CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Aula 10 – Contratos administrativos em espécie: (iv) delegação de serviços públicos; e, (v) contratos de parceria.

Professor Dr. Gustavo Justino de oliveira

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)
São Paulo (SP),1º semestre de 2023.

Sumário de aula

1. Delegação de serviços públicos
   1.1. Titularidade e controle
   1.2. Modos de prestação
      1.2.1 Concessão
      1.2.2 Parceria Público-Privada
      1.2.3. Permissão
      1.2.4. Autorização

   2. Contratos de Parceria
   2.1. Programa de Parcerias de Investimentos (PPI)
   2.2. Lei de Relicitação – Lei nº 13.448/2017

1. Delegação de Serviços Públicos

1.1 Titularidade e Controle

A delegação de serviços públicos é o ato pelo qual o Poder Público transfere a responsabilidade pela prestação do serviço a terceiro, por meio da celebração de contrato administrativo.

"*Serviços delegáveis são aqueles que, por sua natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, comportam ser executados pelo Estado ou por particulares colaboradores. Como exemplo, os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, sistema de telefonia etc*." (CARVALHO FILHO, 2015)

Titularidade e Controle

A titularidade do serviço público será sempre da pessoa federativa a que foi dada competência para instituir o serviço, sendo que o controle da execução do serviço é dever e não faculdade do ente federativo.

O controle pode ser externo, "*quando a Administração procede à fiscalização de particulares colaboradores (concessionários e permissionários), ou também quando verifica os aspectos administrativo, financeiro e institucional de pessoas da administração descentralizada. Em todos esses casos, deve a entidade federativa aferir a forma de prestação, os resultados que tem produzido, os benefícios sociais, a necessidade de ampliação, redução ou substituição, e, enfim, todos os aspectos que constituam real avaliação do que está sendo executado*." (CARVALHO FILHO, 2015)

1.2 Modos de prestação

Modos clássicos de prestação dos serviços públicos: (i) concessão, (ii) permissão e (iii) autorização.

> Constituição Federal
>
> Art. 175. **Incumbe ao Poder Público**, na **forma da lei**, diretamente ou **sob regime de concessão ou permissão**, sempre **através de licitação**, **a prestação de serviços públicos**.
>
> Parágrafo único. (...).

Há ainda, as parcerias público-privadas, instituídas pela Lei nº 11.079/2004.

1.2 Modos de prestação

i) Concessão de serviço público

Origem: utilizada desde o século XIX na Europa, para a prestação de serviços que exigiam grandes investimentos financeiros e pessoal técnico especializado, encargos esses que o Poder Público não podia assumir.

A partir da terceira década do século XX, registrou-se o declínio das concessões em virtude da instabilidade econômica em geral, devida às guerras mundiais, e das tendências estatizantes; surgimento das outorgas, não ao setor privado, mas a entes da Administração indireta.

Ressurgimento do interesse pela concessão na década de 80, com justificativa idêntica àquela que norteou sua elaboração no século XIX, traduzindo-se na execução de serviços públicos sem ônus financeiro para a Administração.

1.2 Modos de prestação

i) Concessão de serviço público

Art. 175 (...)

*Parágrafo único. A **lei disporá sobre**:*

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado

Lei nº 8.987/1995: disciplina o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175, da Constituição Federal

Concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na **modalidade concorrência ou diálogo competitivo**, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco e por prazo determinado** (art. 2º, II, da Lei nº 8.987/1995, com redação dada pela Lei nº 14.133/2021)

1.2 Modos de prestação

i) Concessão de serviço público

Características principais (*concessão comum*):

- **Poder Público concedente**: União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e outros entes estatais, em cuja competência se encontra o serviço.
  - O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo (art. 5º, Lei nº 8.987/1995)
- **Concessionária**: "*pessoa jurídica ou consórcio de empresas que executa o serviço por sua conta e risco, por prazo determinado. Tratando-se de empresas privadas, não se transformam, pela concessão, em órgãos da Administração, nem a integram*." (MEDAUAR, 2018: 320)
- **Remuneração**: em regra, diretamente do usuário do serviço, mediante o pagamento de tarifa.
- **Contrato administrativo**: a concessão é formalizada por instrumento contratual, precedido de concorrência ou diálogo competitivo.
  - Aplica-se ao contrato de concessão de serviço público os preceitos gerais de contratos administrativos.
  - O poder concedente fixa as normas de realização dos serviços, fiscaliza seu cumprimento e impõe sanções aos concessionários, além de reajustar as tarifas (arts. 3º e 4º, Lei nº 8.987/1995).

1.2 Modos de prestação

i) Concessão de serviço público

Serviço adequado (art. 6º, Lei nº 8.987/1995)

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1o Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2o A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3o Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

§ 4º A interrupção do serviço na hipótese prevista no inciso II do § 3º deste artigo não poderá iniciar-se na sexta-feira, no sábado ou no domingo, nem em feriado ou no dia anterior a feriado. (Incluído pela Lei nº 14.015, de 2020)

1.2 Modos de prestação

i) Concessão de serviço público

Direito e deveres dos usuários (art. 7º, Lei nº 8.987/1995)

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

Art. 7º-A. As concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal, são obrigadas a oferecer ao consumidor e ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento de seus débitos. (Incluído pela Lei nº 9.791, de 1999)

Parágrafo único. (VETADO)(Incluído pela Lei nº 9.791, de 1999)

1.2 Modos de prestação

i) Concessão de serviço público

Contrato de concessão (arts. 23 a 28, Lei nº 8.987/1995)

Cláusulas essenciais (art. 23): objeto, área e prazo da concessão; modo, forma e condições de prestação do serviço; preço do serviço e critérios e procedimentos de para reajuste e revisão das tarifas; direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço, penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação, critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso, condições para prorrogação do contrato.

Mecanismos privados para solução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive arbitragem: Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Subcontratação com terceiros (art. 25): desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados

1.2 Modos de prestação

i) Concessão de serviço público

Intervenção (arts. 32 a 34, Lei nº 8.897/1995)

Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

Art. 33. Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 1o Se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo de seu direito à indenização.

§ 2o O procedimento administrativo a que se refere o caput deste artigo deverá ser concluído no prazo de até cento e oitenta dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.

Art. 34. Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão

1.2 Modos de prestação

i) Concessão de serviço público

Extinção da concessão (arts. 35 a 39, Lei nº 8.987/1995)

Hipóteses de extinção da concessão: advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão, anulação e falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

1.2 Modos de prestação

(ii) Parceria Público-Privada

Disciplinada pela Lei nº 11.079/2004

Modalidades: (a) concessão patrocinada e (b) concessão administrativa.

Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obra pública de que trata a Lei nº 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. (ODETE, 2018: 329)

Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. (ODETE, 2018: 329)

Contraprestação (art. 6º): I – ordem bancária; II – cessão de créditos não tributários; III – outorga de direitos em face da Administração Pública; IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V – outros meios admitidos em lei.

Licitação (art. 10): a contratação será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo (alteração da Lei nº 14.133/2021)

1.2 Modos de prestação

(ii) Parceria Público-Privada

Inversão de fases:

Art. 13. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em 2º (segundo) lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

Meios consensuais de resolução de disputas:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

(...)

II – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

1.2 Modos de prestação

(iii) Permissão

Lei 8.987/1995: Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.

Ante a Lei nº 8.987/95, a diferença entre concessão e permissão de serviço público situa-se em dois aspectos: a) a concessão é atribuída a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, enquanto a permissão é atribuída a pessoa física ou jurídica; b) a concessão destinar-se-ia a serviços de longa duração, inclusive para propiciar retorno de altos investimentos da concessionária; a permissão supõe média ou curta duração. (ODETE, 2018: 327)

1.2 Modos de prestação

(iv) Autorização

A autorização é formalizada por ato administrativo discricionário e precário. autorização de serviço não é objeto da Lei nº 8.987/95, havendo controvérsias doutrinárias sobre seu cabimento para a transferência, a particulares, da execução de serviços públicos.

Lei nº 12.815/2013 – Lei dos Portos - prevê a autorização destinada à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão autorização de serviço público, atribuindo natureza de contrato a esta hipótese de autorização.

Lei nº 10.233/2001 - prestação regular de serviços de transporte coletivo interestadual e internacional de passageiros deverá ser efetuada mediante autorização (art. 13, V, e), portanto, não mais no regime de permissão.

2. Contratos de Parceria

2.1 Programa de Parcerias de Investimentos (PPI)

O Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) foi criado, no âmbito da Presidência da República, pela Lei nº 13.334/2016 com a finalidade de ampliar e fortalecer a interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria e de outras medidas de desestatização.

Nos termos da Lei nº 13.334/2016, consideram-se contratos de parceria a ***concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados*** que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante (art. 1º, § 2º).

2.1 Programa de Parcerias de Investimentos (PPI)

Objetivos do PPI (art. 2º)

- Ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do País;
- Garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas aos usuários;
- Promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços;
- Assegurar a estabilidade e a segurança jurídica dos contratos, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos;
- Fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação.
- Fortalecer políticas nacionais de integração dos diferentes modais de transporte de pessoas e bens, em conformidade com as políticas de desenvolvimento nacional, regional e urbano, de defesa nacional, de meio ambiente e de segurança das populações, formuladas pelas diversas esferas de governo.

2.1 Programa de Parcerias de Investimentos (PPI)

Os empreendimentos qualificados no PPI serão tratados como **prioridade nacional**, de modo que os órgãos e entidades envolvidos devem atuar para que os processos e atos necessários à estruturação, liberação e execução do projeto ocorram de forma eficiente e econômica (art. 5º)

Com a lei que instituiu o PPI, duas estruturas foram criadas na Administração Federal: o Conselho do PPI e a Secretaria do PPI.

O **Conselho do PPI** é o órgão colegiado que avalia e recomenda ao Presidente da República os projetos que integrarão o PPI, decidindo, ainda, sobre temas relacionados à execução dos contratos de parcerias e desestatizações.

A **Secretaria do PPI**, vinculada ao Ministério da Economia, atua em apoio aos Ministérios e às Agências Reguladoras para a execução das atividades do Programa.

2.2. Lei de Relicitação

Lei nº 13.448/2017 (Lei de Relicitação)

Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334/2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal.

O procedimento de relicitação é regulamentado pelo **Decreto nº 9.957/2019**

Soluções trazidas pela Lei de Relicitação:

(i) **prorrogação contratual**: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, expressamente admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste;

(ii) **prorrogação antecipada**: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste;

(iii) **relicitação**: procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim.

As prorrogações dependerão da demonstração de sua vantagem em relação à realização de novas licitações públicas, por meio de estudos técnico de viabilidade (EVTE). O processo está sujeito à avaliação do TCU e a outros requisitos previstos na norma para cada setor.

Referências

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.