

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E A CONSTITUCIONALIDADE DAS GARANTIAS DA LEI 11.079/04

João Câncio da Cunha Júnior¹

Ednaldo Benício de Sá Júnior²

RESUMO

O presente artigo aborda o instituto das parcerias público-privadas, espécie de contrato administrativo, que adentrou o nosso ordenamento jurídico através da Lei 11.079/04, tendo por objetivo viabilizar os projetos de grandes valores financeiros de obras e serviços públicos que já não eram atraídos pelos investidores privados. Analisam-se o conceito e características do referido instituto, apresenta-se os modelos de concessões, numa segunda parte examina-se as contraprestações do ente público, bem como o sistema legal de garantias disciplinado pelo artigo 8º da Lei 11.079/04, à luz da Constituição Federal de 1988 em face de diversos apontamentos doutrinários.

Palavras-Chave: Parcerias Público-Privada. Contrato administrativo. Serviço Público. Contraprestação Pública. Garantias legais. Constituição.

THE PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS AND CONSTITUTIONALITY OF LAW OF WARRANTIES 11.079 / 04

ABSTRACT

This article deals with the institute of public-private partnerships, kind of administrative contract, which entered our legal system by Law 11.079 / 04, aiming to make the projects of large financial figures of public works and services no longer they were attracted by private investors. Analyze the concept and features of the institute, presents models of concessions in a second part examines the consideration of the public entity and the legal system guarantees governed by Article 8 of Law 11.079 / 04, the light the Federal Constitution of 1988 in the face of various doctrinal notes.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande Norte - UNI-RN e Advogado. Email: joaocanciojr@gmail.com

² Prof. Orientador Edinaldo Benício de Sá Júnior. Coordenador da Pós-Graduação em do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UN-IRN. Email: beniciodesa@outlook.com

Keywords: Public-Private Partnerships. administrative contract. Public service. Public consideration. legal guarantees. Constitution.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil passou ao longo de sua história por diversas fases de expansão econômica que demandam significativos aportes financeiros, logísticos e humanos para a ampliação da qualidade de sua infraestrutura, contudo as várias crises financeiras e fiscais não permitem investimentos, que em razão das vultosas somas que as áreas de envolvidas só restam ao Estado recorrer ao setor privado.

Nesse cenário surgiu a Lei 11.079/04 conhecida como a Lei das Parcerias Público-Privadas (PPPs) com o intuito de implementar infraestrutura básica para o desenvolvimento do país, tanto nas áreas da construção civil quanto em serviços básicos não regidos pelos contratos administrativos.

As PPPs no início tinha como objetivo central prover de recursos investimentos na área de serviços e obras públicas que demandavam grande monta de valores tendo a economia como maior atrativo para o setor público.

Tal instituto foi apresentado como solução para a crônica falta de recursos que o Estado brasileiro apresentou em sua história de investimentos em infraestrutura, bem como a alocação de recursos feita pelo setor privado.

O que pode-se observar é um histórico de mau pagador do Estado e quase sempre mau feitos e sem continuidade levando, com isso, a criação de garantias para que o setor privado venha a contratar com o setor público.

A Lei 11.079 instala uma nova forma de contratar com o setor público para uma maior garantia e atratividade para o setor privado trazendo com isso uma nova atração do setor privado o que trás vários questionamentos sobre a compatibilidade com a Lei Complementar de Responsabilidade Fiscal editada nos anos 2000.

As Parcerias Público-Privadas trás inovações na relação à contratação entre o Estado e o setor privado, inaugurando novas formas de soberania do Estado em relação ao setor privado, por exemplo, uma relação mais consensual onde os riscos e os benéficos são compartilhados de forma mais distribuídas entre os parceiros do setor público e privado.

A contrapartida do parceiro privado realizará um serviço que terá uma remuneração por tarifa paga pelos usuários o que se mostra uma inovação na forma do Estado se relacionar com o setor privado.

Há que se salientar que as parcerias público-privadas é uma tentativa do Estado Brasileiro, junto com o parceiro privado dividirem os custos da implementação da infraestrutura já que nem o Estado brasileiro, tampouco o setor privado tem condições de arcar de forma unitária com os altos custos que tal empreitada vem a custar.

Por outro lado, os contratos firmados entre o Estado Brasileiro com o setor privado nas PPPs são bastante elásticos, até 30 anos o que demanda um maior planejamento bem como uma gestão mais integrada entre o Estado Brasileiro e o setor privado.

O sistema de garantias na implementação das parcerias público-privadas que visa implementar atratividade ao setor privado apresenta vários pontos controversos que vem despertando um acirrado debate no meio jurídico quanto a constitucionalidade da implementação do instituto das Parcerias Público-Privadas .

O presente estudo visa abordar a Lei nº 11.079/04, em especial as garantias e riscos da implementação de tão inovador instituto, bem como a constitucionalidade das referidas garantias, sistema legal de garantias ofertadas ao parceiro privado, tendo inicialmente uma contextualização do instituto com um breve histórico sobre seu surgimento como o conceito e características, bem como os riscos e benefícios e finalmente sobre a constitucionalidade das garantias ofertadas.

2 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS SEGUNDO A DOUTRINA DAS PPP'S.

O Brasil com o advento das reformas implementadas pelo Estado na década de 90 implementou a regulamentação das concessões de serviços públicos de forma tradicional, com a criação da lei 8.987/1995 e de forma especial através da Lei 11.079/2004(Resende,2014, pag. 99).

A lei 11.079/2004 regulamenta as concessões especiais de serviço público, também conhecidas por parcerias público-privadas(PPP's), que abarcam dois sentidos, amplo e restrito.

No sentido amplo, PPP é todo e qualquer ajuste firmado entre O Estado e o particular para a consecução do interesse público.

Assim pode-se observar que o sentido amplo inclui concessões, permissões, terceirizações, etc.

Desta forma podemos observar que tal sentido inclui uma gama bastante vasta de serviços.

Por outro lado, no sentido restrito apenas as parcerias público-privadas regulamentadas pela lei 11.079/2004 e classificadas na modalidade patrocinada ou administrativa pode-se atribuir o sentido restrito.

Conforme diz Maria Sylvia Zanella Di Pietro as parcerias público-privadas foram instituídas como modalidades de contratos administrativo que até a promulgação da lei 11.079/04 quando a Constituição se referia à concessão tinha que se entender como concessão de serviço público e que embora a Constituição continue a falar de concessão apenas tem-se que incluir as parcerias público-privadas.

Não obstante haver várias espécies de parcerias público-privadas a lei 11.079/04 reservou-se apenas para duas modalidades específicas. Nos termos do artigo 2º “parceria público privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. (DI PIETRO, 2013, p. 318).

Assim, as modalidades de concessão tratadas pela lei 11.079/04 são referentes a serviços públicos no seu sentido estrito visto que trata apenas de duas modalidades bastante específicas.

As duas espécies de PPP’s criadas pela lei 11.079/04 traz os conceitos, então vejamos o de PPP patrocinada conforme o art. 2º, § 1º:

é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a lei 8.987/95 quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiros público ao parceiro privado.

Por outro lado, temos o conceito da PPP administrativa no art. 2º, § 2º:

É o contrato de prestação de serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Segundo, Resende, dado os conceitos pela lei pode-se concluir duas diferenças entre as espécies de PPP’s., quanto a remuneração e quanto ao objeto da parceria.

Há que se observar que a Lei nº 11.079/04 institui normas gerais de contratação entre o ente público e o parceiro privado tendo as duas modalidades supracitadas: patrocinada ou administrativa.

Importante destacar que na modalidade patrocinada esta não é autofinanciável tendo a contraprestação do usuário do serviço por meio de tarifa sendo dada uma contraprestação do ente público ao privado é muito usada na construção de rodovias, portos e outras obras de infraestrutura.

Por outro lado, na concessão na modalidade administrativa o serviço será prestado diretamente ou indiretamente ao ente público podendo este licitar a construção e gerência de escolas, hospitais, penitenciárias, coleta e processamento de lixo. (QUEIROZ, 2006, p. 7-8).

Cabe salientar que as PPP's inauguram um novo passo na forma de contratar entre o Estado e a iniciativa privada, prevê, por exemplo, algumas características que não são encontradas no modelo tradicional de concessão, conforme abaixo pode-se atestar. (RESENDE, 2013, p. 136).

- Valor mínimo do contrato (valor superior a vinte milhões de reais).
- Prazo de vigência não inferior a cinco, nem superior a trinta e cinco anos, incluindo eventual prorrogação;
- Remuneração pelo parceiro público ao parceiro privado somente após a disponibilização do serviço;
- Remuneração variável pelo parceiro público ao parceiro privado vinculado ao seu desempenho;
- Compartilhamento de risco entre o parceiro público e o parceiro privado;

Garantias diferenciadas de adimplemento das obrigações financeiras do parceiro público e o parceiro privado relativamente ao parceiro privado, com destaque ao fundo garantidor (FGP).

De acordo com a legislação vigente, Lei 11.079/04, há obrigatoriedade de procedimento licitatório para a contratação do ente público e o particular no que se refere as parcerias público-privadas.

Desta forma, a modalidade encontrada pelo legislador pátrio é a concorrência visto que o valor que trata o objeto da licitação ultrapassar os milhões de Reais. Maria Sylvia Zanella Di Pietro aborda que o procedimento licitatório deve observar determinadas formalidades: Autorização pela autoridade competente, devidamente motivada com a demonstração da conveniência e oportunidade da

contratação; Demonstração da lei de responsabilidade fiscal; Submissão da minuta do edital e do contrato a consulta pública; Licença ambiental prévia ou diretriz para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir. (DI PIETRO, 2013, p. 366).

Cumprir ressaltar que no aspecto político há uma dificuldade grande em dar cumprimento as exigências da lei 11.079/04 visto que o prazo é bastante extenso indo de 5 até 35 anos.

Uma importante mudança ocorrida na licitação das PPP's foi a precedência da fase de julgamento em relação a fase de qualificação técnica das propostas onde é possível desclassificar os licitantes que não venham à alcançar pontuação mínima estabelecida no edital (art. 12,III e §1º, da lei 11.079/2004) (RESENDE, 2013, p. 381).

Outro ponto a se destacar é são as outras duas possibilidades de tipos de licitação:

Possibilidade de efetuação de propostas escritas, sendo seguido de lances em viva-voz

A inversão das fases de habilitação e julgamento, sendo que o julgamento das propostas serão realizadas com a fixação da ordem de classificação, com a análise dos documentos dos licitante vencedor. (art.13 da Lei 11.079/04).

Tal modificação é bastante salutar visto que é imprescindível ao contratante saber se o contratado tem qualificação técnica e financeira para efetuar a obra na medida que o objeto da licitação requer um considerável soma de investimentos técnicos e financeiros.

Aduz Celso Antônio Bandeira de Mello, que a União goza de certas disposições relativas a aspectos financeiros como um limite de 6 bilhões de Reais para a criação de um fundo garantidor que tem o intuito de garantir o pagamento das obrigações contraídas pelos parceiros federais. (MELLO, 2014, p. 802).

3 OBJETO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A constituição Federal em seu artigo 22 fixa competência da união para estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, logo cabe ao congresso nacional a produção legislativa visando a implementação das concessões em regime especial mais especificamente, as parcerias público privadas.

Desde o advento da reforma administrativa implementada nos anos 90 as parcerias com o setor privado vem aumentando e com a implementação da lei geral de concessões e permissões, Lei 8.987/95 e Lei 9.074/95 que implementaram os primeiros passos do regime de coparticipação com o setor privado.

Cumpra salientar que o caminho das medidas legislativas para implementação das parcerias público privadas somente vem através do projeto de Lei nº 2.546/03 que findou na promulgação da lei 11.079/04 que institui normas gerais para licitação e contratação no regime de parceria com o setor privado.

Tal lei surgiu pra suprir uma lacuna legislativa que até então tinha a Lei 8.666/93 como principal fonte para implementação de procedimentos licitatórios e contratos com o setor privado.

Nas palavras de Diogenes Gasparini, o objetivo principal das PPP'S é atrair a iniciativa privada dando regras seguras e atrativos econômicos para que inexistem nas regras criadas até então. (GASPARINI, 2005, p. 382).

Na lei 11.079 em seus artigos 14 a 22 que foram regulamentados pelos decreto 5.411/05 que autoriza a integralização de ações no FGP(Fundo Garantidor) bem como o Decreto de nº 5.385/05 que cria o comitê gestor de PPP que tem a atribuição de monitorar os contratos efetuados com os parceiros privados.

Também cabe registra que vários estados implementaram Leis anteriores a Lei 11.079/04, como exemplo, Minas Gerais(Lei 14.868/03), Santa Catarina(Lei 12.930/04), Goiás (Lei 14.910/04), São Paulo(Lei 11.688/04).

Nota-se que em razão da proximidades da promulgação das leis com a lei federal eventuais aspectos que venham a causar conflito com a norma geral deverá ser interpretado com base na Lei 11.079/04.

A lei 11.079/04 dispõe sobre normas gerais de contratos e licitações públicas e tem incidência nacional aplicando-se aos outros entes federativos no que puder.

Com o intuito de evitar possíveis discussões sobre a abrangência da referida lei os artigos 14 a 22 da lei 11.079/04 atribuem à união a competência de editar normas gerais de consolidação de contas públicas aplicáveis nas licitações e contratos administrativos.

Com edição da Lei 11.079/04, só então a maioria dos Estados e Municípios iniciou a produção legislativa de normas específicas que se adequem a sua realidade.

Na maioria essas Leis tem um sentido mais amplo que a Lei Federal, contudo cabe ao interprete afastar o que exceder ou for incompatível ao texto geral.

O Estado de Minas Gerais encontra-se em uma posição de destaque no que se refere a PPP's sendo o pioneiro na criação de uma Lei que adota o instituto antes mesmo da criação da Lei Federal.

A Lei Estadual 14.868 de 16 de dezembro de 2003 foi o primeiro instrumento dessa natureza implementado no Brasil teve inicialmente apoio financeiro do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) com o aporte de recursos a fundo perdido para o desenvolvimento de projetos-pilotos com o intuito de desenvolver a área de infraestrutura.

Cumprе ressaltar que a Lei Mineira é bem mais específica que a Lei Federal visto que explicita o que pode e o que não pode ser PPP, como exemplo, proíbe a criação de PPP para contratação de mão de obra terceirizada que seja objeto único do contrato.

Outro ponto que cabe destacar é que a Lei Estadual 14.868 obriga que seja exposta a vantagem econômica e operacional da proposta para o Estado através de um estudo técnico prévio.

4 RISCOS E BENEFÍCIOS DAS PPPs.

Com o advento da globalização acentuada no início dos anos 90 ficou cada vez mais difícil para o Estado programar investimentos em infraestrutura visto que estes dispendem vultosos recursos financeiros para sua implementação.

Em um cenário de queda de arrecadação e necessidade urgente de alocação de recursos em áreas prioritárias, o setor de infraestrutura entrou em processo acelerado de deterioração.

Atento a um novo cenário global os Estados buscaram alternativas onde o setor privado buscando implementar medidas que visassem atrair este setor e ao mesmo tempo fosse benéfico ao setor público.

Uma das características fundamentais das PPPs é a busca do equilíbrio dos riscos inerentes à implementação dos serviços públicos, seja através da criação de cláusulas contratuais que busquem um maior equilíbrio, ou por criação de entidades que visem garantir os pagamentos dos recursos dispendidos, por exemplo, o fundo garantidor.

A lei das parcerias público privadas em seu artigo 8º trata das garantias caso o parceiro público venha a inadimplir em sua contraprestação.

Essa repartição de riscos acaba se tornando um forma de manutenção da equação de equilíbrio-financeiro deferente da aplicada as outras formas de concessões visto que há um dinamismo maior na equalização dos riscos sendo possível a uma permanente atualização dos custos ordinários com pessoal e insumos.

Há que salientar uma maior discricionariedade da Administração pública na formulação das cláusulas contratuais que tratam dos riscos e custos que venham a ser arcados pelo erário o que se mostra bastante atrativo aos parceiros.

A lei 11.079/04 aduz em seu artigo 4º, IV que os riscos devem ser repartidos de forma objetiva entre as partes dando um maior respaldo jurídico ao processo.

Nesta forma, inclusive, em seu artigo 5º da referida Lei, tal repartição de riscos cabe inclusive aos riscos referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (MODESTO, Paulo, 2005).

Outro benefício para as partes contratantes é a possibilidade de divisão de lucros, bem como redução dos custos de financiamento em virtude de garantias especiais concedidas pelo Poder público,(art. 5º, XI)

Cabe salientar o limite de aporte financeiro do Poder Público que fica limitado a 70%(setenta por cento) da remuneração do particular(art. 10 § 3º) o que mostra-se bastante salutar no tocante a saúde financeira do erário.

Tal repartição objetiva dos riscos mostra-se bastante benéfica para as partes visto que nas formas anteriores de concessão de serviços públicos os riscos eram suportados de forma desigual pelas partes, sendo em algumas maiores para o Poder Público, por exemplo, nos contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/93.

E muitas das vezes tais riscos são maiores para a parte privada como no caso das concessões regidas pela Lei 8.987/95 que estipula que a parte privada deve arcar com os riscos inerentes ao negócio.

As PPP's se situam entre esses dois modelos visto que a Lei 11.079/04 deixa às partes a estipulação do que caracteriza risco sendo o mesmo estipulado no contrato dando com isso uma maior autonomia à Administração Pública colocando o poder no contrato e retirando da Lei a definição dos riscos.

Há que se considerar o efetivo benefício ao parceiro privado no que toca a vinculação de receitas do parceiro público, bem como a criação de fundos especiais

que constam em lei e a contratação de seguro visando garantir o adimplemento das obrigações.

Tais medidas visam garantir que a PPP seja uma parceria que venha a beneficiar todos tendo os riscos, bem como os benefícios, equiparados para uma maior possibilidade de êxito na prestação do serviço.

Com o intuito de que os riscos sejam distribuídos de forma mais equânime a doutrina criou critérios básicos na alocação de riscos que devem ser implementadas, sendo quatro os critérios. (MIGUEIS, 2014).

O primeiro critério visa alocar o risco a parte que tenha mais condições de quantificar os custos mais baixos no caso o evento seja indesejado.

Por exemplo, o parceiro privado é o mais indicado na análise dos insumos quanto a qualidade adequada àquele serviço, bem como os riscos de demanda do serviço visto que o parceiro privado tem maior conhecimento das regras de mercado.

A doutrina estipula o segundo critério na distribuição de riscos como a alocação destes para o parceiro que tenha a maior capacidade de gerencia-los caso o evento indesejado venha a acontecer.

Por exemplo, na concessão de estradas o responsável pelo resgate em caso de acidentes fica a cargo do concessionário visto que o mesmo tem mais condições de prestar o devido socorro de forma mais célere.

Estes critérios são os principais, contudo há os critérios acessórios para a distribuição dos riscos que seriam a contratação ou não de seguro que deve determinar quem será que arcará com o risco.

Primeiramente, caso venha a ser contratado um seguro, segundo a doutrina, deve o parceiro privado arcar com o risco visto que o seguro irá responder pelo possível insucesso.

Por outro lado, caso não seja possível a contratação de um seguro cabe a Administração Pública arcar com os riscos visto que ela é a gestora dos recursos provenientes dos impostos pagos pelos cidadãos que irão usufruir dos serviços. (MIGUEIS, 2014) .

5 UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DAS PPPs.

É cediço que o Estado Brasileiro é um notório descumpridor das obrigações que venha a promover com a iniciativa privada tendo esta atitude ao longo dos anos afastado a iniciativa privada de firmar contratos tendo em vista a baixa credibilidade em criar um espaço com o mínimo de segurança jurídico-financeira.

Basta observarmos como os Administradores Públicos se comportam em relação a obras e serviços firmados em gestões anteriores, principalmente se esses gestores forem de partidos opositores.

Com isso, somado a um sistema judiciário moroso e muitas vezes tendencioso ao Poder Público fica cada vez mais difícil atrair a iniciativa privada a contratar com a Administração Pública.

Nesse ambiente desfavorável foi criada a Lei 11079/04 que visava atrair a iniciativa privada a investir vultosos valores, tendo, contudo alguma garantia de que tal investimento seria vantajoso tendo em vista o alto risco que contratar com a Administração Pública acarreta. (SILVA, 2014, p. 109).

Contudo, tais garantias foram questionadas perante a doutrina especializada e junto aos Tribunais quanto a constitucionalidade das mesmas, o que vem se tornando um debate bastante frutífero do real papel do Estado ao contratar com a iniciativa privada.

A que se considerar que tais garantias ofertadas à iniciativa privada visa atraí-la a investir e, muitas vezes, manter serviços que vem a dispendir somas elevadas de recursos financeiros e técnicos que por si só é um fator que afasta o parceiro privado por ventura venha a pensar em contratar com o Poder Público.

Contudo, cabe a indagação da constitucionalidade das garantias dadas ao parceiro privado amparado na lei 11.079/2004 o que vem sendo discutido pela doutrina e estudiosos do direito.

Primeiramente, as garantias prestadas ao parceiro privado encontram-se no art 5º, VIII da Lei 11.079/04. Já nas parcerias administrativas onde consta que as garantias não passarão de 10% do contrato sendo acrescido, se necessário do valor dos bens que a Administração tenha entregado e será depositado (art. 56 §§ 3º e 5º da Lei 8.666/93) sendo que nas parcerias patrocinadas as garantias não poderão superar o valor da obra (art. 18, XV da Lei 8.987/95).

Tais garantias são encontradas com bastante regularidade nas diversas modalidades de contratos administrativos visam evitar uma maior competitividade entre os licitantes e evitar que garantias de valores muitos elevados sejam empecilho para uma concorrência mais justa e venha a ferir o princípio da igualdade que está esculpido na Constituição Federal.

Outro ponto bastante discutido trata-se do cumprimento das obrigações assumidas pelo Poder Público perante o parceiro privado que se encontra no art. 8 da Lei 11.079/04 que trata da vinculação de receitas observando o art. 167, IV da CF.

Dentro da doutrina há discussões a respeito da possibilidade de lei específica estabelecer garantias, contudo tal análise deve ser feita observando-se o art. 163, III da CF que permite a edição de lei complementar que tratará das garantias pelas entidades públicas. (SILVA, 2014, p. 112).

As normas que tratam de garantias relacionadas as finanças públicas emanam da Lei Complementar 101/2000 conhecida Lei de Responsabilidade Fiscal que em seu art. 40 tem-se que: os entes poderão **conceder garantia em operação de crédito** internas e externas observando o disposto nesse artigo, as normas do art. 32 e, no caso da União, também os limites e as condições estabelecidas pelo Senado Federal. (grifo nosso).

Portanto, nota-se que tal Lei Complementar cuida de garantias em operação de crédito, não tratando-se de outros tipos de garantias, por exemplo, de garantias de obras públicas que vem a fugir do escopo da Lei de finanças públicas. (SILVA, 2014, p. 112).

Portanto, exigir que garantias sejam tratadas apenas por Lei Complementar mostra-se contraproducente visto que, por exemplo, o art. 121 da Lei 8666/93 que normatiza a garantia do Tesouro Nacional a legislação pertinente e aplica-se a Lei de Licitações no que entender, também seria atribuída inconstitucionalidade, o que seria totalmente desarrazoado.

Cumprir observar que o iminente doutrinador, C.A. BANDEIRA DE MELLO se filia ao grupo que ver inconstitucionalidade nas garantias dada aos particulares dispostas na Lei 11.079/04, por enxergar que as vinculações de receitas e a criação dos fundos especiais previstos em Lei somente podem ser instituídos por Lei Complementar (MELLO, 2007, p. 752-753).

Outro ponto apontado como passível de inconstitucionalidade é referente ao fundo garantidor das Parcerias Público Privadas no tocante a administração como consta no art. 17 da Lei 11.079/04.

Conforme os princípios do Direito Administrativo o referente fundo tem que ser criado por lei e sua extinção há que ser prevista, também, na lei que indique as receitas que ficarão vinculadas sendo que o fundo tem que ter estipulado a que fim tal receita será destinada.

O art. 17 da Lei 11.079/04 aduz que a criação, administração e gestão do fundo será por instituição financeira o que mostra-se flagrantemente inconstitucional na medida que não cabe a instituição financeira a criação do fundo visto que, como relatado, somente por lei poderá o fundo ser criado.

Ademais, a instituição financeira poderá tomar medidas administrativas para o funcionamento do fundo, bem como a gestão inerente a sua constituição.

Há que se ressaltar que não encontra amparo constitucional que as entidades da Administração direta destinem parte de sua receita para a constituição do fundo garantidor visto que as entidades da Administração indireta tem no princípio da especialidade o norteador das suas receitas ficando, assim, suas receitas devem ser vinculadas para os fins para que foram instituídas.

Todas as entidades que compõem a Administração indireta são criadas ou autorizadas através de uma lei específica que estipula onde os recursos devem ser destinados e para qual fim, essa lei estipula seus fins, suas receitas e o seu patrimônio.

Dessa forma somente por autorização do poder legislativo e de forma bastante específica é que essas entidades poderiam dispor de suas receitas e seus bens, caso não seja dada a referida autorização recai o Administrador Público em ato de improbidade administrativa conforme aduz o art. 10 da Lei de Responsabilidade Fiscal. (Lei Complementar 101/00).

Outro ponto que podemos destacar é relativo a contragarantia que o parceiro público tem que prestar ao financiador que nada mais é que a transferência do controle da sociedade de propósito específico criada pelo parceiro privado.

As citadas modalidades de contragarantias encontram-se no art. 5, §2 da Lei 11.079/04 o que mostra-se flagrantemente inconstitucional é a possibilidade de empenho em nome dos financiadores referentes à obrigações pecuniárias da Administração Pública.

Tal medida visa garantir ao financiador o recebimento dos recursos não passando tal empenho pelo concessionário e sim diretamente para o financiador.

Cumprе salientar que tal medida só pode ser feita caso o contrato administrativo seja rescindido unilateralmente antes do final do prazo estipulado o que mostra-se necessário para suprir e compensar financeiramente o contratado, contudo no caso das PPPs a indenização poderá ser paga diretamente ao financiador caso esteja no contrato.

O que se mostra preocupante é o fato que o financiadores, muitas vezes, não possuem relação contratual com o Poder Público, o que indica os financiadores não poderiam ter garantias, já que não fazem parte da relação contratual firmada entre o Parceiro Público e o Parceiro Privado.

Diz a Lei nº 11.079/04 em seu art. 5º, §2º, II que permite a transferência ao financiador dos direitos do concessionário, por exemplo, a possibilidade de empenhos e pagamento de indenizações que seriam realizados em seu nome.

Quanto ao Parceiro Público, tem uma previsão que transfere o controle da sociedade de propósito específico para o financiador para uma reestruturação, mesmo que temporariamente, compromete as necessárias condições que são afastadas da Lei 8.987 que são: capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal.

Parte da doutrina aduz que o texto da Lei 11.079/04 é claro e taxativo e que deve ser aplicado cabendo ao legislador o papel de corrigir possíveis erros de redação que venha ter.

A doutrinadora M.S. Z. DI PIETRO, salienta que discorda com a transferência do controle da Sociedade de Propósito Específico para os financiadores assumam sem capacidade técnica ou capacidade financeira o que afronta o princípio da isonomia da moralidade Administrativa, do interesse público e da razoabilidade caso o financiador não tenha condições de prestar o serviço adequado.

Essas contra garantias supracitadas mostra-se bastante controversa em relação a constitucionalidade o que cabe ao legislador corrigir falhas e caso não o faça resta o controle via abstrato na esfera competente que é o Supremo Tribunal Federal.

6 CONCLUSÃO

As Parcerias Públicos-Privadas são uma nova forma de interação entre o Poder Público e a iniciativa privada onde o Estado deixa de ocupar uma posição de preponderância na forma de contratar dando espaço para uma relação mais consensual e harmônica.

O Poder Público ao implementar novas formas de garantias buscou atrair a iniciativa privada, que historicamente mostrava-se reticente a investir grandes somas de recursos em obras de infraestrutura em razão do problema crônico do Estado em honrar seus compromissos.

Contudo, o sistema de garantias que visa atrair a iniciativa privada trouxe, também, uma insegurança jurídica clara tendo que ser solucionada via controle abstrato de constitucionalidade que deverá sanar futuros problemas.

Há que se creditar a razão da implementação do sistema de garantias, caso contrário seria difícil o Poder Público contratar com a iniciativa privada em tempo tão dilatado quanto os contratos de PPPs.

É sabido que a iniciativa privada não se sujeitaria a contratar com o Poder Público sem uma compensação dos riscos o que não seria atingido pelo sistema de precatórios.

Como observado à criação dos fundos garantidores mostra-se passível de controle de constitucionalidade visto que sua criação sofre limitação à expedição de Lei Complementar conforme o art. 165 da Constituição Federal.

Todas essas controvérsias só aprofundam a insegurança jurídica em torno do instituto das PPPs o que não é condicente com o objetivo da criação do referido instituto.

Por fim, cabe ressaltar que toda forma de implementação de políticas públicas que visem o desenvolvimento da infraestrutura, tão precária, em nossa país mostra-se bastante salutar, contudo há que se observar a ordenamento maior pátrio, Constituição Federal, para que não venha acarretar futuras contestações na esfera jurídica.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em 01 out. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIGUEIS, Ana Carolina. **Alocação de riscos nos contratos de concessão e PPP: um mecanismo rumo à eficiência na implantação de infraestruturas no Brasil**. Disponível em: <<http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-68-AUTORA-Anna-Carolina-Migueis.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____. **Parcerias na Administração Pública**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ROST, Rogério Carlos. **Parcerias Público Privadas: o instituto e seus aspectos polêmicos**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_1/rogerio_carlos.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

SILVA, Reinaldo Marques da. **A Parceria Público-Privada (PPP): as garantias previstas na lei 11.079, de 30/12/2004 - um exame doutrinário sobre legalidade e constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/view/5>>. Acesso em: 29 set. 2016.