

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Mariana Cher de OLIVEIRA¹

Resumo: As Parcerias Público-Privadas foram implementadas no Brasil através da Lei 11.079/2004, consistindo em um contrato realizado entre o Poder Público e empresas privadas com o objetivo de realizar determinados serviços de maneira mais eficiente, tendo em vista a escassez de recursos do governo. Assim, tem-se de um lado o Poder Público representado pela administração pública e, de outro lado, o parceiro privado representado por uma empresa privada. Porém, nas Parcerias Público-Privadas, é necessário mencionar ainda que existem mais dois parceiros, o agente investidor, e ainda, para alguns autores, um quarto agente que seria o usuário. Dessa forma as parcerias possuem como finalidade suprir as deficiências do Estado na questão financeira e em diversas outras áreas como, por exemplo, infraestrutura, transportes, educação, presídios, habitação, saneamento básico entre outras. De acordo com o artigo 2º da referida Lei, as Parcerias Público-Privadas possuem natureza jurídica de contrato administrativo de concessão, podendo ser utilizadas nas modalidades patrocinada ou administrativa. Contudo, os acordos das parcerias público-privadas devem ser direcionados por restrições quanto ao uso dos fundos públicos para garantir os investimentos necessários, de forma que ajude aumentar a qualidade e eficiência dos serviços que irão ser prestados.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Parcerias. Serviços Públicos. Modalidades.

Public-Private Partnership

Abstract: The Public-private partnerships have been implemented in Brazil by Law 11.079/2004, consisting of a contract held between the Government and private companies for the purpose of performing certain services more efficiently, given the scarcity of government resources. Thus, we have on one side the Government represented by the government and on the other hand, the private partner represented by a private company. However, in Public-Private Partnerships is also necessary to mention that there are two partners, the investor agent, and yet, for some authors, fourth agent would be the user. Thus partnerships have intended to address the shortcomings of the state in financial matters and in several other areas, for example, infrastructure, transportation, education, prisons, housing, sanitation and others. According to Article 2 of this Law, Public-Private Partnerships have legal nature of administrative contract and can be used in sponsored or administrative arrangements. However, the PPP agreements should be directed by restrictions on the use of public funds to ensure the necessary investments in order to help increase the quality and efficiency of services that will be provided.

Keywords: Administrative Law. Partnerships. Public Services. Modalities.

¹ Bacharel em Direito, pós-graduanda pela Faculdade FIO em parceria com a PROJURIS Estudos Jurídicos.

Sumário: 1. Introdução. 2 Conceito. 3. Parcerias Público-Privadas e Considerações sobre a Lei 11.079/2004. 4. Procedimento Licitatório nas PPP. 4.1 Da Abertura. 4.2 Do ato convocatório. 5. Cláusulas necessárias nos contratos de PPP. 6. Modalidades de concessão. 6.1 Concessão Patrocinada. 6.2 Concessão Administrativa. 7. Crítica quanto às privatizações. 8. Casos de utilização das Parcerias Público-Privadas. 9. Conclusão. 10. Bibliografia.

1. Introdução

O presente estudo inicia-se mencionando a Lei 11.079, de 30-12-2004, que estabelece as normas para a realização de concessão de serviço ou obra pública nas parcerias público-privadas. Tal lei apresenta-se como norma geral das licitações e contratos, que poderão ser aplicáveis a União, Estados, DF e Municípios, contando com as respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista e demais entidades controladas por tais sujeitos.

De acordo com a lei, essas parcerias são contratos administrativos de concessão, podendo ser realizados nas modalidades patrocinada, e ou, administrativa.

No Brasil, as parcerias público-privadas tiveram início ainda do governo Lula, como forma de fornecimento de infraestrutura e serviços públicos, onde o parceiro privado seria o responsável pela preparação, financiamento, construção e operação dos serviços do projeto, e, já a administração pública, se torna parceiro ao ponto que ela passa a ser a compradora, em parte ou em todo, do serviço prestado.

Observando a falta de recursos financeiros dos setores públicos e o crescimento da iniciativa privada em relação à execução de determinadas obras e serviços, o legislador brasileiro, inspira-se nas normas do direito estrangeiro, um instituto inglês, também conhecido como Private Finance Initiative – PFI, que futuramente, dará origem as PPP. Sendo que para muitos países como Inglaterra, Canadá, Portugal e outros, consideram essas parcerias recursos viáveis para combater o grande problema de déficit em recursos essenciais como saúde, energia e saneamento básico.

A utilização desse instituto no Brasil se dá graças ao grande sucesso que ele alcançou nos países já mencionados anteriormente como Inglaterra, Portugal, Espanha e África do Sul, que usaram esse sistema diante a falta de recursos financeiros do Estado e que observam o crescimento da iniciativa privada em relação à gestão de projetos, sendo assim, o legislador brasileiro entendeu que seria viável a propositura das parcerias público-privadas aqui sob a justificativa de que o setor privado poderá contribuir de forma significativa para amenizar as carências sociais e econômicas do país.

Diante desse apontamento e sem maiores aprofundamentos sobre a forma que está sendo utilizado esse instituto em outros países, bem como, seus resultados, o legislador brasileiro passa a usá-lo de forma que consiga visualizar com antecipação as garantias dos projetos passando segurança ao Estado e aos parceiros privados que poderão atuar como os financiadores, investidores e usuários.

Neste ponto, é necessário entender que, que o foco principal do legislador é se atentar para o fato da falta de fundo, ou seja, o governo federal não possui recursos suficientes para conseguir contratar prestadoras de serviços que façam as obras de ampliação de infraestrutura.

Uma das características mais mencionadas pela Administração Pública para a utilização desse instituto é a respeito das necessidades de infraestrutura do país, demonstrando que o estado não possui recursos financeiros suficientes para promover melhorias.

Dessa forma, o Presidente da República qualificou as parcerias público-privadas como² *“uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva dos setores público e privado”*.

O Presidente da República fez referida citação ao propor ao Congresso Nacional o projeto que futuramente iria gerar a Lei 11.079/ 2004, que estipularia as regras para licitação e contratação na modalidade das parcerias público-privadas.

Outra característica das parcerias público-privadas menos comentada seria a tentativa das privatizações da Administração Pública, que deverá ser comentado neste artigo em um tópico a parte.

Outro ponto a ser observado nas parcerias público-privadas seria a dificuldade de caráter jurídico para a aceitação desse tipo de contrato, nominalmente chamada de concessão administrativa, que teria como intenção esclarecer e estabelecer o seguinte ponto: *“a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado”* e que mencionados os casos em que a própria lei menciona sua especificidade, o restante dos contratos são passíveis de concessão. Dessa forma, as concessões patrocinadas permitem que os serviços públicos possam ser cobrados por seus utilizadores, e os demais possam ser oferecidos de forma gratuita, sendo que deverão ser apenas elemento de concessão administrativa.

É necessário dizer ainda que antes da edição da referida lei, os contratos celebrados para execução de obras ou serviços considerados como grandes, seria de concessão administrativa, na modalidade simples.

E por fim, mas não menos importante, salienta-se que como concessão de serviços públicos e de natureza especial, por se tratar de parcerias público-privadas, ficam os contratos, e ou, as obras de serviços de concessão sujeitas a lei 8.987/95, quando a lei específica for omissa.

2. Conceito

O artigo 2º da Lei nº. 11.079/2004 diz que as parcerias público-privadas são contratos administrativos de concessão, podendo ser realizadas nas modalidades patrocinada ou administrativa.

Essas expressões não possuem um conceito concreto, pois elas devem ser definidas conforme ilustram os parágrafos 1º e 2º do artigo 2º.

Sendo assim, a concessão patrocinada deve-se entender que é uma concessão de serviço público ou de obras públicas que são oferecidas aos indivíduos, porém, com cobrança de tarifas, esta por sua vez cobrada pelo ente privado.

Além dessa tarifa cobrada pelo ente privado aos seus usuários, o Poder Público deverá realizar um repasse de valores para o parceiro privado. Assim esclarece o autor Matheus Carvalho:³

“Trata-se de contrato de concessão de serviços públicos, podendo ser precedida ou não de obra pública, no qual, adicionalmente à tarifa paga pelos usuários, há uma contraprestação do Poder Público ao parceiro privado. Sendo assim, este contrato poderá ser firmado com empresas ou consórcios privados que executarão o serviço

² Mensagem presidencial nº. 623/2003

³ CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 1ª ed . Salvador/BA. 2014 p. 623.

por sua conta e risco, cobrando as tarifas pelo fornecimento *da atividade e percebendo uma remuneração adicional paga pelo Poder Público concedente*”.

Já na concessão administrativa, menciona que é o contrato de prestação de serviços, no qual a Administração Pública direta ou indireta será a utilizadora, ainda que seja ela a executora da obra ou que possa fornecer e instalar bens.

Para melhor entendimento do que seriam as parcerias público-privadas, segue o conceito da autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴

“é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto a execução de serviço público, precedido ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do poder público, ou a prestação de serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, com ou sem a execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público”

Conforme explicação anterior pode-se referir que as parcerias público-privadas são os contratos administrativos de concessão que têm por finalidade a execução de um serviço público, podendo ou não ser antecedida por uma obra pública paga por seus usuários e contraprestação pecuniária do ente privado, ou ainda, prestação de serviços na qual a Administração Pública seja a utilizadora direta ou indireta, podendo ela ser ou não a executora da obra ou fornecedora de bens.

É interessante mencionar que o autor Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁵ ainda fornece mais uma forma de explicação de Parcerias Público-Privadas, que ele define como sendo em sentido amplo e sentido restrito:

“Sentido amplo: PPP é todo e qualquer ajuste firmado entre o Estado e o particular para consecução do interesse público (ex.: concessões, permissões, convênios, terceirizações, contratos de gestão, termos de parceria, etc.)

Sentido restrito: PPP refere-se exclusivamente às parcerias público-privadas previstas na Lei 11.079/2004, sob a modalidade patrocinada ou administrativa”.

3. Parcerias Público-Privada e considerações sobre a Lei 11.079/2004

O Poder Executivo brasileiro, averiguando os problemas relacionados com a carência de recursos para investimentos em áreas consideradas essenciais para o crescimento do país, mais diretamente relacionado ao que se trata de infraestrutura e na tentativa de fazer-se cumprir o que esta previsto no dispositivo do artigo 3º, II, da Constituição Federal, que tem por objetivo garantir o desenvolvimento nacional, propôs ao Congresso Nacional o projeto de Lei 2.546.

Então, diante da realidade de nosso país, as PPP apresentaram como uma opção indispensável para auxiliar o crescimento econômico, já que este instituto possui uma grande amplitude de investimentos que preenchem as áreas de maior necessidade como: habitação, infraestrutura elétrica e viária e segurança pública.

É certo que o uso das parcerias público-privadas tem por finalidade atingir o coletivo, ou seja, garantir o desenvolvimento como um todo dentro do país.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. ed. São Paulo. 2009 p. 146

⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos. Teoria e Prática. 3ª ed. Método: São Paulo, 2014 p. 198.

Dessa forma, havendo os requisitos para o uso desse instituto, consequentemente os frutos poderão ser colhidos de maneira positiva, ou seja, haverá desenvolvimento das áreas carentes, irá gerar empregos, consequentemente irá gerar uma rotatividade maior de dinheiro e, portanto, terá um crescimento do país.

Dentre outras finalidades, uma delas, já citada anteriormente neste artigo, seria a privatização de alguns setores da Administração Pública, já que esta demonstra não ter condições para gerir de maneira eficiente e a partir desse ponto o setor privado seria colocado como um melhor administrador, pois teria mais recursos suficientes para dar um amparo de qualidade aos indivíduos.

Contudo, esse instituto recebe muitas críticas em relação ao tipo de amparo que o órgão público poderá dar aos parceiros privados ou investidores. Diante desse questionamento, a Lei 11.079/04 em seu artigo 16 descreveu o Fundo Garantidor das parcerias público-privadas, sendo que a lei não cria nenhum tipo de fundo e nem estipula quais serão as receitas a serem vinculadas, bem como também não tipifica quais serão as garantias que este fundo poderá auxiliar, sendo isso motivo para grande questionamento sobre a funcionalidade desse tipo de contrato, já que não estipula visivelmente quais serão os benefícios que a entidade privada terá.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶ diz a respeito do Fundo Garantidor:

“A Lei não o instituiu propriamente o Fundo, limitando-se a dar algumas de suas características e autorizando a União, suas autarquias e fundações públicas a participar no limite global de seis bilhões de reais. Presume-se que cada uma dessas pessoas jurídicas contribuirá com cotas, na medida em que celebraram contratos de parceria público-privada, com base no artigo 1º da Lei.”

As cotas mencionadas anteriormente na citação se encontram na própria Lei 11.079/2004, em seu artigo 14, §4º que descreve como sendo:

“a integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos de valor patrimonial”

Entretanto, quando se trata das cotas no Fundo Garantidor, surgem várias críticas, pois existe um conflito a respeito de quem deverá ser o administrador.

Em relação a quem será o gestor das PPP o artigo 14 da lei ainda prevê que

“a instituição, por decreto, de órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com as seguintes competências: I- definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada; II- disciplinar os procedimentos para a celebração desses contratos; III- autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital; IV- apreciar os relatórios de execução dos contratos. Esse órgão gestor foi criado pelo Decreto nº 5.385, de 4-3-2004, com o nome de Comitê Gestor de Parceria Público-Privada - CGP” (DI PIETRO, 2009, p. 166).

Ainda a respeito do órgão gestor, o artigo 14, § 1º da mesma lei apresenta

“a constituição das parcerias que contará com representantes do Ministério Planejamento, Orçamento e Gestão (que coordenará os trabalhos), do Ministério da Fazenda e da Casa Civil da Presidência da República. Além disso, em cada reunião do órgão deverá participar um representante do órgão da Administração Pública

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. ed. São Paulo. 2009 p. 161

direta cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise (§2º)” (DI PIETRO, 2009, P 166).

No que se refere ao controle dos contratos dessas parcerias é necessário mencionar que elas são abrangidas pela Lei 8.987/95 referente aos contratos de concessão de serviços públicos, pois a Lei 11.079/2004 não possui estabelecidas normas específicas a respeito desse assunto. Porém, diferentemente do que acontece com o controle dos contratos, parte que se refere às penalidades, elas já possuem uma previsão.

O mesmo ocorre quanto à estipulação das cláusulas que estipulam os prazos desses contratos. O artigo 5º, inciso I, da Lei 11.079/2004 é taxativo ao mencionar que “o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco) anos, nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação”.

Ocorre ainda a necessidade de observância de determinadas providências que deverão ser tomadas previamente a licitação, como por exemplo, a autorização pela autoridade competente, demonstração de cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, licença ambiental, entre outras.

4. Licitação nas Parcerias Público-Privadas

4.1 Da abertura

Da mesma forma que ocorre licitação em qualquer contrato de concessão de serviços públicos, o mesmo deverá acontecer nos contratos de parcerias público-privadas.

Nela, o procedimento licitatório deverá ser realizado na modalidade concorrência, sendo que nesta situação a lei irá definir em quais aspectos ela deverá ser diferente tendo em vista sua peculiaridade de caráter especial.

O autor José dos Santos Carvalho Filho⁷, explica que deverão ser aplicadas nesse procedimento licitatório a Lei 11.079/2004 e subsidiariamente a Lei 8.666/93 em conjunto com a Lei 8987/95, de forma que o procedimento seja feito dentro de todos os parâmetros para que alcance todas as suas finalidades e formalidades.

“Por via de consequência, cabe sublinhar inicialmente que as normas consignadas na Lei nº. 11.070 serão as de aplicabilidade primária. Não obstante, incidem, em caráter de aplicabilidade subsidiária, as normas da Lei 8.666/93 (a lei mais genérica sobre o assunto) e da Lei nº. 8. 987/95, que, por tratar das concessões em geral se configura também como lei geral relativamente à Lei nº. 11.079, que regula especificamente as parcerias público-privadas.”

Dessa forma, a lei já estabelece que a licitação só acontecerá se forem cumpridos alguns requisitos.

O primeiro deles será a autorização da autoridade competente, ou seja, deverá haver um estudo técnico que demonstre a real necessidade, bem como, a conveniência e oportunidade da contratação mediante a comprovação que justifique a escolha por parcerias público-privadas de forma que mostre as necessidades coletivas.

Matheus Carvalho⁸ ilustra essa situação da seguinte forma:

⁷ FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 445/446

⁸ CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 1ª ed. Salvador/BA. 2014 p. 631.

“[...] deve haver autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada, ao invés da celebração de qualquer outra forma de concessão. Com efeito, o ato autorizativo deverá demonstrar que a utilização desta espécie de contrato se coaduna com as necessidades coletivas”.

Ainda assim, a autoridade pública deverá demonstrar que esses investimentos não irão afetar as metas e resultados fiscais previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, devendo ser compensados pelo aumento constante de receita ou pela diminuição de despesa.

O contrato deverá atentar-se ainda com uma estimativa de impacto orçamentário-financeiro no tempo em que estiver vigorando as obras ou serviços, com a intenção de evitar eventuais gastos inapropriados. Diante dessa situação, será necessário que o ordenador de despesas declare que as obrigações contraídas pelo ente público são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias para aquele ano fiscal e que estão previstas na lei orçamentaria anual.

Matheus Carvalho⁹ esclarece isso e vai mais além:

“Ainda com a intenção de serem evitados gastos indevidos, a lei determina que o certame de ser precedido de elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada, assim como declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato de parceria são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias editada para aquela ano fiscal e estão previstas na lei orçamentária anual. Por se tratar de contrato firmado por prazo de mínimo de 5 (anos), consoante previamente analisado, seu objeto deve estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado. De fato, a contratação ensejará despesa de caráter continuado, ultrapassando um exercício, sendo indispensável a previsão na lei orçamentaria mencionada”

Contudo, ainda deverá haver uma estimativa do fluxo de recursos que serão utilizados durante a execução do projeto, das obrigações contraídas pela Administração Pública, submetendo-as em uma minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação em imprensa oficial, fixando o prazo mínimo de 30 (trinta) dias pra recebimentos de sugestões, que deverá dar-se no prazo de 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital (CARVALHO, 2014, p. 631).

Entretanto, para que a licitação comece, haverá a necessidade de uma licença ambiental ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental, sempre que o contrato exigir, tendo em vista o possível impacto que a realização desse contrato possa causar.

4.2 Do ato convocatório

A priori, o edital da licitação nas parcerias público-privadas, na modalidade concorrência, deverá obedecer todas as formalidades exigentes na Lei 8.666/93 (lei da licitação), sendo aplicadas as peculiaridades que as PPP necessitam.

A própria lei das parcerias define que o julgamento poderá ser feito de etapa de qualificação de propostas técnicas, sendo então desclassificados os licitantes que não atenderem a pontuação mínima, sendo que estes, não poderão participar das próximas etapas. Portanto serão aceitos os seguintes critérios de julgamento, que já deverá ter sido definido e mencionado no instrumento convocatório:

⁹ CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 1ª ed. Salvador/BA. 2014 p. 631

- O menor valor da tarifa de serviço público a ser ofertado;
- O melhor ajuste entre o menor valor da tarifa a ser cobrado com a melhor técnica;
- Menor contraprestação a ser paga pela Administração Pública;
- O melhor ajuste entre Menor contraprestação a ser paga pela Administração Pública com o quesito de melhor técnica.

Existe ainda, dentro da Lei das PPP a possibilidade de serem feitos os lances verbais, dentro dos parâmetros da licitação na modalidade de concorrência. Contudo, a apresentação de propostas deverá ser procedida com envelopes lacrados que poderão ser, ou não, seguidos de lances verbais. Porém, os lances realizados em viva voz, serão sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances e o edital poderá restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja a proposta escrita for no máximo 20% maior que o valor da melhor proposta. (CARVALHO, 2014, p. 632).

Nas concessões especiais poderá haver a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, desde que haja previsão no edital.

Nessas situações, encerrada a fase de classificação ou oferecimento dos lances, será aberto o envelope com os documentos de habilitação do licitante mais bem preparado, para verificação das condições impostas pelo edital e sendo comprovado sua capacidade, o licitante será o vencedor.

5. Cláusulas necessárias nos contratos de Parcerias Público-Privadas

Primeiramente, deve-se dizer que a lei estipula como devem ser procedidas as cláusulas nos contratos de concessão especiais, ou seja, deve-se obedecendo as regras previstas na Lei 8.987/95, contudo, essas parcerias ainda possuem algumas cláusulas específicas, algumas já foram ditas neste artigo anteriormente, outras, porém serão mencionadas abaixo:

- Prazo de vigência: o prazo nestes tipos de contrato deve ser compatível com a diminuição dos investimentos feitos. Esses contratos não podem ser celebrados em um prazo inferior a 5 (cinco) anos e não podem ultrapassar os 35 (trinta e cinco) anos; devendo ser incluso dentro deste prazo as eventuais prorrogações, as quais, já deverão ter sido estipuladas em contrato e previamente justificadas, sendo necessária a devida aprovação do parceiro público, ambos previstos no contrato e no edital.
- Penalidades: todas as penalidades deverão estar previstas nos contratos das parcerias, para ambas as partes, devendo obedecer ao princípio da proporcionalidade em relação a infração cometida.
- Riscos: deverá haver entre as partes a repartição dos riscos deste tipo de contrato.
- Remuneração: os contratos deverão estipular a forma de atualização dos valores a serem pagos; estipulando índices de reajustes.
- Mecanismos de atualidade: este item atenta-se para o fato da realização da obra, e ou, serviço que será prestado, de forma que o parceiro execute o serviço ou a obra de forma atual, obedecendo aos avanços tecnológicos ou de matérias, de forma que não prejudique ou comprometa a eficiência e qualidade do serviço ou obra.
- Características que indicam a inadimplência: os contratos das PPP devem mencionar quais as situações que podem ser consideradas como inadimplência.
- Desempenho: serão estipuladas avaliações para averiguar o andamento dos projetos e obras
- Lucros: esses contratos deverão, também, estipular a repartição dos lucros com a Administração Pública.

- Vistorias de bens reversíveis: o poder público poderá nesta situação reter proventos do parceiro privado na medida em que for necessária para reparar eventuais irregularidades.
- Cronograma: este item é referente aos repasses que deverão ser realizados ao ente privado, bem como estipular os marcos; fases do projeto para que isso seja feito.

6. Modalidades

6.1 Concessão patrocinada

Na concessão patrocinada, é interessante mencionar a percepção da autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰:

“A concessão patrocinada é uma concessão de serviços públicos sujeita a regime jurídico parcialmente diverso da concessão de serviço público comum, ordinária ou tradicional, disciplinada pela Lei 8.987/95. É a própria lei que o diz no conceito, já transcrito, no contido do artigo 2º, § 1º. E é o que resulta também do § 3º do mesmo dispositivo, quando estabelece que não constitui parceria público-privada, a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987/95, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

Sendo assim, o entendimento do que seria a concessão patrocinada pode se dar como um contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega para o parceiro privado o serviço a ser executado, podendo ela ser precedida ou não de uma obra pública, para que o faça em seu nome, possuindo o direito de cobrança de tarifa de seus usuários e ainda será adicionada uma contraprestação que deverá ser paga pelo parceiro público ao parceiro privado.

A finalidade desta contraprestação é dar garantia da modicidade de tarifas aos usuários. Dessa forma com o pagamento dos valores realizado pelo Estado, aceita-se feita uma cobrança mais moderada aos usuários, sem que isso enseje uma redução no valor do lucro da contratada.

Ainda nesta situação, deve-se mencionar que a contraprestação do Poder Público não poderá ser maior que 70%, salvo se estabelecida por lei específica, sob pena de descaracterizar a concessão de serviço público.

Neste sentido, dispõe o art. 10, §3º da Lei 11.079 que diz a respeito quando a remuneração for superior aos 70% dependerá de autorização de lei específica.

E é neste contexto que segue o entendimento de Matheus Carvalho¹¹:

“A intenção da contraprestação é a garantia da modicidade de tarifas aos usuários. Com efeito, com o pagamento de valores efetivado pelo Estado, admite-se que seja feita uma cobrança de tarifa mais módica aos usuários, sem que isso enseje uma redução no valor do lucro da contratada. A contraprestação do Poder Público não pode ultrapassar 70%, salvo se estabelecida por lei específica, sob pena de desnaturar o caráter de concessão de serviço público.”

Como exemplo desse tipo um contrato pode-se falar nos contratos de manutenção rodovia, mediante cobrança de pedágio aos usuários e pagamento de valores previamente definidos no contrato pelo ente público concedente. (CARVALHO, 2014, p. 623).

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. ed. São Paulo. 2009 p. 146

¹¹ CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 1ª ed. Salvador/BA. 2014 p, 623.

Para melhor esclarecimento da modalidade concessão patrocinada, é necessário demonstrar as diferenças entre ela e a concessão de serviço público.

Primeiramente pode-se descrever quanto à forma de remuneração, ao ponto que ela pode dissipar-se na concessão convencional e se existir previsão no artigo 17 da Lei 8987/95.

A segunda seria quanto aos riscos existentes nos contratos de PPP, que devem ser divididos com o ente público e juntamente decorrem as garantias que deverão ser prestadas e consequentemente a divisão dos lucros.

6.2 Concessão administrativa

Aborda a espécie de concessão de serviço público, na qual a própria Administração Pública fica responsável pelo pagamento das tarifas, já que ela será usuária do serviço prestado, podendo ser de forma direta ou indireta, mesmo quando envolva a execução de obras públicas ou o fornecimento de bens, conforme descreve o artigo 2º, §2º, da Lei nº. 11.079/2004 “concessão *administrativa* é o contrato de prestação de serviços no qual a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

Nesse tipo de concessão, parte da doutrina entende que seria um contrato de prestação de serviços públicos como um outro qualquer, na qual a empresa é remunerada pelo ente estatal. Na verdade, isso ocorre mesmo, o ente privado é integralmente pago pelos recursos transferidos pelo parceiro público, o que gera muitas críticas (CARVALHO, 2014, p, 624).

A partir disso, Celso Antônio Bandeira de Mello¹², trata a concessão administrativa como “falsa concessão” e ainda menciona que

“o que a lei visa, na verdade, por meios transversos, não confessados, é a de realizar um simples contrato de prestação de serviços – e não uma concessão – segundo um regime diferenciado e muito mais vantajoso para o contratado que o regime geral de contrato”.

Embora, os contratos de concessão de serviços se aproximem muito dos contratos de concessão administrativa, esse, encontra-se algumas distinções, quais sejam, grandes quantidades de investimentos empregados pelo ente privado, que fica responsável por todos os custos da execução do serviço prestado, bem como a impossibilidade de celebração do contrato somente para a prestação de serviço, sendo indispensável à execução de obras ou fornecimento de bens como objetos de contrato a ser firmado, necessariamente (CARVALHO, 2014, p, 624).

Mencionadas essas peculiaridades, deve-se agora dizer que o independentemente qual seja as duas espécies de parcerias que serão utilizadas, ambas, deverão obedecer a Lei 11.079/2004, de caráter geral, e subsidiariamente deverão ser utilizadas as leis 8.666/93 (Licitações) e a 8.987/95 (Serviços de concessão).

7. Crítica quanto às privatizações

Quando se trata de privatizações é necessário mencionar que este é um dos assuntos que gera muita discussão dentro do tema das parcerias público-privadas, pois poucos doutrinadores comentam sobre ele, tendo em vista que se trata de um tema vasto e que possui muitos significados.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 30ª ed. 2013.

Contudo, em breves considerações, deve-se atentar que essas privatizações ocorreriam de forma que o Poder Público transferiria para o ente privado parte das funções da administração pública, podendo ou não ser passíveis de cobrança de tarifas por aqueles que irão utilizar desses serviços. Essa característica gera uma situação chamada de fuga do direito administrativo, que está presente em toda a Reforma do Aparelhamento Administrativo do Estado, ou seja, a partir do momento que é realizada a privatização, muitos dos institutos utilizados pela Administração Pública não precisarão necessariamente ser utilizados como concursos públicos para seleção de agentes, licitação para obras, entre outras. Portanto, a utilização desse recurso teria fundamento na maior agilidade e eficiência na prestação do ente particular do que a do ente público.

Em outras palavras, segue o entendimento da autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³:

“Outro objetivo das parcerias público-privadas, menos declarados, mas também verdadeiro, é o de privatizar a Administração Pública, transferindo para a iniciativa privada grande parte das funções administrativas do Estado, sejam ou não passíveis de cobrança de tarifa dos usuários. Esse objetivo é inafastável de um outro, presente em toda a Reforma do Aparelhamento Administrativo do Estado, de fuga do direito administrativo, já que, sendo as atividades prestadas por empresas privadas, muitos dos institutos próprios desse ramo do direito não precisarão ser utilizados, como a licitação, os concursos públicos para seleção de pessoal, as regras constitucionais sobre servidores públicos e sobre finanças públicas. A justificativa é a busca da eficiência que se alega ser maior no setor privado do que no setor público”.

Vale mencionar que essa fuga do direito administrativo não será total, pois o próprio contrato tem característica pública e necessariamente precisa ser realizado via licitação, ou seja, estará se sujeitando às formalidades da licitação.

Contudo, e ainda seguindo o entendimento da autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entende-se que

“Evidentemente, a fuga do direito administrativo não pode e não será total; em primeiro lugar, porque o próprio contrato de parceria público-privado é de natureza pública e tem que ser precedido de licitação, estando sujeito aos controles da Administração Pública, inclusive o exercido pelo Tribunal de Contas; em segundo lugar, porque, da mesma forma que ocorre na concessão de serviço público tradicional, o regime jurídico a que se submete o parceiro privado é híbrido, porque, se é verdade que a empresa atua sob o regime das empresas privadas, não é menos verdade que são de direito público as normas sobre os bens utilizados na prestação dos serviços, sobre a responsabilidade do parceiro privado, sobre os princípios aplicáveis à prestação do serviço, sobre os poderes exercidos pelo parceiro público, sobre as prerrogativas públicas outorgadas ao parceiro privado e tantos outros já analisados com relação à concessão de serviço público [...]”. (DI PIETRO, 2009, p. 144/145)

Em verdade, a maior dificuldade de caráter jurídico para a aceitação das parcerias público-privadas encontra-se na concessão administrativa, que não está prevista expressamente na Lei 11.079/2004, mas que pode ser compreendido o artigo 4º, inciso III, que estipula a “inelegibilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado”.

Dessa forma, ressalvados os casos em que a lei expressamente prevê, todo o resto poderá ser objeto de concessão. Porém, como a concessão patrocinada supõe serviços públicos que permitam

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. ed. São Paulo. 2009 p. 144

cobrança de tarifa do usuário, os demais serviços públicos, a serem prestados gratuitamente, somente poderão ser objeto de concessão administrativa¹⁴.

Portanto, conclui-se que se realmente não existisse a limitação imposta pelo artigo 22 da referida lei das PPP e uma limitação considerada natural decorrente da insuficiência de recursos financeiros para essas parcerias, poder-se-ia prever uma privatização em massa da Administração Pública.¹⁵

8. Casos concretos de utilização das Parcerias Público-Privadas

Há uma vasta quantidade de exemplos para demonstrar a utilização deste instituto aqui no Brasil. Segue abaixo alguns modelos onde foram usados a modalidade especial de parcerias:

- Em Minas Gerais: MG-50 e o estádio de futebol “Novo Mineirão”;
- Em São Paulo: o Sistema Produtor Auto-Tietê e a linha 4 do metrô;
- Na Bahia: estádio de futebol Fonte Nova;
- No Rio Grande do Norte: estádio de futebol Areia das Dunas;
- No Distrito Federal: Conjunto Habitacional Mangueiral

Estes são apenas alguns dos investimentos que seguiram os moldes dos contratos das parcerias público-privada, sendo que ainda existem alguns desafios a ser vencidos a longo prazo, pois necessitam garantir aos parceiros privados o recebimento do pagamento referente ao que foi investido nas obras, sendo que este pagamento deverá já ter sido previsto em contrato.

9. Conclusão

Para acompanhar a evolução dos países e também para se desenvolver globalmente, a utilização da Lei 11.079/04 seria uma ótima alternativa, tendo em vista que o atual estado em que o Brasil se encontra de carência e de escassez de recursos por si não conseguirá alcançar grandes índices de desenvolvimento.

Dessa forma, sendo possível a utilização das Parcerias Público-Privadas, essa atual circunstancia poderá ser modificada, pois auxiliará no crescimento e desenvolvimento do país, sendo que será investido nas áreas que são carentes como: infraestrutura, habitação, saneamento básico entre outros.

Porém, para que isso se torne uma feliz realidade, é necessário que sejam feitas algumas mudanças na Lei para que ela se torne mais clara e com objetivos mais certos, de forma que esclareçam para os futuros investidores, ou seja, para os parceiros privados quais serão suas garantias em relação à prestação de serviços e futuros lucros.

Portanto, é necessário que seja feito um estudo mais aprofundado da respectiva medida, de modo que tenha uma Lei mais firme, respeitando ambas as partes nessa relação jurídica, de forma que os dois sejam beneficiados, bem como, toda a sociedade brasileira.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. ed. São Paulo. 2009 p. 145

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. ed. São Paulo. 2009 p. 145

10. Referências bibliográficas

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

MELLO, Celso Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 26ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras. 7ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 26ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 10ª. ed. São Paulo: Método, 2006.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 4ª. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

Lei 11.079 de 30/12/2004 – Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Portal do Banco do Brasil. Informações sobre as Parcerias Públicas Privadas. Disponível em:

http://www.bb.com.br/portalbb/page44,110,4543,11,0,1,3.bb?codigoMenu=731&codigoRet=1027&bread=2_4_8 > Acesso em 30/05/2014 às 15h04min horas

CINELLI, Catarina Costa. Parceria Público-Privada. Disponível em < http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/catarinacinnelli.pdf > Acesso em 09/06/2014 às 16h33min

PEREIRA, Carlos Eduardo de Queiroz. Parceria Público-Privada. Novo modelo brasileiro de concessão de serviços públicos e novos desafios para controle. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053994.PDF> > Acesso em 14/08/2014 às 12h32min horas.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos. Teoria e Prática. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 1ª. ed. Salvador/BA: JusPodivm, 2014.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.