

Questão Discursiva 02998

Determinado ente público celebra contrato de parceria público-privada, na modalidade concessão administrativa, cujo objeto é a construção, gestão, operação e manutenção de unidades penitenciárias.

O Ministério Público ingressa com ação judicial questionando a validade de duas cláusulas contratuais.

A primeira cláusula autoriza a rescisão do contrato por iniciativa do concessionário, no caso de reiterado descumprimento das obrigações assumidas pelo Poder Concedente, podendo o concessionário interromper os serviços desde que autorizado por decisão liminar em ação judicial intentada para esta finalidade.

Argumenta o parquet que, a despeito de existir, na Lei nº 11.079/04, lacuna normativa acerca das hipóteses de extinção de parceria público-privada, a referida cláusula viola o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

A segunda cláusula autoriza que o Poder Concedente contrate serviço técnico de um Verificador Independente, a fim de auxiliá-lo no acompanhamento e fiscalização das obrigações do concessionário e no monitoramento permanente do processo de aferição do desempenho do concessionário. Com fundamento no relatório apresentado pelo Verificador Independente é que são feitos os pagamentos por parte do Poder Concedente.

Argumenta o Parquet que a cláusula viola expressamente o disposto no artigo 4º, inciso III, da Lei nº 11.079/04, que estabelece como diretriz das parcerias público-privadas a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

Procedem os pleitos do Ministério Público? E a fundamentação invocada?

Resposta #003998

Por: Larissa 9 de Abril de 2018 às 02:55

As parcerias público-privadas (PPP) são uma das soluções possíveis aos entes elencados no parágrafo único do art. 1º da Lei 11.079/2004 para a oferta de infraestrutura econômica e social à população.

Dentre as principais características das parcerias público-privadas destaca-se o fato de permitir bons resultados para a Administração Pública, pois organiza a divisão dos riscos contratuais entre o poder público e o parceiro privado, incentivando e respeitando diversos postulados do Direito Administrativo como a eficiência, o uso consciente dos ativos vinculados ao projeto e a gestão orientada à satisfação dos usuários.

As experiências vivenciadas na Inglaterra e em Portugal influenciaram o modelo de parceria adotado pelo Brasil. A vivência britânica serviu de modelo para a criação legislativa, já a portuguesa inspirou o regime de concessões administrativas. Entretanto, em ambos os países as PPPs não são vistas, atualmente, com bons olhos.

No Brasil, as parcerias público-privadas são modalidades de contratos de concessão. Como já mencionado, a Lei 11.079, de 30/12/2004, regula as parcerias público-privadas (PPPs), tendo incorporado do direito estrangeiro diversos conceitos e experiências, tais como a remuneração do parceiro privado atrelada ao desempenho; a objetiva divisão de riscos e a existência de um fundo garantidor.

Nosso diploma legal traz a possibilidade de se concertarem a remuneração tarifária com o pagamento de contraprestações públicas e delibera que a PPP além de ser um contrato administrativo de concessão, pode ocorrer na modalidade patrocinada ou administrativa. Na concessão patrocinada, a remuneração do parceiro privado envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação financeira do parceiro público. Quanto à concessão administrativa, envolve apenas a contraprestação pública, aplicando-se nas hipóteses em que não há possibilidade de cobrança de tarifa dos usuários.

Após esta breve introdução a respeito das parcerias, imperioso destacar que no caso posto em exame, as impugnações do Ministério Público, referentes à primeira cláusula merecem acolhida. No âmbito dos contratos administrativos, vige o princípio da continuidade dos serviços públicos, ou seja, os serviços somente poderiam ser interrompidos caso o particular ingressasse em juízo e conseguisse decisão favorável transitada em julgado a seu favor, conforme previsto no art. 39, parágrafo único, da Lei 8.987/95, disposição aplicável às PPP's, por meio do permissivo constante no art. 3º, "caput", da Lei 11.079/04.

Assim, eivada de vício a primeira cláusula.

No tocante à segunda cláusula impugnada pelo Ministério Público, não assiste razão ao "parquet", pois o Verificador Independente tem como função aferir os indicadores de desempenho do parceiro privado, repassando tais informações ao parceiro público.

Tal atribuição, de apoio à fiscalização, exercida pelo Verificador Independente, apesar de relevante não deve ser entendida como delegação da atividade reguladora, controladora e fiscalizadora precípua do Estado, nem mesmo como arrefecimento do poder da autoridade pública frente aos contratos de parceria público-privado.

Nesse sentido, não há delegação do poder de polícia, como também não há violação ao disposto no art. 4º, III, pois a figura do Verificador Independente objetiva mitigar os riscos da parceria entre os setores público e privado, agregando valor aos contratos de PPPs, os quais ganham um terceiro ator que, partindo da premissa que cumprirá os princípios de idoneidade, imparcialidade, ética, competência técnica e transparência, tentará alinhar o relacionamento entre as partes nos termos pactuados.

