



PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA COMO PROPOSTA DE OTIMIZAÇÃO NA PRESTAÇÃO DELEGADA DE SERVIÇO PÚBLICO

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AS PROPOSED OPTIMIZATION IN DELEGATED EXECUTION OF PUBLIC SERVICE

Carlabianca Cabral de Jesus Canevari¹

Dilça Cabral de Jesus²

Renato Canevari Dutra da Silva³

Sueide Couto Neco de Souza⁴

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a importância e conhecer os parâmetros que regem a Parceria Público-Privada na prestação delegada de serviço público. Esta modalidade de gestão tem como intuito otimizar o interesse de empresas privadas na gestão da coisa pública e implementar o Estado Neoliberal que prima por uma execução mínima do serviço público (Estado Mínimo). A expressão Parceria Público-Privada, como o próprio nome demonstra, é uma parceria entre a Administração Pública e o parceiro privado (concessionário), buscando otimizar a qualidade e a eficiência na gestão do serviço público pautado na divisão do risco entre os parceiros. É relevante dizer que o instituto da Parceria Público-Privada é uma espécie de concessão. Tem previsão legal específica na Lei nº 11.079/95 e se exterioriza no universo jurídico sob duas modalidades: a administrativa e

a patrocinada. O instituto a ser investigado na pesquisa traduz-se como uma característica do Estado Democrático de Direito que busca consolidar uma gestão descentralizada e eficiente para manter o interesse de empresas privadas atuando no setor público. Nesta nova proposta de prestação de serviço público, a concessionária não arca sozinha com o risco da prestação, admitindo uma contraprestação pecuniária do ente público que será adicionada à tarifa paga pelo usuário. A pesquisa foi desenvolvida utilizando-se do método dedutivo e bibliográfico, desenvolvida a partir de materiais publicadas em livros, apontamentos jurisprudenciais, dissertações e teses, por meio do método hipotético-dedutivo qualitativo, de construção de proposições.

PALAVRAS-CHAVE: Serviço público, concessão, concessão especial, parceria público-privada, administração gerencial.

¹Bacharel em Direito pela UniRV – Universidade de Rio Verde, Advogado inscrito na OAB/GO sob nº 42.211.

²Orientador: Professor da Universidade de Rio Verde-GO, Especialista em Direito Processual.



ABSTRACT

This study aims to demonstrate the importance and to know the parameters that design the Public-Private Partnership in delegated public service. This management mode is intended to optimize the interest of private companies in the management of public affairs and to implement the Neoliberal State that focuses on a minimal execution of the public service (minimal state). The Public-Private Partnership, as the name reveals, is a partnership between the public administration and the private partners (concessionaire) in order to optimize the quality and efficiency in public service management based on the risk sharing between the partners. It is important to say that the institution of Public-Private Partnership is a kind of concession. It has specific legal provisions of Law No. 11,079 / 95 and is externalized in the legal universe in two ways: administrative and sponsored. The investigated institute in this research could be translated as a feature of the Democratic State of Law which seeks to consolidate a decentralized and efficient management to keep the interest of private companies operating in the public sector. In this new proposal for public service, the concessionaire is not the one to share the risk of the benefit, accepting a pecuniary compensation of the public entity that will be added to user-pay rate. The research was conducted using the deductive method and literature, developed from materials published in books, jurisprudential notes, dissertations and theses, through qualitative hypothetical-deductive method, through construction of propositions

KEY-WORDS: Public Service, Concession, Special Concession, Public-Private Partnership, Executive Administration

1 INTRODUÇÃO

No século XX, o Estado de forma direta era quem prestava o serviço público, porém pela grande demanda não conseguia mais atender aos anseios da sociedade. Entretanto, continuava sendo o responsável pela execução dos serviços mesmo de forma ineficiente, o que gerou insatisfação tanto para o Poder Público

quanto para o usuário.

Com a necessidade de solucionar o problema que afetava o serviço público, foi criada a lei nº 8.987/1995 instituindo a forma delegada de prestação de serviço público, e em um segundo momento foi estabelecida uma nova modalidade especial de concessão através da Lei nº 11.079/04, que instituiu a Parceria Público-Privada (PPP) no âmbito da Administração Pública.

Esta pesquisa tem por objetivo investigar os novos paradigmas trazidos ao ordenamento jurídico pelas Parcerias Público-Privadas (PPPs) no Estado do século XXI. E se justifica face a sua atualização, pois o instituto caracteriza a quarta fase do Estado segundo doutrinadores pós-modernos.

Nestes termos, será desenvolvida uma pesquisa baseada em métodos dedutivo e bibliográfico de forma a investigar a proposta otimizada que o instituto traz ao Estado Neoliberal.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Administração pública

A expressão Administração Pública foi construída a partir do Estado juridicamente organizado. O Estado de Direito traduz-se em organização una, mas tripartida em Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário.

A Administração Pública encontra-se inserida no Poder Executivo e poderá ser considerada no Estado pós-moderno sob o ângulo funcional e organizacional. Entretanto, a Administração será idealizada em dois sentidos: sentido objetivo, material ou funcional e no sentido subjetivo, formal ou orgânico (ambos serão definidos posteriormente) (DI PIETRO, 2013).

Neste patamar, é necessário ressaltar que a expressão Administração Pública, para Marina (2015), revela-se em todo o aparelhamento estatal, ou seja, é formado pela própria pessoa do Estado composto antecipadamente com objetivo de realizar os serviços e atender as necessidades da coletividade.

Na visão de Di Pietro (2015), Administração Pública abrange as atividades exercidas pelas entidades, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades cole-



tivas.

A Administração Pública pratica os atos de execução, atos estes executados através dos seus órgãos e agentes de acordo com a autonomia funcional e atribuições que possui. Entretanto, a Administração não pratica atos de governo.

Trata-se de função típica do Poder Executivo, porém ao praticar atividade administrativa interna poderá ser exercida por meio dos Poderes Legislativo e Judiciário, conforme a atividade a ser cumprida, tais como contratação de serviços internos (FARIA, 2011; DI PIETRO, 2013).

O maior êxito da reforma administrativa ocorreu de forma alegórica com a Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de junho de 1998 (BRASIL, 1998). Para o administrador público, a Emenda, ao integrar o “Princípio da Eficiência” no ordenamento jurídico, trouxe diversas inovações, objetivando acompanhar o desempenho dos agentes públicos; organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública brasileira (DI PIETRO, 2015).

A atuação da prestação do serviço com qualidade, uma administração eficaz, tornou-se imprescindível devido à demanda acelerada. Neste sentido, surgiu a necessidade de mudanças na descentralização dos serviços públicos por delegação. É o que justifica o Estudo das Parcerias Público-Privadas nesta monografia.

2.2 Administração pública em sentido objetivo e subjetivo

O termo administrar não atenta somente para a prestação de serviço em si; objetiva, contudo, exercer a vontade de obter um resultado satisfatório de suas atividades.

Neste contexto, a Administração Pública em sentido estrito é referida segundo as categorias conceituais, que compreendem o sentido objetivo e sentido subjetivo. O Direito Administrativo estuda a Administração Pública em sentido objetivo.

A Administração Pública em sentido objetivo, material ou funcional designa a natureza das atividades administrativas exercidas pelos entes federativos, ou seja, pode ser definida como atividade concreta e imediata desenvol-

vida pelo Estado, com a finalidade de obter os resultados traçados na Constituição Federal do Brasil (DI PIETRO, 2015).

É instituída pela Administração Pública Direta e Indireta, bem como, as colaboradoras da atividade administrativa, podendo-se citar as concessionárias, permissionárias e paraestatais.

Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, é definida através do conjunto de órgãos, pessoas jurídicas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) e agentes públicos, com a obrigação de executar as atividades administrativas impostas por lei, de que se vale o Estado para atingir os fins desejados. Inclui-se a Administração Pública Direta e Indireta (GASPARINI, 2012).

Por fim, a Administração Pública, seja ela objetiva ou subjetiva, está consolidada em princípios explícitos do texto constitucional.

2.3 IPrincipiologia Administrativista

Os princípios da Administração Pública são regras gerais que fundamentam as ações administrativas e devem ser observadas de forma permanente para uma gestão de zelo aos interesses sociais, bem como transmitir aos cidadãos segurança jurídica.

A relevância da principiologia para o Estado está registrada no texto constitucional no capítulo que trata da Administração Pública. O artigo 37 impõe de forma imperativa à Administração direta e indireta a obediência aos princípios de: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Determina o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.” (BRASIL, 1988).

Entretanto, faz-se necessário frisar que vários outros princípios fazem jus também à consagração constitucional: alguns por fazer parte de modo expresse na Lei Maior, mas não expressos no artigo 37, *caput*; outros por serem princípios decorrentes do Estado de Direito e sistema constitucional (MELLO, 2015).



Porém, vale ressaltar que neste trabalho serão abordados tão somente os princípios previstos no *caput* do artigo 37, da Constituição Federal de 1988.

2.4 Formas de prestação de serviço público

A doutrina não conceitua de forma unânime serviço público. Assim, registram-se alguns conceitos de serviços públicos.

Di Pietro (2013, p. 90) define serviço público como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.

Outra classificação de serviço público é a formulada por Meirelles (2011, p. 364) como sendo “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado”.

A corrente formalista é adotada no Brasil pela maioria dos doutrinadores, com o objetivo de definir serviço público. Ou seja, por meio desta corrente, a lei determina se um serviço é ou não público.

Mazza (2016) define serviço público como uma atividade material de natureza ampliada prestada pelo Estado ou por seus delegados sob regime de direito público com vistas à satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da coletividade.

Destarte, o Estado é quem detém a titularidade dos serviços públicos, isto é, mesmo com as transformações ocorridas na forma de prestação do serviço, é de competência da Administração Pública a regência do serviço público.

Por outro lado, há o interesse por parte do particular em prestar o serviço, considerando possível a obtenção de lucro decorrente da atividade exercida. Porém esta atividade deve estar sempre sob o controle do Estado, como forma de manter em primeiro lugar o interesse público.

Porém, o Estado sentia-se sobrecarregado de atividades a serem desempenhadas e, portanto, necessitava transferir a execução de parte dos serviços para os particulares, pois

necessitava da prestação do serviço de forma especializada e eficaz (MEIRELLES, 2015).

Após estas evoluções na forma de atuação da Administração Pública perante a execução dos serviços, observou-se então a necessidade de classificá-los em: serviço público, que são os privativos do Poder Público, e serviço de utilidade pública cuja prestação não é indispensável para a sociedade; próprios e impróprios do Estado; administrativos e industriais; *uti universi* (prestação do serviço público a usuários indeterminados) e *uti singuli* (usuários determinados e serviços divisíveis).

Na atualidade, o direito brasileiro reconhece que a prestação do serviço público pode suceder por meio das formas: centralizada, descentralizada e desconcentrada, explicadas a seguir.

A execução do serviço público pode acontecer de forma direta ou indireta por outorga ou delegação. A execução direta ocorrerá através das pessoas da federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), seus ministros, secretários e órgãos públicos. (Decreto-Lei n. 200/67, art. 4, I) ou executado pelo Estado de forma indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista); ou ainda pelos entes de cooperação (serviços sociais autônomos, organizações sociais). (BRASIL, 1967).

Na continuidade, serão minudenciadas as formas de descentralização do serviço público.

2.4.1 Serviço centralizado

SEm concordância com o que foi anteriormente comentado, o direito brasileiro admite três formas de atuação e execução dos serviços públicos. A seguir, será feita uma explanação a respeito da forma centralizada.

Na centralização, ensina Mello (2015, p. 154) que:

o Estado atua diretamente por meio dos seus órgãos, isto é, das unidades que são simples repartições no interior de sua pessoa e que por isto dele não se distinguem. Consistem, portanto, em meras distribuições internas de plexo de competência, ou seja, em ‘desconcentrações administrativas.

Ou seja, se os serviços estão sendo pres-



tados por pessoas políticas constitucionalmente competentes, dar-se-á o processo de forma centralizadora de sua execução.

Como já foi visto, o Estado tem se preocupado bastante quanto à forma de adaptar a prestação do serviço público para melhor executar suas atividades e acompanhar o grande avanço que vem acontecendo em todos os setores (CARVALHO FILHO, 2016).

2.4.2 Serviço descentralizado

São atividades executadas pelo Estado e que têm por objetivo conceder benefícios aos particulares para que atuem em determinada área que interessa à Administração Pública desenvolver.

Na descentralização, segundo Mello (2015, p. 96), “o Estado atua indiretamente, pois o faz através de outras pessoas, seres juridicamente distintos dele, ainda quando sejam criaturas suas e por isto mesmo se constituam”.

A descentralização é feita por meio de lei, e o ente descentralizado torna-se detentor da titularidade e da execução do serviço, visto que entre a Administração e o ente descentralizado não há hierarquia. Porém, ficará sob tutela do Poder Público e mesmo que delegue o serviço para terceiro, o Estado continua sendo obrigado a regulamentá-lo e fiscalizá-lo, buscando manter a prestação do serviço público de forma atualizada e eficiente (GASPARINI, 2012).

Contudo, nos casos em que o ente descentralizado não mais atender as obrigações imposta pela Administração, este sofrerá intervenção do Poder Público de acordo com a lei, garantindo, assim, que o ente não proceda de forma distinta da finalidade para a qual foi criada ou autorizada.

A doutrina aponta que o Estado pode realizar a descentralização do serviço público mediante a descentralização por outorga (criada por lei) ou por delegação (autorizada por lei), que serão apresentadas a seguir.

A Parceria Público-Privada (PPP) é um contrato de prestação de obras ou serviços não inferiores a R\$ 20 milhões, com duração mínima de 5 e no máximo 35 anos, firmado entre empresa privada e o governo federal, estadual ou municipal (PAIVA; ROCHA, 2004).

2.4.2.1 Descentralização por outorga

A descentralização por outorga é realizada quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, mediante lei ordinária específica, determinado serviço público ou de praticidade pública (MEIRELLES, 2015).

Destarte, nascem as chamadas pessoas da administração indireta que têm como características a transferência de titularidades e execução dos serviços provenientes dos órgãos.

Por conseguinte, apenas por meio da lei ordinária específica a lei poderá ser retirada ou mesmo modificado o serviço outorgado. Ou seja, tem caráter de tempo indeterminado.

Pode-se notar que estas atribuições são claramente evidenciadas no que dispõe o artigo 37, XIX da CF: “Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada à instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. (BRASIL, 1988).

Neste diapasão, evidencia-se que a descentralização por outorga tem como atributo a sua realização sempre através da lei e que a titularidade e execução da servidão pública deverão ser de forma exclusiva para entes da Administração Indireta (MARINELA, 2015).

2.4.2.2 Descentralização por delegação

O artigo 175 da Constituição Federal estabelece de modo claro que a prestação do serviço público pode ser realizada de modo direto pelo Estado ou por delegação por meio de concessão ou permissão de serviço público nos termos da lei.

No que tange a concessão e permissão de serviço público, estas possuem a regulação específica na Lei 8.987/1995. Faz-se relevante ressaltar que o Estado Neoliberal tem adotado um tipo peculiar de contrato de concessão que são as parcerias público-privadas (PPPs) – Lei nº 11.079/2004 (CARVALHO FILHO, 2011).

A delegação do serviço público ocorre quando o Estado transfere a execução do serviço e não a titularidade, através de contrato de concessão ou ato unilateral (permissão ou autori-



zação), para que o delegado preste ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal (MEIRELLES, 2015).

Os particulares podem realizar os serviços públicos por delegação utilizando dos institutos da concessão e permissão. Porém, para que ocorra a delegação da prestação do serviço público, deverá ser autorizada por lei específica sua formalização.

Em continuidade será abordada a concessão de serviço público (Lei nº 8.987 de 1995) por ser esta a forma delegada de prestação de serviço público pelo Estado.

2.5 Contrato de concessão

Conforme citado em linhas volvidas, o contrato de concessão está previsto na Lei nº 8.987/95 e o artigo 2º, inciso II e III, que conceitua concessão de obra pública e serviço público:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado (BRASIL, 1995).

A mesma lei, também, especifica no artigo 2º, inciso IV, o conceito de permissão de serviço público:

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco (BRASIL, 1995).

Ao analisar os conceitos dos dois institutos, observam-se características nítidas. Neste sentido, buscando enfatizar as peculiaridades diferenciadoras, registra-se um estudo comparativo dos institutos para fins didáticos.

Tabela 1: Características de concessão e permissão.

Concessão	Permissão
Caráter mais estável	Caráter mais precário
Exige autorização legislativa	Não exige autorização legislativa, em regra
Licitação só por concorrência	Licitação por qualquer modalidade
Formalização por contrato	Formalização por contrato de adesão
Prazo determinado	Pode ser por prazo indeterminado
Só para pessoas jurídicas	Para pessoas jurídicas ou físicas.

Fonte: MARINELA (2015, p. 583).

Importante demonstrar que o instituto da permissão tem sido bastante discutido por doutrinadores administrativos no que tange às características legais do instituto. Portanto, trata-se de assunto polêmico, que não cabe detalhar neste estudo monográfico por não ser objeto da pesquisa.

Ao redirecionar ao tema proposto, registra-se o conceito de concessão segundo alguns doutrinadores:

Mazza (2013, p. 435) busca reunir as características jurídicas fundamentais do instituto da concessão e o conceitua como: “o contrato administrativo pelo qual o Estado (poder concedente) transfere à pessoa jurídica privada (concessionária) a prestação de serviço público, mediante o pagamento de tarifa diretamente do usuário ao prestador”.

No entendimento de Meirelles (2015, p. 424):

o instituto da concessão é definido como a delegação contratual da execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo. O contrato de concessão é ajuste de Direto Administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado intuito personae. Com isto se afirma que é um acordo administrativo (e não um ato unilateral da Administração), com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação do serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe a executá-lo por delegação do poder concedente. Sendo um contrato administrativo, fica sujeito a todas as imposições



da Administração necessárias à formalização do ajuste, dentre as quais a autorização governamental, a regulamentação e a licitação.

Mello (2015, p. 717) relata que:

a concessão de serviço público corresponde ao instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

2.5.1 Serviços públicos passíveis de concessão

Baseando-se nos princípios de Mazza (2016, p. 442), deve-se ressaltar que não são todos os serviços públicos passíveis de delegação de sua prestação a particulares através do contrato de concessão. Deste modo, são insuscetíveis de concessão a terceiros:

a) os serviços públicos não privativos do Estado: como é o caso dos serviços de saúde e educação, cuja prestação é constitucionalmente facultada aos particulares mediante simples autorização do Estado; b) os serviços públicos *uti universi*: os serviços públicos gerais ou indivisíveis (*uti universi*) são prestados pelo Estado sem o oferecimento de vantagens fruíveis individualmente pelo usuário. Ao contrário, são prestações que criam benefícios difusos e diluídos por toda a coletividade. É o caso, por exemplo, da coleta de lixo e da varrição de ruas. Os serviços *uti universi* são insuscetíveis de concessão por conta da impossibilidade de cobrar tarifa dos usuários. Como a prestação não cria benefício particularizado, torna-se impossível aferir o valor apropriado a ser exigido a título de remuneração do prestador, devendo as despesas gerais da prestação ser custeadas pela cobrança de impostos. Interessante observar que os serviços indivisíveis podem ser prestados em nome do Estado por empresas privadas terceirizadas, mas o regime não é de concessão, e sim de prestação direta pelo Estado por meio do contratado. Nessa hipótese, a responsabilidade por eventuais danos causados a particulares é do Estado, cabendo-lhe propor posterior ação regressiva contra o causador do dano.

No intuito de focar o problema desta pesquisa, não serão especificadas todas as particu-

laridades do instituto da concessão. A seguir, serão apresentadas as espécies de concessão que poderão ser comuns e especiais.

2.5.2 Concessão comum

Concessão comum é um dos mais novos e importantes contratos administrativos, podendo ser empregado pelo Estado para promover a prestação indireta do serviço público mediante delegação ao particular (MAZZA, 2016). Esse tipo de concessão se exterioriza com base no artigo 2º, II da Lei nº 8.987/95.

2.5.2.1 Concessão comum de serviços públicos

Consoante o artigo 2º, II da Lei nº 8.987/95:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado (BRASIL, 1995).

De acordo com o pensamento esposado por Marinela (2015), consiste na forma de transferência da titularidade para a prestação de serviços públicos, denominada delegação, sendo que a formalização dá-se por meio de contrato administrativo por prazo determinado.

O contrato administrativo em que o Estado transfere a prestação de serviço público à pessoa jurídica privada, através do pagamento de tarifas diretamente do usuário ao prestador, é expressa como concessão comum de serviços públicos (CARVALHO FILHO, 2016).

2.5.2.2 Concessão comum de serviços públicos precedida de obra pública

A espécie de concessão de serviço público precedido da execução da obra pública está definida no artigo 2º, III, da Lei nº 8.987/95, e está conceituada como:

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de



concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado (BRASIL, 1995).

Barreto (2015, p. 234) registrou o seguinte conceito:

a concessão precedida de obra pública tem o objetivo de livrar a Administração Pública das despesas geradas por essas obras. Desta forma, o concessionário explora a obra, e o poder concedente após o término da concessão, pode assumir a exploração ou transferir novamente.

Nas concessões de obras públicas, o concessionário executa a obra para, posteriormente, recuperar os valores investidos e remunerar-se mediante a cobrança de tarifas do usuário por prazo determinado. Exemplo deste caso seria o particular que realiza a construção de uma ponte para, em seguida, cobrar, como forma de reaver o que foi gasto com lucro através do pedágio pago pelos usuários que a utilizarem (MARINELA, 2015).

2.5.3 Concessões especiais de serviço público (Parcerias Público-Privadas)

As concessões especiais foram introduzidas no ordenamento jurídico, mediante a Lei nº 11.079/2004. Esta nova modalidade de concessão foi criada com o objetivo de dar celeridade na prestação de serviço público para atender de forma satisfatória aos administrados e garantir o interesse do investidor privado no setor público com a garantia da divisão do risco (BRASIL, 2004).

Para compreender melhor quando surgiu esta nova forma de prestação de serviço público, dar-se-á uma visão panorâmica das várias fases já vividas pelo Estado.

2.5.3.1 Fases do Estado e o instituto da concessão

Mazza (2016, p. 447) de forma sistemática retrata as numerosas fases estatais e com maestria situa o instituto das parcerias público-privadas na quarta fase. Vejamos:

1ª Fase (ausência do Estado na prestação): num primeiro momento, até o início do século XIX, e sob a vigência do chamado Estado Liberal ou Estado-Polícia, o Poder Público não prestava serviços públicos à coletividade, já que a missão fundamental atribuída ao Estado consistia na simples fiscalização da atuação dos particulares;

2ª Fase (prestação direta): com o advento das chamadas Constituições Sociais, especialmente a mexicana de 1917 e a alemã de 1919, surgiu o denominado Estado Social ou Estado Providência, encarregado da prestação direta de inúmeros serviços públicos;

3ª Fase (prestação indireta via concessão e permissão): já na metade do século XX, ocorreu a conhecida “Crise do Estado Social”, desencadeada, entre outras razões, pela má qualidade dos serviços prestados pelos organismos estatais. Foi então, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, que a prestação de serviços públicos deixou de ser realizada diretamente pelo Estado e passou a ser delegada a empresas privadas por meio de instrumentos de concessão e permissão de serviços públicos;

4ª Fase (prestação com distribuição de riscos): o alto custo da prestação e o risco elevado que envolve a condição de concessionário de serviço público, associados ao desenvolvimento do capitalismo financeiro e à escassez de recursos públicos, forçou o Estado moderno a criar novas fórmulas para tornar mais atrativa a prestação de serviços públicos para o investidor privado. As PPPs nasceram nesse contexto de falta de recursos públicos, ineficiência na gestão governamental e necessidade de distribuição de riscos para atrair parceiros privados.

2.5.3.2 Concessão Patrocinada - Parcerias Público-Privadas

Para atender aos anseios do Estado Neoliberal e fazer valer a proposta de criação de um Estado gerencial e eficiente, mantendo uma execução descentralizada dos serviços públicos, o instituto da concessão passa por uma repaginação no sentido de voltar e/ou continuar a ser atrativo aos parceiros privados que prestavam serviço público. Neste sentido, a Lei nº 11.079/2004 instituiu no ordenamento jurídico as PPPs.

Parceria Público-Privada corresponde ao acordo firmado entre a Administração Pública e o parceiro privado, com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimentos de bens, mediante financiamento do contratado, contra prestação pecuniária do Poder Público



e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes. Trata-se de uma espécie de concessão de serviço público denominada concessão especial (MARINELA, 2015).

Di Pietro (2013) conceitua PPP como um contrato idealizado como forma de incentivo de investimento privado no setor público. Esta lei disciplina sobre as normas gerais para realizar licitação e a contratação de parceria público-privada.

A doutrinadora Marinela (2015) critica a terminologia utilizada, alegando que o termo parceria é uma expressão imprópria, haja vista tratar-se de um contrato no qual os interesses são divergentes, contrapostos e não comuns. O parceiro privado também não pode ser considerado como especial, uma vez que é uma pessoa comum do setor privado que visa ao lucro e às vantagens na execução do serviço ou da obra pública, não existindo diferenças do concessionário comum expresso na Lei nº 8.987/1995, não tendo nada de efetivo parceiro.

2.5.3.2.1 Aspectos legais

Retornando aos conceitos já proferidos, a previsão legal das PPPs de forma indireta, mas reflexas, está no artigo 175 da CF e na Lei nº 8.987/95, que normatiza o instituto das concessões e permissões da prestação de serviço público. A parceria também está prevista de forma direta na Lei nº 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de PPP no âmbito da Administração Pública.

A Lei nº 11.079/04, em seu artigo 1º, Parágrafo Único, atribui competência para a instituição das PPPs aos entes federativos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

2.5.3.2.2 Conceitos e características

O artigo 2º das PPPs conceitua o instituto e também especifica suas modalidades. Registra-se:

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

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de

1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.
§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (BRASIL, 2004).

Na lição de Meirelles (2015, p. 440), PPP corresponde a “uma nova forma de participação do setor privado na implantação, melhoria e gestão da infraestrutura pública, principalmente nos setores de rodovias, ferrovias, hidrovias, portos, energia, dentre outros, como alternativa à falta de recursos estatais para investimentos nessas áreas”.

Modesto (2007, p. 353), para conceituar a PPP, leva em consideração os aspectos diferenciadores, ou seja, as características da modalidade administrativa e patrocinada.

[...] contrato administrativo de longo prazo, celebrado em regime de compartilhamento de riscos, remunerado após a efetiva oferta de obra ou serviço pelo parceiro privado, responsável pelo investimento, construção, operação ou manutenção da obra ou do serviço, em contrapartida a garantias de rentabilidade e exploração econômica assegurada pelo Poder Público.

No que tange às características das PPPs, estas funcionam como normas vinculantes de legitimidade ao instituto. Portanto, imperativa faz-se sua observância. Os registros destas serão com base em Mazza (2016, p. 449):

- 1) são tipos especiais de concessão: as PPPs são uma espécie de contrato de concessão na medida em que o Estado outorga ao parceiro privado a execução de uma tarefa pública. Por essa razão, como já dito, a Lei das Concessões – 8.987/95 – aplica -se subsidiariamente a tais parcerias;
- 2) por prazo determinado: como toda concessão, a PPP obrigatoriamente está submetida a um prazo determinado para sua vigência. Nos termos dos arts. 2º e 5º da Lei n. 11.079/2004, a duração do contrato deve ser superior a cinco anos e inferior a trinta e cinco anos;
- 3) objeto com valor superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);
é o que determina o art. 2º, § 4º, I, da Lei das PPPs;
- 4) mediante prévia concorrência: a celebração da parceria exige a realização de licitação, sendo obrigatória a utilização da modalidade concorrência pública (art. 10 da Lei n.



11.079/2004). Importante destacar que, na concorrência pública instaurada para selecionar o parceiro privado, o julgamento das propostas poderá anteceder a habilitação, invertendo -se as fases naturais do procedimento, além da previsão de oferecimento de lances em viva -voz (arts. 12 e 13), características estas similares ao rito existente no pregão;

5) compartilhamento de riscos: nas PPPs, o parceiro público divide os riscos do empreendimento com o parceiro privado;

6) nas modalidades administrativa ou patrocinada: a lei prevê dois tipos de PPPs. Na concessão administrativa, a Administração Pública é a principal usuária do serviço prestado pelo parceiro privado. Normalmente, a concessão administrativa é utilizada quando o serviço prestado pelo parceiro privado é *uti universi*, impedindo cobrança de tarifa do particular. Já a concessão patrocinada caracteriza-se pelo pagamento de um complemento remuneratório, do parceiro público ao privado, adicional ao valor da tarifa paga pelo usuário. A concessão patrocinada é utilizada para delegação de serviços públicos *uti singuli*, sendo cabível quando o empreendimento não seja financeiramente autossustentável ou como instrumento de redução das tarifas. As concessões patrocinadas em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica (art. 10, § 3º, da Lei n. 11.079/2004);

7) sendo pactuada a criação de uma sociedade de propósito específico: outra importante peculiaridade presente no regime jurídico das PPPs é a criação de uma pessoa jurídica privada, legalmente denominada “sociedade de propósito específico” encarregada de implantar e gerir o objeto da parceria.

2.5.3.2.3 Diretrizes

A Lei nº 11.079/04 estabelece alguns princípios que norteiam a celebração das PPPs, com a finalidade de complementar os já existentes na Constituição Federal, como garantidor do bom desenvolvimento das parcerias durante elaboração dos processos, bem como na aplicação dos contratos. As diretrizes estão dispostas no artigo 4º da referida Lei:

- I - eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- II - respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- III - indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
- IV - responsabilidade fiscal na celebração da execução das parcerias;

V - transparência dos procedimentos e das decisões;

VI - repartição objetiva de riscos entre as partes;

VII - sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria (BRASIL, 2004).

4.3.2.4 Vedações e garantias

A constituição das PPPs pelo Estado não é discricionariedade administrativa, pois o assunto está normatizado no texto legal. Registra-se no artigo 2º, §4º, da Lei 11.079/04.

§ 4o É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública (BRASIL, 2004).

Reiterando os termos da lei, Marinela (2015) afirma que a Administração Pública para realizar as concessões especiais deve obedecer a certos limites impostos pela lei. O artigo citado veda a celebração de parceria público-privada em que os contratos possuem valor inferior a 20 milhões de reais, contratos com período de prestação de serviço não inferior a cinco anos e nem superior a 35 anos e contrato que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

2.6 MODALIDADE DE PARCERIA

A Lei das PPPs, como ficou conhecida, instituiu duas modalidades de concessão, as denominadas concessão patrocinada e administrativa.

2.6.1 Concessão patrocinada

Concessão patrocinada é a concessão disciplinada no artigo 2º, § 1º, que se refere à concessão de serviço público ou de obra pública tratada pela Lei nº 11.079/04, quando envolver de forma adicional a tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária que é feita pelo parceiro público ao parceiro privado.

Convenientemente conceituada na Lei nº 11.079/04, esta modalidade visa desempenhar



a prestatividade de serviços públicos e execução de obras públicas, destinada à satisfação plena da coletividade. O Poder Público, como gestor, participa diretamente no pagamento e investimentos realizados pelo parceiro privado. Esta é uma das principais características que a diferenciam das concessões comuns (MARI-NELA, 2015).

O parceiro particular, além da remuneração tarifária proveniente de cobranças feitas dos usuários, conta com o suporte de recursos por parte do seu parceiro público (MARQUES, 2009).

2.6.2 Concessão administrativa

Concessão administrativa, prevista também no artigo 2º, § 2º da Lei nº 11.079/04, é definida como “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”.

Meirelles (2015) é incisivo ao verberar que esta espécie de concessão tem um vínculo junto ao contrato de prestação de serviço propriamente dito, haja vista que a afinidade da empresa contratada é feita de forma direta com a Administração, não tendo vínculo com o administrado. Portanto, cabe ressaltar que esta distinção se dá principalmente em virtude de: primeiro, o investimento é disponibilizado pelo contratado, e segundo, está expresso na lei que o contrato não se destine apenas à execução de serviço, havendo a necessidade de mescla entre a execução e a obra em si.

A diferença para a concessão patrocinada é que a própria administração pública, seja ela na categoria direta ou indireta em relação ao serviço prestado, integra-se como parceira tanto na atividade fim, como na relação jurídica com o ente privado. A Concessão Administrativa destina-se à inclusão do particular em serviços, como construção e administração de hospitais, presídios, escolas, dentre outros setores (CARVALHO FILHO, 2016).

Análogo ao que foi dito nas teorias evolutivas, em especial na quarta fase, as PPPs sofreram percalço em relação à forma de atuação e prestação de seus serviços, pois anteriormente as mesmas baseavam-se na precariedade.

Entretanto, após o processo de intensificação em sua gestão, elas passaram a desempenhar o seu verdadeiro papel, que é ser o gestor da negociata e não simplesmente um observador dos afazeres.

O perfil do Estado Democrático de Direito, após a Emenda Constitucional - EC 19/1998, busca tornar-se um Estado mais eficiente na gestão dos serviços públicos de Descentralizações e/ou Privatizações, criação dos entes de regulação e também o novo modelo de concessão (PPP) que procura incentivar o investimento privado no setor público por meio da repartição objetiva dos riscos entre o Estado e o investidor particular.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como ficou explicitado ao longo da pesquisa, o Estado evoluiu e passou por transformações e conseqüentemente a execução dos serviços públicos também.

Sob a égide da EC 19/98, na proposta de consolidação de um Estado eficiente, o artigo 175 da Constituição Federal permitiu a descentralização delegada dos serviços públicos nos termos da concessão e permissão. Mas o Estado do século XXI clamou por inovações nesta execução descentralizada. O instituto da concessão foi repaginado e a Lei nº 11.079/04 instituiu a Parceria Público-Privada.

Como ficou demonstrado, o instituto das PPPs tem uma proposta eficiente de otimização e a consolidação desta proposta está estampada no texto legal (artigo 4º, Lei nº 11.079/04).

Em linhas gerais e de forma conclusiva, a pesquisa demonstrou que o Estado do século XXI clamava por mudanças na forma originária de delegação do serviço público (concessão). Nesta esteira, foi constituída a Lei das PPPs que teve por objetivo trazer novos investimentos de parceiros privados para o setor público por meio de uma política de repartição objetiva dos riscos.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Alex Muniz. **Direito Administrativo Positivo**. 4 ed. São Paulo: Editora EDIJUR, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. 292 p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13/05/2013.

_____. **Decreto-Lei n. 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 12/05/2013.

_____. **Emenda Constitucional n. 19, de 04 de julho 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 22/05/2013.

_____. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 23/05/2013.

_____. **Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 12/05/2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24^a ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

_____. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES, Fábio Ferraz. **A prestação privada de serviços públicos no Brasil**. 2009. 143p. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.



MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de “Serviços de Relevância Pública” e “Serviços de Exploração Econômica” para as Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 433-486.

PAIVA, S.; ROCHA, C. **A parceria público-privada: o papel do Senado Federal na discussão e aprovação da Lei nº 11.079, de 2004**. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal, 2004.