II e V, “a eficiência na execução das obras e serviços públicos, o respeito aos interesses dos destinatários do objeto do contrato e dos parceiros privados e a transparência de procedimentos e decisões”, respectivamente. (2009, p. 411). O segundo grupo são as diretrizes específicas dos contratos de PPP: “indelegabilidade de funções exclusivas do Estado (art. 4º, III), como a jurisdicional, as de regulação e as decorrentes do exercício do poder de polícia. (2009, p. 411); “repartição objetiva dos riscos (art. 4º, VI) [...] trata-se de fórmula para não afastar eventuais parceiros privados se fosse apenas seu o risco do empreendimento”, como já foi visto anteriormente. (2009, p. 411); “a responsabilidade fiscal é outra diretriz que incide tanto na etapa de celebração como na de execução do serviço ou da obra (art. 4º, IV).” (2009, p. 411). E por última “a sustentabilidade financeira dos projetos de parceria (art. 4º, VII). Significa que cabe à Administração prover-se de reserva dos custos que ficarão a seu cargo e das vantagens socioeconômicas decorrentes do objeto contratual”. (2009, p. 411).

É interessante destacar o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello no tocante ao rol de diretrizes estabelecido na Lei das PPPs. Esse autor observa que com exceção do inciso VI do artigo 4º, repartição objetiva de riscos entre as partes, as demais diretrizes são demasiadamente óbvias para não constarem no texto legal. Assim escreve esse autor:

Com exceção da “repartição objetiva de riscos entre as partes”, todas as demais diretrizes, obviamente, não precisariam ser referidas. Com efeito, ninguém no mundo imaginaria que os contratos em apreço deveriam buscar *ineficiência* tanto no cumprimento das missões estatais quanto no emprego de recursos; nem que deveriam *desrespeitar os interesses diretos dos destinatários* dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; nem que, por via deles, fossem *delegados a função jurisdicional do Estado, ou sua função regulatória, ou o exercício do poder de polícia ou de quaisquer outras atividades que o próprio dispositivo menciona como “exclusivas do Estado”*; nem que as parcerias se empenhassem na busca da *irresponsabilidade fiscal*; como também ninguém suporia que ditos contratos devessem primar pela *falta de transparência* dos procedimentos e das decisões. Do mesmo modo não se suporia que vieram para promover a *insustentabilidade financeira e desvantagens econômicas*. Assim, seria o caso de perguntar: por que tais dispositivos foram incluídos na lei? (MELLO, 2007, p. 761-762).

5. Cláusulas nos contratos de PPPs

Nesse ponto a lei das parcerias primeiramente remete para a observância do art. 23 da lei geral das concessões, Lei 8.987/95. Esse primeiro grupo de cláusulas é denominado pela própria lei como cláusulas essenciais. Há ainda um segundo conjunto de cláusulas que devem obrigatoriamente constar nos contratos de parceria e que estão elencadas na lei das PPPs, são denominadas pela doutrina como cláusulas essenciais adicionais. Para maior didática esse trabalho considerou as cláusulas essenciais da Lei 8.987/95 e as cláusulas essenciais adicionais da Lei 11.079/04 como as cláusulas essenciais do contrato. O terceiro grupo é o das cláusulas não essenciais, que ficam no âmbito do poder discricionário do Poder concedente a sua inclusão ou não nos contratos de parceria.

5.1 Cláusulas essenciais

Os contratos de PPPs estão subdivididos em dois grupos de cláusulas. O primeiro grupo é aquele comum às PPPs, como nas concessões comuns, e que estão elencados no art. 23 da Lei 8.987/95. Deve-se destacar que a própria lei geral das concessões denomina essas cláusulas como essenciais, ou seja, “a ausência ou distorção de semelhantes cláusulas provoca a nulidade do contrato. Têm, por conseguinte, intrínseca relação com a validade do pacto concessional.” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 411). O segundo grupo é o rol de cláusulas que devem constar nos contratos das PPPs trazido pela Lei 11.079/04, denominadas cláusulas essenciais adicionais (CARVALHO FILHO, 2009, p. 412). Assim, “é obrigatório que no instrumento contratual conste a previsão da repartição de riscos entre concedente e concessionário, inclusive diante da ocorrência de fatos imprevisíveis (art. 5º

III)”; “a vigência do contrato não será inferior a cinco, nem superior a trinta e cinco anos, já considerada eventual prorrogação (art. 5º, I)”; “as cláusulas que prevejam a remuneração e atualização dos valores contratuais e as que indiquem os meios de preservação da atualidade da prestação dos serviços (art. 5º, IV e V).” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 412).

Estão também elencadas no art. 5º como cláusulas essenciais dos contratos de PPP:

a) a definição dos fatos que indiquem a inadimplência pecuniária do concedente (art. 5º, VI); b) as penalidades aplicáveis às partes no caso de inadimplemento, sempre observado o postulado da proporcionalidade em relação à gravidade da falta (art. 5º, II); c) as garantias de execução do contrato pelo parceiro privado compatíveis com a natureza e a extensão do objeto contratual (art. 5º, VIII); d) os critérios de avaliação de desempenho do concessionário (art. 5º, VII); e) o compartilhamento com a Administração de ganhos econômicos do concessionário se houver redução do risco de crédito de financiamentos por ele obtidos (art. 5º, IX); f) a vistoria de bens reversíveis, ou seja, aqueles que, utilizados pelo parceiro privado, venham a ser transferidos para o patrimônio do parceiro público, sendo admitida a retenção do pagamento para o fim de sanar eventuais irregularidades (art. 5º, X). (CARVALHO FILHO, 2009, p. 412).

5.2 Cláusulas não essenciais

Como o próprio nome leva a concluir, as cláusulas não essenciais são aquelas cuja ausência não provoca a nulidade do contrato de parceria. A inserção dessas cláusulas depende exclusivamente da avaliação do Poder concedente, ou seja, trata-se de ato discricionário no qual o concedente irá avaliar a conveniência e oportunidade de sua inclusão no contrato.

O § 2º do artigo 5º da lei das parcerias elenca o rol dessas cláusulas não essenciais:

§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;

III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

É importante destacar que o inciso I do parágrafo precitado está carregado de uma importante inovação trazida pela lei de PPP, que é a possibilidade de prever, no próprio contrato de parceria, os chamados *step-in-rights* (BRITO; SILVEIRA, 2004, p. 15). Para esses autores, “trata-se do direito do

financiador de intervir no controle da sociedade de propósito específico, em caso de inadimplência dos contratos de financiamento ou de queda nos níveis de retorno a patamares que comprometam o cumprimento das obrigações futuras.” (BRITO; SILVEIRA, 2005, p. 15).

6. Contraprestação e garantias

Com o intuito de dar maior estabilidade na relação estabelecida com o parceiro privado, o legislador determinou um conjunto de regras diferenciadas para os contratos das PPPs.

6.2 Contraprestação

Um dos elementos caracterizadores dos contratos de concessão de parceria público-privada é a contraprestação pecuniária (art. 2º, § 3º da Lei 11.079/04). Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho lembra que a idéia de contraprestação pecuniária pode ser interpretada de duas maneiras: a primeira é que o Poder concedente deve efetuar o pagamento ao concessionário diretamente em dinheiro; a segunda se dá através de mecanismo jurídico que possa ser convertido em pecúnia. (2009, p. 414).

Importante destacar que a contraprestação pecuniária efetuada pelo Poder concedente deve, necessariamente, ser efetuada somente quando o serviço estiver sendo efetivamente prestado pelo parceiro privado⁵ (art. 7º), sendo proibida qualquer orientação em sentido contrário a essa regra, sob pena de configurar improbidade administrativa (Lei 8.429/92). A lei das parcerias (art. 7º, parágrafo único) permite que o pagamento seja efetuado proporcionalmente à prestação do serviço, ou seja, “a contraprestação será parcial e corresponderá à parte do serviço que já tiver sido executada e disponibilizada para o poder concedente.” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 414).

A lei das parcerias trouxe um mecanismo de incentivo a eficiência na gestão dos contratos de parceria e consiste na denominada variabilidade remuneratória. (BRITO; SILVEIRA, 2004, p. 15; CARVALHO FILHO, 2009, p. 414). Essa variabilidade remuneratória consiste na possibilidade de o Poder concedente estabelecer cláusulas de na qual a remuneração do parceiro privado esteja vinculada ao seu desempenho. “Mas, para tanto, será imperioso que o contrato estabeleça de forma clara e precisa as metas e os padrões de qualidade e disponibilidade do objeto do ajuste (art. 6º, parágrafo único).” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 414).

6.2 Formas de contraprestação

A principal forma de contraprestação nos contratos de parceria é a ordem bancária (art. 6º, I)⁶. É admitida, também, a cessão de créditos tributários (art. 6º, II), “como é o caso, por exemplo, de créditos derivados de indenizações devidas por terceiros.” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 415). Outras formas de contraprestação são a outorga de direitos em face da Administração Pública (art. 6º, III); outorga de direitos sobre bens públicos dominicais (art. 6º, IV). Finalmente, a lei ainda poderá prever outras formas de contraprestação nos contratos de parceria (art. 6º, V).

6.3 Garantias

As garantias, nas parcerias público-privadas, visam “clara preocupação em evitar que o concessionário [...] sofra prejuízos ou corra riscos diante de eventual inadimplemento do poder concedentes ou até mesmo em virtude fatos imprevisíveis.” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 415). A lei das parcerias em seu art. 8º enumera cinco garantias que poderão ser oferecidas pela Administração Pública. Há ainda a possibilidade da adoção de outros mecanismos admitidos em lei (art. 8º, VI).

A primeira dessas garantias é a vinculação de receitas (art. 8º, I). Esse inciso é causa divergência doutrinária: uma corrente doutrinária entende que a vinculação de receita não fere o preceito constitucional (CF, art. 167, IV); outra corrente entende que o inciso em questão é indubitavelmente inconstitucional. José dos Santos Carvalho Filho ensina que:

Como é sabido, a Constituição veda a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa (art. 167, IV), mas o próprio dispositivo consigna algumas hipóteses em que a vinculação é admissível. Uma delas é a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, matéria passível de ser prevista na lei orçamentária anual, nos termos do art. 165, § 8º, da CF. Por conseguinte, **havendo previsão no contrato, é legítimo que o concedente ofereça como garantia ao parceiro privado recursos vinculados à arrecadação de impostos.** (*grifo nosso*) (CARVALHO FILHO, 2009, p. 415).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello “há grosseira inconstitucionalidade na previsão do art. 8º, I, segundo o qual a obrigações pecuniárias da Administração resultantes da parceria poderiam ser garantidas por vinculação de receitas.” (2007, p. 766). Esse autor fundamenta sua afirmação argumentando que “a proibição de vinculação de receitas residente no art. 167, IV, da Constituição só pode ser excepcionada nos casos que especifica, consoante ali mesmo está previsto e estampado de maneira exuberante e clara.” (2007, p. 766).

Outros mecanismos garantidores são: instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei (art. 8º, II); contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público (8º, III); garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público (art. 8º, IV); garantias prestadas por fundo garantidor⁷ ou empresa estatal criada para essa finalidade (8º, V); e outros mecanismos admitidos em lei (8º, VI).

Vale destacar a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, que ressalta a inconstitucionalidade das garantias previstas na lei das parcerias. Em relação aos fundos (art. 8º, II) esse autor fundamenta que:

É que ditos fundos se constituíam com bens públicos. Ora, bens públicos, como é sabido e ressabido, não são suscetíveis de penhora, nem de qualquer modalidade de apoderamento forçado, visto que a forma pela qual credores públicos se saciam, quando não hajam sido regularmente pagos, é prevista no art. 100 da Constituição, isto é, com o atendimento dos precatórios, na ordem de sua apresentação, pelas correspondentes verbas consignadas no orçamento ou nos créditos adicionais para tal fim abertos, admitindo-se apenas, em caso de violação da precedência de algum

credor, o sequestro de importância necessária, determinado pelo Presidente do Tribunal que proferiu a decisão exequenda. (MELLO, 2007, p. 767).

7. Sociedade de propósito específico (SPE)

A Lei 11.079/04 prevê em seu artigo 9º que antes da celebração do contrato de parceria deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. (BRASIL). “Pretendeu o legislador colocar em apartado a pessoa jurídica interessada na parceria, de um lado, e a pessoa jurídica incumbida da execução do objeto do contrato, de outro.” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 417). A intenção principal do legislador quando da obrigatoriedade da criação de sociedade de propósito específico foi aumentar o poder de controle sobre a gestão do parceiro privado. Destaca-se que a criação da SPE é elemento de validade do próprio contrato de parceria, não sendo possível a existência deste sem a criação daquela.

Para a criação da SPE ainda devem ser observados: a transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (art. 9º, § 1º)⁸; a sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado (art. 9º, § 2º); a sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento (art. 9º, § 3º); fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo (art. 9º, § 4º)⁹; a vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento (art. 9º, § 5º).

8. Fundo garantidor das parcerias público-privadas (FGP)

Como visto anteriormente, o fundo garantidor das parcerias público-privadas (FGP) faz parte do rol de garantias que podem ser oferecidas pelo Poder Público ao parceiro privado. As garantias elencadas no art. 8º da lei das parcerias têm a precípua função de reduzir os riscos do empreendimento. Mas não se trata de qualquer risco inerente a própria atividade assumida pelo parceiro privado. Como se pode depreender da leitura do artigo precitado, o legislador criou um rol de garantias com vistas a mitigar a possibilidade de inadimplemento da contraprestação.

Dentro dessa perspectiva é que foi criado o FGP que é um “mecanismo pelo qual optou o governo federal, conforme consta dos arts. 16 a 22 da lei, e que enseja algumas vantagens para o parceiro privado.” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 416). Deve-se aqui destacar que parte da doutrina entende ser inconstitucional o referido dispositivo. Assim advoga Celso Antônio Bandeira de Mello a criação desses fundos cria uma categoria privilegiada de credores, o que é inadmissível atualmente pela Constituição. Em relação e aos parceiros privados, esse autor argumenta que:

[...] ao privilegiá-los no confronto com os restantes credores do Poder Público, ficariam agredidos, à força aberta, o princípio da igualdade, consagrado no art. 5º, *caput*, bem como os princípios da impessoalidade e da moralidade, impostos pelo art. 37 da Constituição. Com efeito, se o despautério suposto no art. 8º, II, da Lei 11.079 fosse utilizável, ali estaria consagrada uma escandalosa e inconstitucional ofensa ao princípio da igualdade. É que todos os demais credores, inclusive os que se encontram na interminável fila de aguardo dos pagamentos de precatórios atrasados, seriam preteridos em favor de megaempresários, os superprotegidos “parceiros” e seus financiadores. (MELLO, 2007, p. 467).

Entendimento diferente é o de José dos Santos Carvalho Filho ao analisar o assunto.

[...] há interpretação segundo a qual ocorreria contrariedade ao art. 165, § 9º, II, da CF, pelo qual se exige lei complementar para a instituição e funcionamento de fundos, e ao art. 71, da Lei no 4.320/64 (normas gerais de direito financeiro), que proíbe que os fundos possam ser objeto de garantia de dívidas pecuniárias.

A impugnação, porém, não procede. O dispositivo constitucional tem cunho genérico e refere-se ao estabelecimento de normas gerais sobre fundos, e não à instituição de fundo específico, sendo pois, legítima a instituição deste por lei ordinária. Por outro lado, o dispositivo da Lei 4.320/64 apenas impõe que as receitas dos fundos se vinculem a objetivos predeterminados, nada impedindo, portanto, que entre tais objetivos esteja o de garantir dívidas contraídas para a execução de parcerias público-privadas. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 416).

Considerações finais

Em vários países do mundo a Administração Pública passa por uma revisão em seus paradigmas no tocante à gestão da coisa pública. O Brasil vem acompanhando essas mudanças na busca de novas formas de administrar a coisa pública. As alterações nas relações entre os países no processo de mundialização da economia obrigou o Brasil a encarar novas formas de relação com a sociedade. Dentro dessas novas formas está o que atualmente se conhece como parcerias público-privadas, pois “a experiência internacional demonstra que, quando bem implementados, programas de parceria podem representar uma alternativa interessante para viabilizar empreendimentos de maneira eficiente e eficaz.” (BRITO; SILVEIRA, 2005, p. 17).

A lei brasileira pouco ou nada inovou ao trazer o instituto das parcerias público-privadas para o ordenamento jurídico pátrio. É nesse sentido que a repartição dos riscos e, principalmente, as garantias oferecidas nesses contratos de parceria são alvo de fundada controvérsia na doutrina. Mesmo levando em conta a divergência doutrinária, a introdução das parcerias público-privadas na Administração Pública brasileira parece ter trazido significativos ganhos. Esses ganhos não alcançam somente a questão financeira dos projetos, como mencionado anteriormente. Mas, a capacidade de diálogo dos vários atores envolvidos direta e indiretamente nas PPPs: Poder Público, usuários e parceiro privado. A eficiência e eficácia na prestação desses serviços ou obras através das parcerias é a pedra de toque da sobrevivência do próprio empreendimento, cabendo ao Poder Público concedente e aos usuários em geral fiscalizar a sua devida observação.

Não obstante transcorrido mais de oito da promulgação da lei das parcerias, muita coisa ainda tem que caminhar no sentido do aperfeiçoamento desse instituto. Os grandes investimentos já realizados sob o amparo da Lei 11.079/04 são, na sua maioria, de grande porte, o que acarreta um longo prazo para a verificação dos efetivos resultados. Por outro lado, as parcerias já realizadas de curto e médio prazo já vêm apresentando resultados significativos, principalmente nas concessões de rodovias¹⁰. Dessa forma, o estabelecimento de diálogo, e principalmente a ponderação de interesses dos principais interessados na boa prestação do serviço público é que vai se desenvolvendo esse novo modelo de gerir a coisa pública. Nunca perdendo o foco que o fundamento de qualquer ação da Administração Pública é cuidar do interesse coletivo.

Referências

BRASIL. **Constituição de República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03 jun 2012.

_____. **Lei 4.320 de 17 de março de 1964**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320compilado.htm>. Acesso em: 14 jun 2012.

_____. **Lei 8.429 de 02 de junho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 13 jun 2012.

_____. **Lei 8.789 de 13 de fevereiro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 13 jun 2012.

_____. **Lei 9.074 de 7 de julho de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074compilada.htm>. Acesso em: 13 jun 2012.

_____. **Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 13 jun 2012.

BRITO, Barbara Moreira Barbosa de; SILVEIRA, Antonio Henrique Pinheiro. Parceria público-privada: compreendendo o modelo brasileiro. **Revista do Serviço Público**, Brasília, n. 56 (1), p.7-21, jan/mar 2005.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MOORE, Mark Harrison. Criando valor público por meio de parcerias público-privadas. **Revista do Serviço Público**, Brasília, n. 58 (2), p.151-179, abr/jun 2007.

Notas

¹ Para um melhor entendimento do desenvolvimento do conceito da relação público-privada veja o esclarecedor trabalho de Mark H. Moore.

² Segundo Raquel Melo Urbano de Carvalho “é no Reino Unido, portanto, onde se encontra o pioneirismo na institucionalização jurídica dos arranjos na cooperação entre o setor público e privado que culminaram no modelo de parcerias público-privadas já absorvido no ordenamento jurídico brasileiro.” (2008, p. 806).

³ Para Celso Antônio Bandeira de Mello “trata-se de instituto controvertido, forjado na Inglaterra, ao tempo da sra. Thatcher, e acolhido entusiasticamente pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Nacional no cardápio de recomendações aos subdesenvolvidos.” (MELLO, 2007, p. 753).

⁴ A Administração Gerencial é aquela na qual todos os esforços da organização estão voltados para o alcance dos objetivos previamente estabelecidos no planejamento, ou seja, é uma administração focada nos resultados.

⁵ O parceiro privado, como ocorre em inúmeros contratos, deverá prestar garantias de execução compatíveis com o ônus e riscos envolvidos. Estas, conforme o art. 5º, VIII, no caso das parcerias administrativas não ultrapassarão o limite de 10% do valor do contrato, acrescido, quando for o caso, do valor dos bens que a Administração lhe haja entregado, e dos quais será depositário (§§ 3º e 5º do art. 56 da Lei 8.666/93). No caso das parcerias patrocinadas não ultrapassarão o valor da obra (inc. XV do art. 18 da Lei 8.987/95). (MELLO, 2007, p. 763).

⁶ No projeto de lei falava-se em “pagamento em dinheiro”. A alteração foi saudável, visto que poucas são as despesas pagas efetivamente em dinheiro pela Administração. Já a ordem bancária indica o pagamento em cheque ou através de outro mecanismo em que o valor esteja disponibilizado no estabelecimento bancário. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 415).

⁷ O fundo garantidor das parcerias público-privadas (FGP) será analisado no item 8 deste trabalho.

⁸ Exige-se, todavia, a observância do art. 27, parágrafo único, da Lei 8.987/95, segundo o qual deve o pretendente ao controle da sociedade preencher os requisitos relativos à capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica fiscal, que habilitem à execução do contrato, bem com assumir o compromisso de cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 418).

⁹ Em consequência, a sociedade de propósito específico não poderá adotar a forma de sociedade de economia mista, nem a de sociedade de mera participação estatal em que o Poder Público seja detentor da maioria do capital com direito a voto. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 418).

¹⁰ Sobre as concessões das rodovias federais veja o site da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), principalmente a página RELATÓRIOS ANUAIS DAS CONCESSÕES DE RODOVIAS, disponível em <<http://www.antt.gov.br/relatorios/rodoviario/relatorios.asp>>, acesso em 15 jun 2011.