

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS

FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS:
UMA ALTERNATIVA PARA O SISTEMA EDUCACIONAL BRASILEIRO?

ROBERTA PEÑARRIETA ROSA

RIO DE JANEIRO

2017 / 1º

ROBERTA PEÑARRIETA ROSA

**PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS:
UMA ALTERNATIVA PARA O SISTEMA EDUCACIONAL BRASILEIRO?**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Larissa Pinha de Oliveira.**

RIO DE JANEIRO

2017 / 1º

P397p Peñarrieta Rosa, Roberta
Parcerias Público-Privadas: uma alternativa para
o sistema educacional brasileiro? / Roberta
Peñarrieta Rosa. -- Rio de Janeiro, 2017.
71 f.

Orientadora: Larissa Pinha de Oliveira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Direito Administrativo. 2. Parcerias Público
Privadas. 3. Educação. I. Pinha de Oliveira,
Larissa, orient. II. Título.

CDD 341.353

ROBERTA PEÑARRIETA ROSA

**PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS:
UMA ALTERNATIVA PARA O SISTEMA EDUCACIONAL BRASILEIRO?**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Larissa Pinha de Oliveira.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2017 / 1º

Dedico esse trabalho de conclusão de curso à minha família por todo o apoio, principalmente nessa reta final de elaboração de monografia. Aos meus amigos do colégio, da faculdade e dos estágios. Aos professores. Agradeço também à minha orientadora, obrigada Larissa, as suas aulas me apresentaram essa área do Direito.

À Faculdade Nacional de Direito.

RESUMO

A presente monografia busca estudar se a parceria público-privada constitui uma alternativa para a educação no Brasil, abrangendo a origem desse instituto e seu marco legal com a edição da Lei nº 11.079/04. Essa concessão especial é uma forma da Administração Pública delegar ao parceiro privado determinados serviços públicos na forma de concessão administrativa ou patrocinada. O trabalho tem como proposta analisar a parceria entre a Inova BH e a Prefeitura de Belo Horizonte para a construção de unidades educacionais na cidade de Belo Horizonte, a primeira parceria na área de educação no país. A partir da exposição desse caso concreto, busca-se expor se esse tipo de projeto é viável, bem como citar os resultados dessa estrutura administrativa na cidade mineira.

Palavras-chave: Parceria Público-Privada; Concessão Especial; Contrato Administrativo; Modelo de Gestão Pública; Alternativa; Educação; Belo Horizonte; Direito Administrativo.

ABSTRACT

The present work studies the public-private partnership as an alternative for education in Brazil by reaching the origin of this institute and its legal mark with the enactment of Law nº 11.079/04. This special concession is a way that the Public Administration can use to delegate some public services to its private partner in the form of the administrative or sponsored concession. This work has the objective of analyzing the partnership established between Inova BH and the municipality of Belo Horizonte to build educational units in Belo Horizonte, the country's first partnership in the educational field. Starting from this concrete case, the study seeks to explain if this kind of project is viable and attempt to show the results of this administrative structure in Belo Horizonte.

Key words: Public-Private Partnership; Concessions; Cooperative Arrangement; Public Management; Alternative; Education; Belo Horizonte; Administrative Law.

LISTA DE ABREVIATURAS

- CGP – Comitê Gestor de Parceria Público-Privada
- EMEFs – Escolas Municipais de Ensino Fundamental
- FGP – Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
- IDEB – Índice de Desenvolvimento da Educação Básica
- IFC – *International Finance Corporation*
- INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira
- MF – Ministério da Fazenda
- OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
- ONU – Organização das Nações Unidas
- PFI – *Private Finance Initiative*
- PGFN – Procuradoria da Fazenda Nacional
- PL – Projeto de Lei
- PNE – Plano Nacional de Educação
- PPP – Parceria Público-Privada
- SPE – Sociedade com Propósito Específico
- STN – Secretaria do Tesouro Nacional
- TCU – Tribunal de Contas da União
- TI – Tecnologia de Informação
- UMEI – Unidades Municipais de Educação Infantil
- UNESCO – Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura.
- TI – Tecnologia de Informação
- UMEIs – Unidades Municipais de Educação Infantil
- UNESCO – Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. PPP: CONTEXTO PARA A SUA INSTITUIÇÃO NO BRASIL.....	14
1.1. As experiências internacionais.....	16
1.2. Do modelo tradicional das concessões à edição da Lei nº 11.079/04.....	18
2. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.....	24
2.1. Noções gerais.....	24
2.2. Parceria e Concessão comum.....	26
2.3. Conceito e natureza jurídica.....	28
2.4. Espécies.....	29
2.4.1. Concessão patrocinada.....	29
2.4.2. Concessão administrativa.....	32
2.5. Características comuns às espécies de parceria.....	35
2.6. Das garantias especiais.....	39
2.7. Da licitação.....	41
2.8. Das cláusulas essenciais.....	45
2.9. Benefícios e desvantagens das parcerias.....	49
2.9.1. Benefícios.....	49
2.9.2. Desvantagens.....	52
3. AS PARCERIAS NA EDUCAÇÃO.....	53
3.1. Exposição do caso concreto: Escolas municipais em Belo Horizonte.....	55
3.2. Obrigações da concessionária e do poder concedente.....	61
3.2.1. Da Inova BH.....	61
3.2.2. Da Prefeitura de Belo Horizonte.....	62
3.3. Impactos das parcerias na cidade mineira.....	63
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS.....	68

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se insere na área do direito administrativo e analisará a possibilidade de construção de escolas por meio do instituto das parcerias público-privadas.

Como forma de estudar esse tema, será investigada a crise dos serviços públicos que propiciou o surgimento desse instituto, uma vez que, após o período da desestatização, o Estado se encontrava em grave crise fiscal, mas precisava investir em infraestrutura para crescer e sair da crise financeira.

Apesar de não ter verbas, o Estado tinha que investir em infraestrutura de modo a promover os serviços demandados pela população e propiciar o desenvolvimento econômico do Brasil¹.

Ora, nesse contexto, a parceria público-privada, regulada pela Lei nº 11.079/04, surge como uma alternativa viável para a consecução dos objetivos do setor público, visando fomentar a execução de obras e a prestação de serviços públicos, uma vez que esse instituto se caracteriza como uma maneira de melhorar a infraestrutura sem sobrecarregar o orçamento público.

¹ Segundo Alexandre de Aragão, o serviço público é uma noção em permanente crise desde sua origem, pois apesar de ainda existir, o instituto vem sofrendo notáveis modificações. É certo que se pode enumerar duas crises do conceito serviço público. A primeira crise caracteriza-se pelo aumento de intervenção estatal na economia, representando um avanço da esfera pública sobre a privada. A segunda crise de serviços públicos, iniciada na década de 80, compreende um aumento da atuação da iniciativa privada na economia, por se acreditar que o interesse público seria melhor alcançado com essa transferência ao investidor privado de atividades estatais. Isso ocorre devido à perda da capacidade de financiamento do Estado, “associado à ideia de o Estado ser menos eficiente do que a iniciativa privada para fazê-lo, poderiam perfeitamente ser prestados à sociedade pela iniciativa privada, gerando bons resultados para os investidores que construísem ou aperfeiçoassem a infraestrutura”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**, 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2013, p. 663). Para Áurea Roldán Martín, “a segunda crise do serviço público é aparentemente mais grave do que a primeira, já que, à diferença das controvérsias envolvidas nesta (centradas doutrinariamente sobre a ‘noção’ ou categoria dogmática do serviço público), agora o debate também se instala na própria razão de ser da ‘instituição’ do serviço público, como justificadora e informadora da atividade pública. Não apenas se está diante de uma fuga da Administração para fora do Direito Público, como diante de um autêntico recuo da sua atividade prestacional”. (MARTÍN, Áurea Roldán apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**, 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2013, p. 245). No Brasil, as atividades consideradas como serviços públicos sofreram modificações parciais em seus regimes jurídicos devido à inserção da lógica do mercado na maioria dessas atividades de modo que essa crise atual não representa o fim do instituto, mas uma redução do número de atividades capazes de nele conceitualmente se enquadrarem.

Essa nova forma de financiamento não se relaciona somente com os serviços onerosos objetos dos contratos de concessão comum, mas como mecanismo da iniciativa privada para a construção e gestão concessionada de serviços públicos não onerosos como o ensino e a saúde².

Cabe destacar que esse tipo de cooperação entre o Estado e a iniciativa privada não é uma novidade. Afinal, a concessão de ferrovias já existia no período imperial como uma forma de permitir que o setor público gastasse menos dinheiro com a construção desse tipo de infraestrutura³.

De início, a concessão de serviços públicos teve um caráter contratual em que o Estado era o responsável pelos investimentos direto o que caracterizava a política de forte intervencionismo estatal.

Posteriormente, ainda tivemos o instituto da privatização, uma vez que o período anterior – de intervenção estatal – demonstrou que o Estado seria incapaz de gerir toda a infraestrutura necessária para o funcionamento da sociedade.

As privatizações inserem-se em um contexto de redução de aparelhamento do Estado brasileiro e como uma forma de melhoria na prestação de serviços públicos por meio da transferência do domínio estatal para o capital privado.

Além desse modo de gestão, surge também o instituto das parcerias público-privadas por meio da Lei n.º 11.079/04 que institui dois novos tipos de concessões: a concessão patrocinada e a concessão administrativa; e como forma de atrair capital privado, dispõe ainda de garantias de retorno à verba investida.

Assim, as parcerias público-privadas surgem como uma alternativa para a gestão do sistema educacional a fim de oferecerem uma maior qualidade de educação à população.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As Parcerias Público-Privadas – PPP's no Direito Positivo Brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 2, maio-jun-jul, 2005, p. 4/5. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em Mai 2017.

³ SUNDFELD, Carlos Ari Vieira (Coord.). **Parcerias público-privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 182/183.

O referido tema foi escolhido devido à relevância jurídica e social do assunto em questão, bem como o contexto de crise econômica do país.

É de extrema relevância social que se estabeleça um estudo mais aprofundado acerca do tema proposto, já que este tem o objetivo de elucidar e melhor enfrentar as dificuldades de se aplicar o instituto das parcerias público-privadas como uma forma alternativa de se aperfeiçoar o sistema educacional brasileiro.

Enquanto o Estado procura garantir o interesse público, a iniciativa privada arca com os custos de construção e operação do serviço público concedido, sendo responsável ainda pela construção e operação do serviço por um determinado período de tempo.

Ademais, esse tipo de parceria público-privada é possível por viabilizar obras e serviços de infraestrutura com economia e eficiência que não seriam possíveis com investimento estatal.

No entanto, o instituto das parcerias encontra dificuldades para se estabelecer no Brasil uma vez que os Estados e os Municípios ainda não conseguem oferecer garantias adequadas de pagamentos.

Sendo assim, o trabalho será dividido em três capítulos, com o intuito de melhor desenvolver o tema abordado.

O primeiro capítulo apresentará as origens e a evolução do instituto das parcerias público-privadas, bem como analisará as experiências internacionais desse instituto.

O segundo capítulo investigará o instituto das parcerias público-privadas, especificando suas noções gerais, objeto, espécies, cláusulas obrigatórias e os argumentos para a sua utilização.

Finalmente, o terceiro capítulo retratará as parcerias público-privadas de infraestrutura escolar e avaliará o impacto desse modelo na sociedade. Para tanto, pretende-se analisar o contrato de parceria no setor da educação, fazer um estudo comparado e analisar o caso concreto em Belo Horizonte.

Belo Horizonte é a sexta cidade mais populosa do Brasil⁴ e se propôs a colocar a educação básica como uma prioridade para alcançar os níveis mínimos exigidos pelo governo federal e para melhorar a qualidade de mão de obra na cidade em longo prazo.

Esta pesquisa estudará as parcerias público-privadas como forma de gestão do sistema educacional, enfatizando sempre uma visão imparcial e citando os argumentos contrários e favoráveis a essa implementação. Desta forma, será possível contribuir para com o avanço nos estudos acerca da viabilidade desse instituto no setor da educação.

⁴ IBGE. Disponível em < <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em Jun. 2017.

1. PPP: CONTEXTO PARA A SUA INSTITUIÇÃO NO BRASIL

A conjuntura do Estado brasileiro propiciou o surgimento da parceria público-privada⁵ – ou PPP como é notavelmente conhecida – no país, uma vez que, com a crise de financiamento do Estado na década de 80, o Estado perdeu a sua capacidade de financiamento de obras de infraestrutura e de serviços públicos⁶, caracterizando-se no país, um discurso de engessamento e inoperância da Administração Pública como prestadora direta de serviços públicos.

Essa crise generalizada dos serviços públicos pode ser entendida como a necessidade de adequação dos serviços públicos às circunstâncias sociais e econômicas⁷.

Como forma de sanar esse problema de ineficiência da Administração Pública que não teria a mesma capacidade financeira de uma iniciativa privada para implementar serviços públicos de qualidade, adotou-se o instituto das concessões.

Esses serviços públicos econômicos foram objetos de desestatização com a delegação da atividade à iniciativa privada que era remunerada exclusivamente por meio das tarifas pagas pelos usuários. Ora, o Poder Público não dava qualquer suporte financeiro à empresa privada que também tinha que pagar um valor de outorga estabelecido na licitação⁸.

Na teoria, a partir dessa desestatização, o Estado estaria mais apto a investir nas atividades insuscetíveis de serem exploradas pela iniciativa privada por não gerarem lucro.

Contudo, o Estado continuou em grave crise fiscal o que propiciou a conjuntura para o surgimento das parcerias público-privadas no Brasil como uma alternativa para implantar infraestruturas no país, já que seus custos seriam divididos entre o Estado e a iniciativa privada.

⁵ Da origem inglesa, *Private Finance Initiative* – PFI. SUNDFELD, Carlos Ari Vieira (Coord.). **Parcerias público-privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 52.

⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As Parcerias Público-Privadas – PPP's no Direito Positivo Brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 2, maio-jun-jul, 2005, p. 1. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em Mai 2017.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 704.

⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit*, p. 2.

Se por um lado o Estado não tinha condições financeiras para realizar investimentos e crescer, por outro, a iniciativa privada não poderia arcar unilateralmente com esses investimentos, já que a tarifa paga pelo usuário seria insuficiente para assegurar seu lucro.

A partir do programa de Reforma do Estado⁹ na década de 1990, aliado a um discurso de que o modelo estatal de forte intervenção era o responsável pela crise no Brasil, surge o contexto para a difusão da parceria público-privada no país.

A proposta desse programa de Reforma do Estado era a de transitar de um Estado que promovia diretamente o desenvolvimento econômico e social para um Estado que atuasse como regulador e facilitador desse desenvolvimento¹⁰.

Sendo assim, o governo buscou intervir nos programas de infraestrutura em parceria com a iniciativa privada, privatizar grandes empresas federais, flexibilizar o monopólio de serviços públicos e estimular ao Terceiro Setor¹¹.

Assim, a parceria com a iniciativa privada insere-se em um quadro geral de descentralização dos serviços públicos, na redução do Estado na atividade econômica e no amadurecimento de um modelo de parceria diante da incapacidade da Administração Pública de fornecer serviços de qualidade necessitados pela população.

Ademais, reconheceu-se a ineficiência da Administração Pública em direcionar e otimizar recursos para a realização de investimentos em infraestrutura como a prestação de serviços públicos.

Esse cenário é o resultado de uma deficiência na prestação dos serviços públicos originada da falta de investimentos em infraestrutura. Ainda que o país tenha uma alta

⁹ Em 1995, encaminhou-se ao Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional nº 173 sobre a Reforma do Estado, uma ampla reforma nas políticas e nos aparelhos do Estado pretendendo reduzir o custo da máquina pública. Era uma forma, segundo seus idealizadores, de solucionar a crise econômica no país e garantir a entrada do Brasil na economia globalizada, promovendo a desregulação a economia, a flexibilização da legislação do trabalho, a diminuição dos gastos públicos, a privatização das empresas estatais e a abertura do mercado aos investimentos transnacionais.

¹⁰ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Lua Nova [online]. 1998, n. 45, p. 58.

¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari Vieira (Coord.), *op. cit.*, p. 18.

arrecadação de recursos, esses não são suficientes para a realização dos projetos indispensáveis para se atingir os níveis projetados pelo governo.

É importante citar ainda que há razões que restringem os investimentos da Administração Pública como a corrupção¹², o desvio das verbas públicas e o alto grau de inadimplemento do setor público o que implica em aumento do risco assumido pela iniciativa privada, comprometendo a atratividade de investimentos privados nos anos noventa.

Não obstante o contínuo crescimento da demanda da população por investimentos infraestruturais, essa conjuntura ocasionou o sucateamento da estrutura administrativa e a consequente má gestão e prestação dos serviços públicos. Dessa forma, ao comparar a demanda dos usuários por serviços públicos com a estrutura administrativa, percebe-se a deficiência dessa estrutura.

Ante o exposto, propiciou-se o contexto pela busca de modelos inovadores para a prestação de serviços públicos. É a partir de 2002 que a parceria público-privada adquire uma nova força no cenário político brasileiro, quando se passou a vincular esse instituto ao ciclo de crescimento que se almejava para o país.

Buscava-se por meio dessa colaboração entre o Estado e a iniciativa privada a realização de projetos de interesse público.

1.1. As experiências internacionais

O Estado brasileiro passou a defender a necessidade da parceria, aproveitando-se de experiências internacionais positivas como no Reino Unido, Estados Unidos, Portugal e Chile.

No Reino Unido, o instituto é conhecido como *Private Finance Initiative* – PFI e tinha como objetivo estimular empreendimentos conjuntos envolvendo os setores público e privado

¹² Como o recebimento de recursos ilícitos para auxiliar em projetos de lei, contratações para obras ou liberação de recursos o que está sendo investigado na operação Lava Jato. Nesse esquema de corrupção, grandes empreiteiras acordavam com agentes públicos resultados de licitação, inflando o preço em benefício do investidor privado e prejudicando o erário. Uma realidade ainda mais grave foi a publicidade alcançada com a colaboração premiada da JBS em que executivos da empresa acusam o presidente do país de participação nesses esquemas.

em um contexto de implementação liberal do governo. Buscava-se a retomada de investimentos nos setores de infraestrutura, sucateados à época.

Esse instituto no Reino Unido caracterizou-se por não ser um mecanismo clássico de concessão em que o concessionário iria ter seu investimento amortizado e remunerado pelos rendimentos da sua exploração, uma vez que o Poder Público dispensava-se de qualquer envolvimento financeiro; e inovou ao utilizar a iniciativa privada para a construção e gestão concessionada de serviços públicos não onerosos, tradicionalmente montados e geridos pelo poder público¹³.

Esse programa governamental buscava

Emprego efetivo das técnicas de gestão privada no empreendimento público, fazendo com que os particulares assumissem de fato o controle do projeto a ser implementado;
Transferência dos riscos econômicos do projeto para o particular (que frise-se, também assumiria o ônus de sua elaboração); e
Obtenção de maior eficiência na aplicação do recursos econômicos e financeiros necessários à realização do empreendimento público (o que, na denominação inglesa, resume-se na expressão *value for money*)¹⁴

No modelo britânico, transferiu-se o risco associado a um empreendimento do Estado para a iniciativa privada, já que se acreditava que os agentes privados teriam mais habilidade para desempenhar as tarefas para consecução de tal empreendimento, ainda que, no passado, o Estado as tivesse desempenhado.

O parceiro privado seria responsável pela construção e manutenção da infraestrutura da obra enquanto o Estado se responsabilizaria pela provisão de parte dos serviços. Exemplificando, o setor público forneceria o pessoal necessário para a atividade fim e o agente privado construiria e manteria o serviço em condições ideais, garantindo o bom funcionamento da empreitada.

Contudo, inicialmente, a concepção de parcerias baseava-se em premissas que determinavam quais seriam os projetos sob a responsabilidade do setor público e quais seriam

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de, *op. cit.*, p. 4.

¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari Vieira (Coord.), *op. cit.*, p. 164.

da iniciativa privada a fim de evitar que a demanda pelo serviço não chegasse a níveis que inviabilizassem a sustentabilidade da atividade por parte da iniciativa privada.

Sendo assim, os projetos para a construção de estradas, presídios e hospitais permaneceram com o Estado¹⁵ e o governo do Reino Unido buscou desenvolver projetos de implantação de infraestruturas públicas e de modernização de serviços públicos com a participação de capital privado.

Diferentemente do Reino Unido, nos Estados Unidos, as parcerias público-privadas não estavam atreladas exclusivamente na construção de infraestruturas, mas também na prestação de serviços sociais.

A experiência chilena caracterizou-se por ter ajudado a suprir uma lacuna na infraestrutura do país, principalmente na construção de rodovias.

1.2. Do modelo tradicional das concessões à edição da Lei nº 11.079/04

Quanto ao Brasil, em 2004, foi editada a Lei Federal nº 11.079/04¹⁶ que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada da Administração Pública, bem como conceituou a concessão administrativa e a concessão patrocinada.

A tramitação dessa lei ordinária decorreu de projeto apresentado pelo Poder Executivo, sendo uma proposta desenvolvida pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com a participação da Casa Civil, dos Ministérios da Fazenda, das Cidades e dos Transportes, da Secretaria Especial do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social – SEDES para a instituição da parceria público-privado no país.

Tal instituto seria uma alternativa indispensável para o crescimento econômico por meio de uma a colaboração positiva do setor público e privado¹⁷ diante da falta de disponibilidade

¹⁵ *Ibidem*, p. 53.

¹⁶ Antes da promulgação dessa lei federal, leis estaduais já tinham sido publicadas, instituindo as parcerias público-privadas na esfera estadual como o estado de Minas Gerais (Lei Estadual nº 14.868) e de São Paulo (Lei Estadual nº 11.688).

¹⁷ Disponível na carta de encaminhamento do PL 2.546/2003 transformado na Lei Ordinária 11.079/2004.

de recursos financeiros e como uma forma de se aproveitar da eficiência de gestão do setor privado.

A carta que encaminhou o projeto de lei das PPPs informa ainda que esse tipo de modelo de contratação permite diversas formas de investimentos ao suprir demandas nas áreas de habitação, de saneamento básico, de infraestrutura viária e de educação:

Veja-se que o Projeto de Plano Plurianual do Governo, encaminhado para vigorar no período de 2004 a 2007, estima a necessidade de investimentos na ordem de 21,7% (vinte e um vírgula sete por cento) do Produto Interno Bruto - PIB até 2007, como condição à retomada e sustentação do crescimento econômico do país, o que torna indispensável a existência de instrumentos de parcerias que possibilitem a sua concretização.

Diante do exposto na carta de encaminhamento, a adoção do método de parcerias seria indispensável para a retornada do nível de crescimento desejado pelo governo.

Esse marco legal, que conceituou a parceria público-privada como sendo o contrato administrativo de concessão (na modalidade patrocinada ou administrativa), buscou viabilizar o desenvolvimento da iniciativa privada e concretizar a realização de parcerias entre o Estado e o setor privado.

Ora, buscava-se que o ente público, por meio das parcerias, reestruturasse sua infraestrutura básica e os serviços públicos prestados a população, almejando a promoção do bem estar social.

Aduz CARVALHO FILHO¹⁸ que, nos termos da referida lei, a contratação de parceria público-privada nada mais é do que modalidade especial dos contratos de concessão e a própria Lei nº 11.079/04 dispõe que não constitui parceria público-privada a concessão comum regulada pela Lei nº 8.987/95.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 452/453.

Dessa forma, apesar desse tema – a parceria entre o Estado e a iniciativa privada – ser associado com o regime das concessões de serviço público, é uma nova modalidade de concessão.

A concessão comum é um instituto já utilizado pelo Estado brasileiro para conseguir atrair investimentos da iniciativa privada para o desenvolvimento de uma atividade estatal sem ceder a sua titularidade.

A edição da Lei das Parcerias foi considerada pelo governo como ponto indispensável à retomada do desenvolvimento do país, uma vez que a adoção dessa nova fórmula de relacionamento entre o Poder Público e a iniciativa privada iria propiciar um investimento na infraestrutura¹⁹.

Segundo esse pensamento, ao atribuir ao particular o ônus do financiamento no investimento público, esse receberia uma contraprestação do Estado durante o período de exploração econômica de modo que se resolveria a falta de poderio econômico do Estado para financiar o empreendimento público.

Ora, sendo assim, as PPPs não seriam uma novidade, uma vez que, no que diz respeito aos serviços públicos, já se adotava o modelo de transferência aos particulares do financiamento necessário à instalação de um serviço público²⁰.

A diferença entre esses institutos será melhor abordada no capítulo seguinte, mas é importante destacar que enquanto, na concessão, a remuneração da iniciativa privada é feita tanto pelo Estado de forma direta quanto pelo usuário do serviço, nas PPPs, a remuneração se dá exclusivamente por meio do Estado.

No modelo tradicional de concessão, o particular assume o serviço em nome próprio, tornando-se responsável pelas ações realizadas na execução do serviço objeto da concessão ao passo que o Estado, o poder concedente, é responsável pelas decisões centrais na estruturação do serviço.

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari Vieira (Coord.), *op. cit.*, p. 157/158.

²⁰ *Ibidem*, p. 158.

É o Estado quem estabelece as principais regras da atividade a ser explorada, dentre outros aspectos fundamentais para a gestão do serviço e o concessionário é responsável pela execução do serviço a partir das orientações do poder concedente.

Sendo assim, cabia ao Estado a responsabilidade pelas decisões estratégicas da atividade e à iniciativa privada a direção da empresa responsável pela implementação das diretrizes estatais²¹.

Nesse contexto, o Estado assumia a responsabilidade pela viabilidade da concessão, já que a aplicação de capital do investidor privado baseava-se nas soluções determinadas pelo poder concedente e o ente particular era responsabilizado pela gestão da concessão que se sujeitava a suas deliberações.

Nesse modelo de concessão, o particular não assumia um risco alto, já que “quanto maior a intervenção do Estado na definição do empreendimento a ser explorada (e normalmente era muito grande), menor seria a assunção de risco do empresário que implementaria as decisões estatais”²².

Essa forma intervencionista de concessão representava o modelo de atuação estatal em que o titular dos serviços públicos determinava as principais diretrizes da oferta do objeto da concessão de modo que não se isentava dos riscos.

Nas parcerias público-privadas, não se pretende dividir tradicionalmente as atribuições entre o Estado e os particulares como no modelo tradicional de concessão, sendo mais complexo, principalmente no que diz respeito à transferência de responsabilidades e riscos aos parceiros privados²³.

A parceria público-privada não é a mera participação da iniciativa privada em ações de interesse do poder público²⁴, mas busca exteriorizar novas responsabilidades ao poder concedente e à concessionária.

²¹ *Ibidem*, p. 160.

²² *Ibidem*, p. 161.

²³ *Ibidem*, p. 161.

²⁴ *Ibidem*, p. 161.

Portanto, o surgimento do modelo PPP não é um fenômeno isolado, mas está inserido nas reformas implementadas pelo Estado como a privatização de empresas estatais, a retirada do Estado da função de agente econômico, a introdução de competição em serviços públicos, tópicos que modernizaram o Estado²⁵.

Ademais, essa nova forma de gestão pública não significou a exclusão das demais maneiras da Administração contratar, mas como uma alternativa, podendo ser executada de acordo com as características de cada projeto.

Salienta-se ainda que a edição da Lei das PPPs não mudou esse cenário, já que mesmo antes, o Estado já contava com instrumentos capazes de viabilizar a aplicação concreta das parcerias, isto é, a legislação geral de concessões e a legislação geral de telecomunicações.

A inovação da Lei 11.079/04 foi a de introduzir formalmente no ordenamento jurídico brasileiro duas novas espécies de contrato de concessão: as concessões patrocinadas e as concessões administrativas.

Esses novos modelos contratuais permitem que mesmo em situações em que o empreendimento não fosse autossustentável economicamente, seja pela baixa capacidade contributiva do usuário, seja pela insuficiente demanda prevista para o serviço, a concessão possa ser implantada. Ora, o próprio Poder Público assume o pagamento para a implementação do serviço.

No entanto, isso é condicionado ao cumprimento das exigências elencadas no artigo 10º como a realização de estudos técnicos que demonstrem a viabilidade técnica do projeto, o atendimento ao interesse público e elaboração de uma estimativa para impacto sob o ponto de vista fiscal, seria possível a celebração da PPP.

Em agosto de 2012, o governo brasileiro reconheceu a essencialidade das parcerias público-privadas para acelerar o crescimento do país e que tais parcerias permitem que o país provisionem bens públicos e serviços de forma mais eficiente, culminando com a edição da Lei nº 12.766, de 27 de dezembro de 2012 que alterou a Lei nº 11.079/04. Essa lei de 2012

²⁵ *Ibidem*, p. 163.

permitiu que o sistema das parcerias ganhasse ainda mais flexibilidade ao permitir o fornecimento de subsídios antes da entrega do serviço.

Tais subsídios ou outras formas de incentivos contratuais oferecidos pelo setor público são necessários para atrair a iniciativa privada a firmar o contrato de parceria.

Caso se demonstre que um projeto é economicamente viável sem qualquer tipo de financiamento estatal, não seria objeto de parceria, mas de uma concessão comum a ser implementada de acordo com as leis de concessão.

O desafio do setor público é o de elaborar um contrato de parceria, contendo incentivos financeiros e contratuais de modo que irão impor a concessionária a cumprir as suas obrigações contratuais e a receberem uma contraprestação adequada aos investimentos realizados.

2. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

2.1. Noções gerais

Como já informado, a parceria público-privada é uma modalidade especial dos contratos de concessão instituída pela Lei nº 11.079/04 no âmbito da União, Estado, Município, Distrito Federal e as entidades da Administração Pública indireta²⁶.

Esse tipo de enquadramento – de ser considerada como concessão especial – ocorre, uma vez que a própria lei indica expressamente a aplicação subsidiária da Lei das Concessões (Lei nº 8.987/95) em algumas normas de modo que a contratação da parceria público-privada caracteriza-se como modalidade especial dos contratos de concessão.

Antes da Lei das Parcerias, entendia-se que a concessão prevista na Constituição Federal²⁷ referia-se à concessão de serviço público. Após 2004, em que se instituiu o regime

²⁶ Lei nº 11.079/04: Art. 1º, Parágrafo único. Esta Lei aplica-se aos órgãos da administração pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

²⁷ CRFB/88: Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

Art. 25. § 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

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. 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.

Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

legal das parcerias, tais dispositivos passaram a admitir a inclusão dessa modalidade especial dos contratos nas concessões.

Segundo BINENBOJM²⁸, até a edição da lei federal:

“A expressão PPP vinha sendo empregada entre nós em sentido mais amplo – e, por vezes, equivoco – mercê de influências estrangeiras as mais variegadas, para designar os múltiplos vínculos negociais, de trato continuado, estabelecidos entre a Administração Pública e particulares, com vistas ao desenvolvimento, por estes últimos, de atividades econômicas ou sociais com algum coeficiente de interesse coletivo. Assim, designaram-se como PPPs desde as concessões e permissões de serviços públicos (regidas pela Lei nº 8.987/95 e por leis específicas e setoriais, agora rebatizadas como concessões comuns), aplicáveis aos serviços de natureza social”.

Quanto à Lei nº 11.079/04, essa instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, consoante o disposto no artigo 22, XXVII²⁹ da Constituição Federal. A lei aplica-se ainda aos órgãos da Administração Pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Cabe destacar no tocante à aplicabilidade da Lei nº 11.079/04 que, além de estabelecer normas gerais, dispôs também sobre normas específicas à União Federal. É nesse campo de incidência que se permitiu a edição de legislação própria de Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem.

§ 2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

§ 3º O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.

§ 4º O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

§ 5º O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.

²⁸ BINENBOJM, Gustavo. **As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 241, p. 160. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43332/44672>>. Acesso em Jun. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v241.2005.43332>.

²⁹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Por fim, salienta-se que, além das leis mencionadas (a Lei das Parcerias e a Lei das Concessões), a legislação que orienta a atuação das parcerias público-privadas no âmbito federal são as seguintes:

- Lei nº 8.666/93 que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública;
- Lei nº 9.074/95 que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos;
- Lei nº 13.334/16 que cria o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI;
- Decreto nº 5.385/05 que institui o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal (CGP);
- Decreto n.º 8.428/15 que regulamenta sobre o procedimento de manifestação de interesse a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela Administração Pública;
- Instrução Normativa TCU n.º 52/07 que dispõe sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP), a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União;
- Portaria STN nº. 614/06 que estabelece normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada de que trata a Lei nº 11.079/04;
- Resoluções do Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal – CGP; e
- Resoluções do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República.

2.2. Parceria e Concessão comum

Como não há uma consonância na doutrina para a definição do instituto da concessão, já que há autores que adotam um conceito mais amplo e outros mais restritos, utilizaremos a sistematização trazida por DI PIETRO³⁰:

1. Os que, seguindo a doutrina italiana, atribuem acepção muito ampla ao vocábulo concessão de modo a abranger qualquer tipo de ato, unilateral ou bilateral, pelo qual a Administração outorga direitos ou poderes ao particular; não tem muita aceitação

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 334.

no direito brasileiro que, em matéria de contrato, se influenciou mais pelo direito francês;

2. Os que lhe dão acepção menos ampla, distinguindo a concessão translativa da constitutiva, e admitindo três tipos de concessão: a de serviço público, a de obra pública e a de uso de bem público;

3. Os que lhe dão acepção restrita, só considerando como concessão a delegação de poderes para prestação de serviços públicos, ou seja, a concessão de serviços públicos.

A segunda corrente, que distingue a concessão translativa da constitutiva e admite três tipos de concessão, é a que tem mais adeptos no Brasil.

A concessão translativa corresponde à concessão em que o concedente atribui ao concessionário seus poderes e deveres de modo que a concessionária adquiere bem ou direito do concedente para executar o contrato. Exemplos dessa são as parcerias público-privadas cujos objetos forem a prestação de serviço público, a concessão de serviço público e a de obra pública.

A concessão constitutiva corresponde à delegação de poderes do concedente para a exploração do bem público ao concessionário. Nesse, o Estado constitui um poder menos amplo em favor do concessionário como na concessão de uso de bem público.

Em resumo, “na concessão translativa, os direitos ou poderes transferidos ao particular preexistem na entidade concedente; na constitutiva, eles derivam do ato de concessão”³¹.

Quanto às modalidades da concessão, essas são: a concessão de serviço público, a parceria público-privada, a concessão de obra pública e a concessão de uso de bem público.

É certo que a concessão de serviço público passou a ser denominada concessão tradicional ou concessão comum com a edição da Lei das Parcerias que instituiu as parcerias público-privadas como concessões especiais.

Em relação ao seu conceito, a concessão de serviço público é o contrato administrativo no qual a execução de um serviço público é delegada pela Administração Pública a outrem, “para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a

³¹ *Ibidem*, p. 335.

remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”³².

Essa definição aplica-se às concessões disciplinadas na Lei nº 8.987/95 com exceção das parcerias público-privadas. Isso porque, nas parcerias, a principal forma de remuneração da concessionária é a contraprestação pecuniária efetuada pelo concedente, já nas outras concessões, a remuneração por tarifa é a principal forma de rendimento do investidor privado.

2.3. Conceito e natureza jurídica

À luz da Lei 11.079/04, conceituou-se o instituto das parcerias como um contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

Buscando uma conceituação na doutrina, CARVALHO FILHO³³ define as parcerias público-privadas:

Como o acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes.

Para DI PIETRO³⁴:

A parceria é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

O instituto das parcerias difere-se da concessão no tocante à forma de remuneração salvo se houver previsão de subsídio pelo poder público de acordo com o disposto no art. 17³⁵, da Lei nº 8.987/95.

³² *Ibidem*, p. 340.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 455.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania. *op. cit.*, p. 353.

³⁵ Art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes.

Outras inovações que diferem o instituto das parcerias público-privadas das concessões comuns são a previsão legal de repartição de riscos e a de ganho econômico entre o setor público e a iniciativa privada.

Tais características são fundamentais para se alcançar a eficiência econômica na prestação de serviços públicos e afastar a possibilidade de quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de modo que esse instituto se torna atraente para o parceiro privado.

A natureza jurídica do instituto é a de um contrato administrativo de concessão de serviço público³⁶.

Feita essa exposição conceitual e a designação do regime jurídico da parceria público-privada, vejamos as espécies do instituto.

2.4. Espécies

A própria lei federal dispõe que a parceria público-privada tem duas modalidades: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

2.4.1. Concessão patrocinada

A concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas 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, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.079/04³⁷.

§ 1º Considerar-se-á, também, desclassificada a proposta de entidade estatal alheia à esfera político-administrativa do poder concedente que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios do poder público controlador da referida entidade.

§ 2º Inclui-se nas vantagens ou subsídios de que trata este artigo, qualquer tipo de tratamento tributário diferenciado, ainda que em consequência da natureza jurídica do licitante, que comprometa a isonomia fiscal que deve prevalecer entre todos os concorrentes.

³⁶ É o que prevê a Lei nº 11.079/04: Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

³⁷ Lei nº 11.079/04: Art. 2º, § 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.

A própria lei federal dispõe que essa espécie de concessão está sujeita a regime jurídico parcialmente diverso da concessão de serviço público comum, regulada pela Lei nº 8.987/95 de modo que segundo DI PIETRO³⁸, é possível definir essa modalidade de parceria como:

Contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou parceiro privado) delega a precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.

Nesse tipo de parceria cujo objeto é a prestação de serviços, o concessionário recebe recursos tanto do poder concedente quanto dos usuários do serviço – que efetuam o pagamento de tarifas para o uso do serviço.

A concessão patrocinada se diferencia da concessão comum pela forma como o concessionário é remunerado. Na concessão comum, remunera-se o concessionário por meio das tarifas cobradas ao usuário pela prestação do serviço delegado e na concessão patrocinada, a remuneração do parceiro privado é complementada por contraprestação devida pelo agente público. No entanto, a Lei das Concessões prevê o oferecimento de subsídios na concessão comum.

Destaca-se que na concessão comum, além da cobrança de tarifa, o concessionário pode ser remunerado por receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas e, até mesmo, a redução da própria contraprestação paga pelo poder público³⁹.

Outras características que diferenciam a concessão comum da concessão patrocinada são o compartilhamento de riscos e ganhos econômicos entre o parceiro público e o parceiro privado, bem como as garantias conferidas pelo poder concedente ao parceiro privado e ao financiador dos projetos de parceria.

Enquanto que na concessão comum, é previsto expressamente na lei⁴⁰ que a concessão de serviço público precedida ou não de execução de obra pública deverá ocorrer por conta e

³⁸ DI PIETRO. Maria Sylvia, *op. cit.*, p. 353.

³⁹ *Ibidem*, p. 357.

⁴⁰ Lei nº 8.987/95: Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

risco da concessionária, na concessão patrocinada, os riscos do empreendimento são divididos entre o poder concedente e a concessionária.

No tocante à remuneração da concessionária, o parágrafo 3º do artigo 10 da Lei das Parceiras prevê que a contribuição do parceiro público não poderá ser superior a 70% da remuneração recebida pela iniciativa privada exceto se houver autorização legislativa específica.

Essa contribuição por parte da Administração Pública somente poderá começar quando o serviço – objeto do contrato de parceria – começar a ser efetivamente prestado de modo que é vedado o seu pagamento enquanto perdurarem as obras que precederem a consecução do objeto contratual⁴¹.

Essa vedação obriga o ente privado a arcar com os custos de eventuais obras que antecederem a disponibilização do serviço, já que enquanto não puderem realizar o serviço, não há formas de auferir dinheiro. Evidente que não se pode cobrar de usuário tarifa e o empreendimento não renderá qualquer tipo de receita durante as obras. Nesse cenário, é importante a figura do financiador do projeto de parceria público-privada, nos termos do art. 5, § 2º⁴², da lei federal.

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;

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.

⁴¹ Lei nº 11.079/04: Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

§ 1º É facultado à administração pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

§ 2º O aporte de recursos de que trata o § 2º do art. 6º, quando realizado durante a fase dos investimentos a cargo do parceiro privado, deverá guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas.

⁴² Lei nº 11.079/04: Art. 5º, § 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

I - os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle ou a administração temporária da sociedade de propósito específico aos seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

Por outro lado, quanto à contraprestação oferecida pelo parceiro público, essa pode representar um aumento de gastos da Administração Pública. Assim, um dos riscos criados pela modalidade de concessão patrocinada envolve “a possibilidade de uso populista do patrocínio para garantir tarifas excessivamente baixas e o comprometimento da responsabilidade fiscal no médio e longo prazos”⁴³.

Sendo assim, como justificativas econômicas para a institucionalização das parcerias na modalidade concessão patrocinada, na perspectiva de BINENBOJM⁴⁴ são: o esgotamento da capacidade de endividamento do Estado, uma conjuntura política, que precisa garantir o cumprimento das obrigações assumidas pelo governo com seus credores, dificulta a capacidade do Estado de investir em infraestrutura e serviços públicos, propiciando uma demanda por investimentos privados que será precedida de instituição de condições favoráveis a esses investimentos pelo setor público; e o exaurimento progressivo dos serviços públicos econômicos autossustentáveis por não serem rentáveis para o investidor privado.

2.4.2. Concessão administrativa

A concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública é a usuária direta ou indireta. Nesse tipo de modalidade de parceria, não existe a contraprestação pecuniária do serviço pelo usuário, mas apenas pelo poder concedente. Dessa forma, o pagamento pelo serviço é feito diretamente pelo setor público de modo que o poder público assume integralmente o ônus relativo ao pagamento do serviço prestado.

O parágrafo 2º do artigo 2º da Lei nº 11.079/04 conceitua a concessão administrativa como um contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra, fornecimento de bens ou outras

II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;

III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

⁴³ BINENBOJM, Gustavo. **As parcerias público-privadas (PPPS) e a constituição**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 241, p. 159-176, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43332/44672>>. Acesso em Jun. 2017.

⁴⁴ *Idem*.

prestações. Essa modalidade tem ainda como subespécies⁴⁵: a concessão administrativa de serviço público e a concessão administrativa de serviços ao Estado.

A concessão administrativa de serviços públicos tem como objeto a prestação de serviços públicos dispostos no artigo 175⁴⁶ da Constituição Federal. Essa prestação é feita diretamente aos usuários sem a cobrança de qualquer tarifa e sendo o concessionário remunerado por contraprestação pelo poder concedente, podendo esse rendimento ser recebido conjuntamente com outras receitas alternativas.

Nessa subespécie, ainda que os beneficiários imediatos das prestações sejam os usuários, recaem sobre a Administração Pública os direitos e as responsabilidades econômicas do empreendimento.

A concessão administrativa de serviços ao Estado caracteriza-se por oferecer utilidades à própria Administração⁴⁷ – usuária direta e responsável pela correspondente contraprestação pecuniária.

Segundo BINENBOJM⁴⁸, a concessão administrativa de serviço público se justifica pela busca de uma maior eficiência na gestão de obras e serviços públicos proveniente de gastos estatais, além do esgotamento da capacidade de endividamento e investimento do Estado.

Na concessão administrativa – em seus dois tipos – não existe a cobrança de tarifa ao usuário, já que se tivesse, poderia confundir-se com a concessão patrocinada. Sendo assim, o objeto da concessão administrativa só poderá ser serviço administrativo ou serviço social não exclusivo do Estado⁴⁹.

Cabe transcrever as palavras de SUNDFELD⁵⁰:

⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari Vieira (Coord.). *op. cit.* p. 31/32.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Lei nº 8.666/93: Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

⁴⁸ BINENBOJM, Gustavo. *op. cit.*, p. 163.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania. *op. cit.*, p. 360.

⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari Vieira (Coord.). *op. cit.* p. 33.

A concessão administrativa não é um simples contrato de prestação de serviços – ao contrário do que pode parecer da leitura isolada do art. 2º, §2º -, pois sempre incluirá a realização de investimentos pelo concessionário para criação, ampliação ou recuperação de infraestrutura, a serem amortizados no prazo do contrato (art. 5º, I), em montante de ao menos 20 milhões de reais.

A concessão administrativa não se restringe à execução de obra pública, devendo também o concessionário investir pelo menos vinte milhões de reais no empreendimento que será ainda utilizado para a prestação de serviços por um período não inferior a cinco anos⁵¹. Tais requisitos impossibilitam que essa modalidade de parceria se transforme em um contrato de obras com financiamento do empreiteiro⁵².

O artigo 2º⁵³ da Lei das Parcerias impediu ainda o uso desse tipo de contratação como simples alternativa ao contrato de aquisição financiada de bens⁵⁴.

Os serviços, objeto da concessão administrativa, são associados à execução autônoma de prestações⁵⁵, mas, para fins da Lei nº 11.079/04, o mero fornecimento de mão de obra para atuação sob a direção da Administração⁵⁶ não pode ser objeto desse contrato.

⁵¹ Lei nº 11.079/04: Art. 2, § 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.

⁵² SUNDFELD, Carlos Ari Vieira (Coord.). *op. cit.* p. 33.

⁵³ 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.

§3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§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.

⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari Vieira (Coord.). *op. cit.* p. 33.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ Lei nº 11.079/04: Art. 2, § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Por fim, no tocante ao regime jurídico dessa modalidade de parceria, submete-se ao da Lei das Concessões⁵⁷, com exceção das normas impertinentes a essa espécie de concessão especial relativas à conceituação, à matéria tarifária e à proteção econômica dos usuários⁵⁸.

2.5. Características comuns às espécies de parceria

Ainda que as espécies de parcerias estudadas (concessão patrocinada e concessão administrativa) constituam diferentes institutos, é possível identificar características comuns a essas formas de contratação da Administração Pública.

Para que seja celebrado um contrato de parceria público-privada entre o setor público e a iniciativa privada, deve ser conferido ao particular, o encargo de realizar um investimento inicial de 20 milhões de reais. Esse contrato deve ter como prazo um período de pelo menos cinco anos e no máximo, de trinta e cinco anos⁵⁹.

Em um contrato dessa natureza, deve ser previsto o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamento ou a execução de obras pública, bem como será disposta a obrigação do ente privado em cuidar da manutenção da infraestrutura construída ou recuperada na contratação.

As parcerias caracterizam-se ainda pelo financiamento do setor privado, isto é, fica a cargo da iniciativa privada a disponibilização de recursos para a realização do empreendimento disposto no contrato, uma vez que tal responsabilidade não é do Poder Público.

⁵⁷ Lei nº 11.079/04: Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995.

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:

⁵⁸ SUNDFELD, Carlos Ari Vieira (Coord.). *op. cit.* p. 34.

⁵⁹ Lei nº 11.079/04: Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

Outro atributo que é importante mencionar é a previsão de compartilhamento de risco⁶⁰ que consiste na partilha entre o Estado e o particular das despesas ocorridas por eventual prejuízo, seja de fatos previsíveis, seja de caso fortuito, força maior ou fato do príncipe.

Sendo assim, faz-se necessário um controle eficiente sobre o objeto da contratação, já que caso a gestão do empreendimento seja insatisfatória, o setor público também terá que arcar com as consequências ocasionadas pela má gestão do contrato⁶¹.

Contudo, essa previsão de compartilhamento de riscos até mesmo em prejuízos causados pelo fato do príncipe causa controvérsias doutrinárias.

Embora seja pacífico que o compartilhamento de riscos tenha sido concebido para garantir um equilíbrio econômico-financeiro, discute-se se esse compartilhamento seria passível diante do fato do príncipe, já que o desequilíbrio decorreria de ato do próprio Poder Público de que sorte que, nessa situação, não se poderia admitir a repartição de prejuízos, sob pena do contratado ter que arcar com prejuízos provocados pelo contratante.

Além do exposto, alguns autores como Maria Sylvia Di Pietro defendem que essa regra seria inaplicável por ofender o artigo 186⁶² do Código Civil e o artigo 37, parágrafo 6º⁶³ da Constituição Federal.

Como uma característica comum a ambas as modalidades de parcerias, pode-se apontar a existência de contraprestação pecuniária do Estado ao parceiro privado.

Outrossim, vale destacar que é obrigação do Estado em benefício da iniciativa privada pela execução da obra ou do serviço a pluralidade compensatória⁶⁴, já que se admite como contraprestação pecuniária da Administração Pública nos contratos de parceria público-

⁶⁰ Lei nº 11.079/04: Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 459.

⁶² Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁶³ Art. 37, § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁶⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 459.

privada⁶⁵: ordem bancária; cessão de créditos não tributários; outorga de direitos em face da Administração Pública; outorga de direitos sobre bens públicos dominicais.

Por fim, esse tipo de contrato administrativo deverá observar as diretrizes elencadas no artigo 4º. A saber:

- 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 e 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.

Portanto, quaisquer das modalidades de parceria apresentam como principal objetivo a diminuição de custos e riscos e o desenvolvimento de projetos relacionados à infraestrutura brasileira.

Na esfera federal, há instituições e agentes responsáveis por diferentes aspectos na estruturação de projetos de parcerias: a União, o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada (CGP), Sociedade de Propósito Específico (SPE) e o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas (FGP).

O Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão avalia e monitora possíveis projetos de parceria público-privada – identificadas como prioridade pelo Comitê Gestor de Parceria⁶⁶.

⁶⁵ Lei nº 11.079/04: Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

- 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.

⁶⁶ Instituído pelo Decreto nº 5385/05 e coordenado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

O Ministério da Fazenda é o responsável por avaliar os projetos de parceria e que estejam dentro da alocação máxima permitida na Constituição. A informação do projeto é enviada a Procuradoria da Fazenda Nacional que verifica se os gastos propostos estão dentro dos limites estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal.

A Comissão Técnica das Parcerias Público-Privadas tem seus membros indicados pelo Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e inclui membros do Ministério da Fazenda e da Casa Civil.

Outra figura da parceria é a sociedade propósito específico (SPE), que é uma sociedade empresária incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria público-privada, a ser estabelecida pelo licitante vencedor. Essa sociedade tem como finalidade a de facilitar o controle e a supervisão do governo, já que a SPE não pode ter outra responsabilidade.

A finalidade do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP) é garantir o pagamento de obrigações pecuniárias assumidas por parceiros públicos federais, consoante o disposto nos artigos 16 a 21, da Lei nº 11.079/04.

O FGP foi constituído para assegurar o desenlace positivo das parcerias público-privadas e tem seus próprios ativos, consistindo em um capital totalmente público gerenciado pelo Banco do Brasil. A fim de reduzir os custos, o FGP também pode fornecer outras garantias para companhias de seguros, instituições financeiras e organizações internacionais, o que assegurará o pagamento das obrigações do setor público ao parceiro privado.

O Fundo foi instituído para realizar a cobertura contratual de despesas decorrentes dos contratos de parceria. No âmbito estadual e municipal, essa função pode ser assumida pela administração direta e indireta de Estados e Municípios.

O Tribunal de Contas da União (TCU) é o responsável por monitorar o processo de licitação, contratação e execução contratual da parceria, assim como a implementação dos projetos de parcerias. O ente privado terá que enviar ao TCU qualquer documento relevante durante todas as etapas de execução da parceria.

O TCU acompanha o projeto da parceria ao examinar os documentos de viabilidade do empreendimento ou da prestação do serviço sob a ótica jurídica, orçamentária, econômica, ambiental, de projeto e obras; estudar o edital de licitação e respectiva minuta de contrato; verificar os questionamentos dos licitantes, as atas e relatórios do julgamento da habilitação jurídica e da qualificação técnica e econômico-financeira; analisar o julgamento das propostas e o resultado da licitação; e investigar o ato de adjudicação e da assinatura do contrato de concessão.

2.6. Das garantias especiais

Nos contratos de parcerias público-privadas, são asseguradas às obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública algumas garantias. Isso porque ao contrário de outros contratos administrativos, as parcerias exigem investimentos elevados, uma amortização em longo prazo e por vezes não oferece um objeto suficientemente atrativo para justificar os riscos assumidos pelos investidores privados⁶⁷.

Sendo assim, as garantias especiais das parcerias foram concebidas para facilitar a obtenção de financiamento em condições mais favoráveis aos parceiros privados, já que reduzem os riscos oferecidos pelos projetos de parceria. Nesse sentido, a Lei nº 11.079/04 dispõe:

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

- I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;
- II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
- III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
- VI – outros mecanismos admitidos em lei.

Esse regime de garantias prestado pelo setor público é um aspecto importante da contratação de parceria público-privada, já que se busca de todo modo reduzir custos e riscos e obter condições mais favoráveis de financiamento para investimento de grande relevo

⁶⁷ BINENBOJM, Gustavo. *op. cit.* p. 169.

social⁶⁸, isto é, sem as garantias adequadas, o agente privado não terá interesse em efetuar os investimentos necessários. No entanto, esse aspecto das parcerias enfrenta alguns problemas característicos da realidade brasileira.

Ocorre que é de conhecimento público a morosidade dos litígios que tenham a Fazenda Pública como ré o que é agravado pela demora no trânsito em julgado da sentença condenatória da Administração Pública.

Ademais, o artigo 100⁶⁹ da Constituição Federal estabelece que os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas, em virtude de sentença judiciária, serão feitos por meio do regime de precatório, em que esse crédito do particular só será incluído na lei orçamentária do exercício financeiro posterior.

Como consequência dessa previsão, esses créditos ainda que incluídos no orçamento não têm sido pagos no âmbito estadual e municipal, acarretando na ausência de efetividade das decisões judiciais condenatórias da Fazenda Pública.

Ante essa situação, “a assunção de obrigações por parte da Administração Pública desperta desconfiança dos investidores e se traduz em encargos financeiros muito elevados. Logo, os custos de empreendimentos indispensáveis à satisfação de necessidades coletivas são extremamente onerosos”⁷⁰.

A Lei nº 11.079/04 buscou solucionar esse cenário ao prever um sistema de garantias destinado a evitar o regime de pagamento por meio de precatório de sorte que os investidores particulares possam obter a efetiva liquidação de eventuais créditos de que disponham.

A estruturação de garantias a serem oferecidas e que sejam adequadas ao projeto de parceria é complexa, já que envolve financiadores, empresas seguradoras e Administração Pública.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 834.

⁶⁹ Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 835.

Como exemplo, no âmbito federal, pode-se citar a criação do Fundo Garantidor cujo regime é de direito privado e é o responsável em responder por possíveis créditos de concessionários.

Essa inovação no regime de garantias é considerada como surpreendente para JUSTEN FILHO que afirma que:

A instituição de garantias específicas e autônomas para a liquidação das obrigações assumidas pela Administração Pública não se evidencia como uma anomalia jurídica, ainda que seja algo chocante. No âmbito das obrigações assumidas por particulares, é usual a constituição de garantias jurídicas. Essas garantias podem ser reais ou pessoais. A última hipótese, inclusive, propiciou o desenvolvimento da teoria dualista da obrigação, a qual é reputada como compreendendo um aspecto de débito e outro de responsabilidade.

Essa questão é inesperada por ter sido necessária para o afastamento do regime de proteção e benefício em favor da Fazenda Pública, bem como pela falta de credibilidade adquirida pelo setor público em face de potenciais investidores particulares.

2.7. Da licitação

A Lei nº 11.079/04 prevê em seu artigo 10º que a contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, condicionando a abertura desse processo licitatório aos seguintes incisos do referido artigo:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

- a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;
- b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e
- c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da

Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

Como os contratos de parceria envolvem a execução de obras e a prestação de serviços públicos, faz-se necessário a realização do procedimento de licitação pública o que assegura igualdade de condições a todos os concorrentes como preceitua o artigo 37⁷¹, XXI da Constituição Federal.

O processo de licitação para os contratos de parcerias é regulado pela Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 8.987/1995, sendo complementado pela Lei nº 11.079/2004 diante das peculiaridades dos objetos da contratação no regime de parcerias público-privadas.

⁷¹ Art. 37. 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 e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

As concessões no regime de parcerias deverão ser licitadas na modalidade de concorrência e sua abertura fica condicionada à autorização da autoridade competente. A Lei das Parcerias indica como as autoridades responsáveis pela autorização de abertura de licitação: Ministérios e agências reguladoras da respectiva área de competência do projeto.

Posteriormente, o órgão gestor irá autorizar essa contratação que deverá ser antecedida de estudo técnico atualizado sobre a conveniência e a oportunidade da contratação (justificando a opção da contratação no regime de parcerias) e o cumprimento de disposições da Lei da Responsabilidade Fiscal durante a vigência do contrato.

Poderão ser adotados na licitação para a contratação de parcerias, os seguintes critérios de julgamento previstos na Lei nº 8.987/1995: o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado e a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica. Além dos critérios listados, poderá ser adotado o de menor valor da contraprestação ou ainda o da ponderação deste com o de melhor técnica.

No procedimento de licitação, o exame prévio das propostas técnicas, antes do julgamento, poderá ser realizado apenas para fins de qualificação.

O edital poderá ainda definir que as propostas econômicas escritas serão seguidas de lances presenciais, na ordem inversa da classificação das propostas escritas, os quais poderão ser restritos aos licitantes cujas propostas escritas não ultrapassem de 20% o valor da melhor delas, objetivando o estímulo da disputa.

Outra previsão do edital poderá ser a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, com a adjudicação do objeto ao primeiro licitante habilitado, observada a ordem de classificação das propostas econômicas.

A Lei nº 11.079/04 inova ao dispor que o edital do certame para a contratação de parcerias público-privadas poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.

Diante dessa previsão, o controle deve atentar para que essa possibilidade, vantajosa a princípio, não gere abusos ou manipulações de propostas, prejudicando o procedimento e colocando o certame em dúvida.

Embora a Lei das Parcerias⁷² condicione a contratação da parceria público-privada à demonstração das razões de conveniência e oportunidade, a abertura do processo licitatório não configura ato discricionário, já que os critérios que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada devem ser objetivos, devendo ser apontados os riscos caso as obras não sejam realizadas, bem como a falta de recursos públicos para realizar a operação.

A lei⁷³ determina a submissão das minutas de edital e de contrato à audiência pública, prevendo sua publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, bem como fixa o prazo mínimo de trinta dias para o recebimento de sugestões, visando dar efetividade ao princípio da publicidade e sendo um instrumento útil de controle social.

A Administração Pública deverá providenciar a licença ambiental prévia ou a expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento sempre que o objeto do contrato o exigir.

Como possibilidade de solução de conflitos, a lei prevê a possibilidade do uso da arbitragem ou de outros mecanismos privados de resolução de disputas, a exemplo da conciliação ou da mediação.

⁷² Lei nº 11.079/04: Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

⁷³ Lei nº 11.079/04: Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital;

Sendo esses os principais aspectos que devem ser observados pelo poder concedente para a realização do certame para a contratação de parcerias público-privadas.

2.8. Das cláusulas essenciais

No tocante aos contratos, as cláusulas contratuais da parceria público-privada deverão atender a dois grupos de cláusulas essenciais cuja ausência poderá ocasionar a nulidade do contrato e, por conseguinte, com a sua validade. Esses grupos de cláusulas essenciais são as previstas no art. 23⁷⁴, da Lei das Concessões e no art. 5^o⁷⁵, da Lei das Parcerias.

⁷⁴ Lei nº 8.987/95: Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

- I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;
- II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
- III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;
- V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;
- VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;
- VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;
- VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;
- IX - aos casos de extinção da concessão;
- X - aos bens reversíveis;
- XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;
- XII - às condições para prorrogação do contrato;
- XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;
- XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e
- XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente:

- I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e
- II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

⁷⁵ Lei nº 11.079/04: Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

- I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;
- II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;
- III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;
- IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;
- V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;
- VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;
- VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;
- VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

O primeiro grupo é o elencado na Lei das Concessões que abrange quinze cláusulas agrupadas por CARVALHO FILHO⁷⁶ em cinco categorias:

A primeira consiste nas cláusulas relativas ao serviço, que são as que definem o modo, a forma e condições de prestação do serviço, bem como as que fixam os critérios de sua avaliação; as que indicam o objeto, a área e o prazo da concessão; e as que fixam o preço e os critérios de reajuste.

A segunda categoria é a das cláusulas relativas aos direitos e obrigações, ou seja, aquelas que definem os direitos e obrigações do concedente, do concessionário e dos usuários.

Uma terceira categoria é a das cláusulas de prestação de contas, aquelas que impõem ao concessionário prestar contas ao concedente e que lhe exigem a publicação de demonstrações financeiras periódicas.

A quarta consiste nas cláusulas de fiscalização, pelas quais o concedente acompanha a execução do serviço pelo concessionário e, quando for o caso, aplica-lhe as devidas sanções.

E a última corresponde às cláusulas relativas ao fim da concessão, que são as que preveem os casos de extinção, os bens reversíveis, o cálculo indenizatório, as condições de prorrogação do contrato e as que definem o foro para divergências contratuais.

É certo que a Lei nº 8.987/95 mencionou expressamente dentre as cláusulas essenciais às relativas ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais

O segundo grupo das cláusulas essenciais disposto na Lei das Parcerias são as cláusulas essenciais adicionais.

IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

XI - o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificada a hipótese do § 2o do art. 6o desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

§ 1º As cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de 15 (quinze) dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas nesta Lei ou no contrato para a rejeição da atualização.

§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

I - os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle ou a administração temporária da sociedade de propósito específico aos seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015)

II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;

III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

⁷⁶ CARVALHO FILHO, José do Santos. *op. cit.*, p. 415/416.

O segundo grupo das cláusulas essenciais disposto na Lei das Parcerias são as cláusulas essenciais adicionais como a previsão da repartição de riscos entre concedente e concessionária, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

O prazo de vigência contratual será fixado pela Administração Pública, devendo ser compatível com a amortização dos investimentos efetuados. Contudo, consoante o disposto no art. 5º, I, esse prazo não poderá ser inferior a cinco anos, nem superior a trinta e cinco anos. Mesmo em caso de prorrogação do contrato, esse limite deverá ser observado.

São também obrigatórias as cláusulas que prevejam as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais, bem como os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação de serviços. A própria Lei das Parcerias dispõe que se a atualização for baseada em índices e fórmulas matemáticas, essa será feita sem a necessidade de homologação da Administração que só poderá rejeitar essa atualização automática caso apresente suas razões fundamentadas na imprensa oficial em até quinze dias.

A lei prevê ainda como cláusulas essenciais a fixação de penalidades aplicáveis ao setor público e ao investidor privado de forma proporcional à gravidade da falta cometida; a definição de fatos caracterizadores da inadimplência pecuniária da Administração Pública; definição dos critérios objetivos para avaliar o desempenho do investidor privado; as garantias de execução do contrato pelo parceiro privado; o compartilhamento entre o concedente e a concessionária dos ganhos econômicos se houver redução do risco de crédito dos financiamentos obtidos pela concessionária; e a realização de vistorias pelo setor público dos bens utilizados pelo parceiro privado.

A Lei nº 12.776/12 incluiu dentre as cláusulas essenciais que se houver previsão do aporte de recursos em favor do investidor privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, na forma do art. 18, X e XI, da Lei nº 8.987/95, o contrato deverá conter cronograma e marcos para o repasse desse financiamento.

Além dessas cláusulas obrigatórias, a Lei das Parcerias admite que os contratos poderão prever cláusulas adicionais cuja ausência não implica a nulidade da concessão, mas acréscimo

dessas cláusulas não essenciais depende da avaliação de conveniência a cargo da entidade concedente. Essas cláusulas estão previstas no artigo 5º, parágrafo 2º da referida lei:

§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

I - os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle ou a administração temporária da sociedade de propósito específico aos seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015)

II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;

III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

A lei prevê ainda em seu artigo, 2º, parágrafo 4º⁷⁷ situações que constituem vedações à contratação de parceria público-privada e que representam verdadeiros pressupostos negativos dos contratos, já que sua previsão implica na invalidação do contrato.

A primeira vedação diz respeito ao valor do contrato que deverá ser superior a vinte milhões de reais. Ora, se o objeto contratual envolver valor inferior a esse montante, deverá ser celebrado contrato de obra ou de serviço ou contrato de concessão comum.

A segunda vedação relaciona-se ao período da prestação contratual que deverá ter cinco anos como prazo mínimo.

Quanto ao objeto do contrato, é vedado o contrato de parceria que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

⁷⁷ Art. 2º, § 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.

2.9. Benefícios e desvantagens das parcerias

Analisado o instituto das parcerias público-privadas, é importante investigar os benefícios e as desvantagens da adoção da parceria pela perspectiva do poder concedente e da concessionária.

2.9.1. Benefícios

É importante examinar os possíveis benefícios para verificarmos se as parcerias podem ser uma solução viável para a retomada de crescimento do país e para melhorar a prestação de serviço.

O instituto da parceria inova por ser um modelo de contrato seguro e confiável para o parceiro privado que financiará a execução da obra, enquanto o parceiro público concederá uma garantia correspondente à liquidação da dívida⁷⁸.

A Lei das Parcerias inclusive trouxe dispositivos que concedem garantias e retorno do investimento à iniciativa privada ao prever formas de garantir que o poder concedente efetue o pagamento da contraprestação devido mesmo na hipótese de haver algum tipo de impedimento.

Dentre essas formas, cita-se a utilização do Fundo Garantidor de Parceria Público-Privada (FGP) ou a instituição de um, ao qual a iniciativa privada poderá recorrer em caso de inadimplência do Estado. Outra alternativa é a da contratação de um seguro garantia pelo agente privado o que certificará que a contraprestação ocorra mesmo no caso de inadimplência do setor público.

Outro benefício é a possibilidade de investimento do setor público no objeto da contratação. É uma inovação atrativa para o investidor particular, pois, na concessão, sua remuneração advém da prestação de serviço.

⁷⁸ JUSTEN FILHO. Marçal, *op. cit.*, p. 836.

A Lei das Parcerias possibilitou ainda que a Administração Pública arcasse com até 70%⁷⁹ da remuneração do parceiro nas concessões patrocinadas e 100% nas concessões administrativas.

Sendo assim, a Lei nº 11.079/04 garantiu o pagamento da contraprestação pecuniária à iniciativa privada, bem como trouxe mecanismos que garantem o financiamento pelo parceiro privado para a execução do objeto contratual.

Tais mecanismos são: a transferência do controle da sociedade prestadora de serviço ao financiador, independentemente de atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço como é previsto nas concessões comuns; a legitimidade da entidade financiadora em receber indenização caso o contrato seja extinto antecipadamente; e a possibilidade dos financiadores receberem os pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais.

Além do fundo garantidor, as garantias prestadas pela Administração Pública poderão ser efetuadas por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Público, por empresa estatal criada para essa finalidade.

Cabe destacar também que outro incentivo para adoção das parcerias é a repartição de riscos entre o poder concedente e a concessionária como uma maneira de tornar o projeto financeiramente viável.

Essas garantias e incentivos asseguram que o agente privado tenha maior segurança ao investir no projeto, já que não terá que arcar sozinho com os prejuízos se a parceria fracassar, bem como receberá uma remuneração da Administração Pública.

Quanto ao parceiro público, as parcerias são benéficas por atraírem um número maior de investimentos em infraestrutura o que implica em uma redução dos investimentos diretos pelo Estado.

⁷⁹ Podendo ser um percentual maior se o Poder Legislativo autorizar. Vide Lei nº 11.079/04: art. 10, § 3º As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.

O poder concedente não tem participação nesse investimento inicial, já que o agente privado é o responsável pela execução da obra e só poder receber qualquer tipo de contraprestação após a conclusão da obra.

Sendo assim, as parcerias demandam do Estado uma redução no valor investido, já que o pagamento será efetuado em parcelas mensais no período posterior à conclusão da obra que precede a execução do serviço.

Considerando o momento em que o investidor privado recebe a contraprestação pecuniária, o agente privado terá interesse em concluir a obra e iniciar a prestação do serviço de forma mais rápida possível.

Sendo o responsável pela obra o maior interessado em sua conclusão, é provável que o prazo para sua conclusão e início da prestação do serviço seja respeitado ou até mesmo reduzido.

Quanto ao desempenho na prestação do serviço, o parceiro privado tem interesse em praticar a tarefa da melhor forma possível, já que a sua remuneração está vinculada a esse desempenho.

No tocante à divisão de riscos, o compartilhamento beneficia tanto o agente privado como anteriormente explicado quanto o parceiro público, já que mesmo em prejuízos ocasionados pelo próprio Estado (fato do príncipe)⁸⁰, esses serão partilhados igualmente entre ambas as partes do contrato.

Para o administrado, essas facilidades aumentar a opção de serviços que poderão ser objetos da parceria público-privada, já que há a possibilidade de dividir os custos de investimentos com o agente privado em vez de arcar com todo o ônus.

⁸⁰ Como já explanado, apesar do art. 5, III, da Lei nº 11.079/04 prever expressamente a repartição de riscos inclusive no fato do príncipe, uma parte da doutrina entende que isso não é aplicável por afrontar ao previsto no artigo 186 do Código Civil e no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal.

2.9.2. Desvantagens

Como já mencionado, o parceiro privado tem como ônus a responsabilidade de bancar a realização da obra antes de receber qualquer tipo de contraprestação pecuniária. Diante disso, a concessionária se vê obrigada a buscar um financiador, já que muitas vezes é inviável bancar custear as obras da parceria que tem como valor mínimo 20 milhões de reais.

Por outro lado, para o parceiro público, a situação narrada é uma vantagem, pois só precisará efetuar o pagamento quando já tiver começado a prestação do serviço.

Outro risco por parte da concessionária é a de não conseguir provisionar a demanda do serviço prestado, podendo gerar prejuízo, já que quanto menor a demanda pelo serviço, menos dinheiro é arrecado o que implica em uma menor rentabilidade do empreendimento.

Destaca-se também que os objetos das parcerias envolvem obras grandiosas que exigem um valor alto de investimento. Assim, esses projetos exigem prazos ampliados de elaboração, planejamento, implantação e operação.

A dilação de prazos mencionada se opõe a expectativa de que a parcerias seria a solução mais rápida para os problemas estruturais como a má prestação de serviços públicos enfrentados no Brasil.

3. AS PARCERIAS NA EDUCAÇÃO

Uma educação pública, acessível e de qualidade é um direito garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁸¹ e pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1990⁸².

No Brasil, a Constituição Federal reconhece que a educação é direito social e prevê que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar o acesso a esse direito social⁸³.

A educação é indispensável para o desenvolvimento acadêmico, pessoal e profissional da população e a própria Nações Unidas prevê como objetivo em sua Agenda para o Desenvolvimento Sustentável “assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todas e todos”⁸⁴.

⁸¹ Artigo 26

1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.

2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.

3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos.

⁸² Artigo 28

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:

- tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos;
- estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;
- tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados;
- tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;
- adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar.

2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança e em conformidade com a presente convenção.

3. Os Estados Partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando a contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento.

⁸³ CRFB/88: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

⁸⁴ Objetivo 4, Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) afirma que a educação é um direito fundamental e essencial para o exercício de outros direitos.

Contudo, muitas pessoas não têm acesso a esse direito e permanecem sem aprender o básico coordenar suas vidas. A UNESCO tem como responsabilidade a de defender o direito de toda criança ou adulto, independentemente do gênero, a ter educação de qualidade.

Como forma de concretizar esse objetivo, a UNESCO auxilia os países membros a atingir as metas de educação para todos ao promover o acesso e a qualidade da educação em todos os níveis por meio do desenvolvimento de ações direcionadas ao fortalecimento das capacidades. Esse objetivo se justifica pela relevância da educação como valor estratégico para o desenvolvimento social e econômico dos países⁸⁵.

Em suma, depreende-se que a educação pode gerar significativas vantagens à população, ao ajudar na formação de cidadãos críticos e conscientes de direitos, bem como permitir uma melhor formação profissional, aumentando as oportunidades de trabalho.

O governo vem avançando no investimento destinado à educação, tendo um aumento crescente nos últimos anos. Em 2016, o Estado investiu o equivalente a 5,2% do PIB brasileiro, sendo 16,1% do gasto público⁸⁶.

No entanto, apesar desse valor ser superior ao gasto por países considerados como desenvolvidos (Estados Unidos, Alemanha e França)⁸⁷, os altos investimentos não têm trazidos resultados esperados, isto é, um alto nível educacional no país ainda não foi alcançado. Ora, mais do que um aumento de gastos, esse dinheiro deve ser destinado de forma consciente.

⁸⁵ UNESCO Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/agencia/unesco/>>.

⁸⁶ OECD. Education at a Glance 2016. Disponível em <<http://www.oecd.org/education/education-at-a-glance-19991487.htm>>. Acesso em Jun. 2017.

⁸⁷ *Idem*.

Outro dado importante na área de educação no Brasil é a diferença de resultados entre as escolas públicas e as escolas privadas o que é observado ao comparar os resultados obtidos por meio do Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB).

O IDEB é o principal indicador da qualidade da educação básica no país e demonstra que apesar do aumento desse índice, o resultado das escolas públicas e privadas ainda é bem divergente, tendo sido 5,3 e 6,8, respectivamente na medição da educação básica⁸⁸.

No entanto, quando se confronta a quantidade de alunos matriculados em escolas públicas e em escolas privadas, verifica-se que são as escolas públicas responsáveis pela educação da maioria dos alunos⁸⁹ de modo que o governo ainda é o maior responsável em prover a educação no país.

Nesse contexto, como uma melhor forma de se gerir de forma mais eficiente os serviços ligados à educação, busca-se delegar a prestação de serviços não pedagógicos relacionada ao sistema educacional à iniciativa privada (manutenção, financiamento e operação das unidades educacionais) por meio das parcerias público-privadas.

3.1. Exposição do caso concreto: Escolas municipais em Belo Horizonte

Um exemplo de parceira público-privada na área de educação é o projeto da empresa Inova BH. Em 2011, a IFC (*International Finance Corporation*) auxiliou a Prefeitura de Belo Horizonte na estruturação da primeira parceria público-privada de educação no Brasil.

Antes de adentrar no projeto de parceria, é importante explicar o contexto da cidade mineira que possibilitou a difusão da parceria público-privada no setor educacional.

Em 2009, foi elaborado o Plano Estratégico de Belo Horizonte 2030 cujos objetivos eram o de proporcionar maior eficácia à gestão pública e o de possibilitar uma projeção futura da cidade. Com a colaboração de especialistas, pesquisadores, gestores públicos e privados,

⁸⁸ QEdu.org.br. Dados do Ideb/Inep (2015).

⁸⁹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. SINOPESE ESTATÍSTICA DA EDUCAÇÃO BÁSICA 2016. Brasil, Inep 2017. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/sinopses-estatisticas-da-educacao-basica>>. Acesso em Jun. 2017.

lideranças políticas, empresarias e sociais, consolidou-se dois níveis de planejamento estratégico para a cidade: o de médio prazo e o de longo prazo.

No planejamento de médio prazo, a Prefeitura traçou metas abrangendo doze áreas de resultados e quarentas projetos sustentadores, visando uma maior eficácia nas ações, políticas urbanas e sociais e em seus serviços prestados. O planejamento de longo prazo visa objetivos de 20 anos, buscando definir e estabelecer indicadores e objetivos para a cidade de 2030.

A educação é uma das áreas de resultado desse Plano Estratégico, pois, segundo a Prefeitura⁹⁰:

As oportunidades de desenvolvimento das cidades dependerão, progressivamente, do nível do seu capital humano, expresso pelo nível de escolaridade de seus habitantes e pela qualidade do sistema de ensino a que têm acesso. Isso porque, no século 21, o conhecimento e a educação serão determinantes em várias dimensões do desenvolvimento, contribuindo para a qualidade de vida, para a eficiência e a capacidade de inovação do setor produtivo, para o uso racional dos recursos naturais e para o bom desempenho das instituições.

Por isso, a promoção de um salto na qualidade da educação e na escolaridade dos belo-horizontinos é elemento central da Estratégia de Desenvolvimento da cidade. Para a sua concretização, os principais desafios de médio prazo são: ampliar o acesso à educação básica e melhorar a qualidade de aprendizagem, com ênfase na qualificação dos professores, em políticas voltadas para o ensino médio na rede pública e no aumento da capacidade de gestão nas escolas.

Como fundamentos desse Plano Estratégico, podemos citar que o Município vislumbrou que um sistema educacional forte seria necessário para melhorar a competitividade da força de trabalho em uma região – como Belo Horizonte – em desenvolvimento. Ademais, o Município não tinha vagas suficientes em suas escolas com muitas crianças ficando em listas de espera e a população demandava pela melhoria no setor educacional.

O projeto disposto nesse Plano para a melhoria na educação da cidade consistia na construção de Unidades Municipais de Educação Infantil (UMIEs) e de Escolas Integradas

⁹⁰ Plano Estratégico de Belo Horizonte 2030. Disponível em <https://bhmetaseresultados.pbh.gov.br/sites/all/themes/metaspdf/planejamento_2030.pdf>. Acesso em Jun. 2017.

para estudantes do ensino fundamental a fim de expandir o ensino infantil e da escola integrada da cidade.

Inicialmente, o Município apontou a IFC como principal conselheira para investigar uma maneira de como a iniciativa privada poderia ajudar no desenvolvimento da educação básica em Belo Horizonte e que tipo de mecanismo poderia ser utilizado. Depois desse estudo, a IFC recomendou que o Município firmasse um contrato de parceria público-privada para enfrentar a falta de escolas de educação infantil e as escolas de ensino fundamental.

Como esse tipo de projeto nunca tinha sido usado no Brasil no setor educacional, a IFC se baseou em projetos de outros países para desenvolver um modelo detalhado, demonstrando como a parceria poderia ajudar a alcançar os objetivos do Município.

Os consultores especializados desenvolveram respostas às questões financeiras, técnicas e legais levadas por possíveis interessados. Essas respostas ficaram disponíveis para o público e potenciais investidores. A partir daí, a IFC ajudou a redigir os documentos, organizar a audiências e gerenciar o procedimento de licitação.

O modelo de parceria foi adotado, pois o setor público não tinha recursos para investir na construção de novas escolas de modo que esse modelo de gestão surge como uma alternativa para enfrentar essa limitação do poder público ao garantir a construção de institutos educacionais.

Após a publicação da Lei Municipal nº 11.377/12 que autorizou a delegação de obras e serviços não pedagógicos relacionados à Rede Municipal de Educação, por meio da parceria público-privada na modalidade de concessão administrativa, ocorreu o regular procedimento licitatório em que foi selecionado o Consórcio Educar formado pelas empresas Construtora Noberto Odebrecht Brasil S/A e Odebrecht Participações e Investimentos S/A⁹¹ que constituíram a concessionária Inova BH.

⁹¹ Participaram do procedimento licitatório para a realização de obras e serviços de engenharia e prestação de serviços de apoio, não pedagógicos, a Unidades de Ensino da Rede Municipal de Educação Básica do Município de Belo Horizonte: o Consórcio Educar e a Construtora Andrade Gutierrez S.A. Tendo em vista o critério de julgamento do menor valor máximo da contraprestação, a proposta vencedora foi a do Consórcio Educar no valor de R\$ 3.246.000,00 contra o valor de R\$ 3.250.000,00 apresentado pela Construtora Andrade Gutierrez S.A.

O edital de licitação dispôs que a contraprestação mensal máxima por parte do poder concedente seria o montante de R\$ 3.250.000,00 durante a vigência do contrato. Após a apresentação das propostas comerciais, o consórcio da Odebrecht foi o vencedor ao oferecer o menor valor máximo mensal na licitação.

Posteriormente, foi firmado o contrato de parceria entre o Município de Belo Horizonte e a Inova BH pelo período de vinte anos. O objeto desse contrato é a delegação, por meio de concessão administrativa, das obras e serviços não pedagógicos das unidades de ensino.

Passando para o exame do contrato, esse se caracteriza por ter como finalidade o financiamento, a construção e a operação de serviços não pedagógicos, incluindo a execução por parte das concessionárias das seguintes atividades: obra civil, serviços administrativos, segurança, água, esgoto, energia elétrica, infraestrutura de redes de dados, limpeza, lavanderia, manutenção e conservação.

Determina ainda que as escolas deverão ser construídas em terrenos indicados pelo poder concedente e prevê que Município efetuará o pagamento de uma contraprestação mensal a concessionária.

No Anexo 5 do contrato, determina-se que o objeto da concessão compreende a construção de trinta e duas Unidades Municipais de Educação Infantil (UMEIs) e de cinco Escolas Municipais de Ensino Fundamental (EMEFs).

As UMEIs caracterizam-se por serem unidades municipais destinadas ao ensino de crianças até seis anos com a capacidade máxima de 440 alunos, já as EMEFs são unidades municipais destinadas ao ensino de crianças e adolescentes em idade de seis a quatorze anos com capacidade máxima de 960 alunos.

O contrato de concessão em seu anexo 6 dispõe ainda que a prestação dos serviços pela concessionária deverá observar o suporte aos seguintes programas da Rede Municipal

oferecidos pelas Escolas Municipais de Ensino Fundamental: Escola Integrada, Escola Aberta, Escola nas Férias e Educação de Jovens e Adultos.

A Escola Integrada é um programa multidisciplinar que atende aos alunos de seis a quatorze anos em horário extraclasse, com almoço servido na escola, alguns alunos tomam banho nas dependências escolares e as atividades desse programam envolvem aula de língua estrangeira, auxílio no dever de casa, prática de esportes, brincadeiras e oficinas.

A Escola Aberta é um programa que mantém as escolas abertas durante os finais de semana para atender aos alunos e à comunidade, objetivando a prevenção de acidentes, incidentes e violência. São desenvolvidas as atividades de lazer, esporte, formação e cultura.

Na Escola nas Férias, as instituições permanecem abertas nas terceiras e quartas semanas dos meses de janeiro e julho, para a realização de atividades de lazer, esportes e cultura.

Quanto ao programa de Educação de Jovens e Adultos, é uma modalidade de ensino com características próprias, para a população que teve interrompida sua trajetória escolar ou que nunca teve acesso ao direito de escolarização na idade apropriada.

Para a promoção desses programas, é garantida a concessionária a flexibilidade de meios e o direito de fornecer produtos e equipamentos de quaisquer fabricantes e modelos, desde que estes atendam às normas técnicas, à legislação vigente e aos requerimentos mínimos de desempenho e qualidade exigidos no contrato e seus anexos.

Por meio desse contrato de parceria, a Prefeitura buscava expandir o acesso à educação infantil em Belo Horizonte, conseguindo 18 mil novas vagas e criando novos trabalhos no setor de educação.

Esse projeto de parceria em Belo Horizonte foi considerado pela KPMG como um exemplo mundial de planejamento urbano face aos desafios associados ao rápido crescimento das cidades.

O contrato de parceria se tornou atrativo para o parceiro privado devido ao custo-benefício do projeto.

Ora, o poder concedente só teria que firmar um único contrato com a concessionária para promover o projeto, tendo que efetuar o pagamento de contraprestação, enquanto a concessionária seria a responsável por subcontratar – quando necessário – prestadores de serviços.

Dito isto, esse tipo de concessão seria mais simples do que a concessão de serviço público precedida de obra pública⁹², uma vez que o Município evitaria negociações contratuais com diferentes membros de consórcios (uma característica da concessão de obra pública), já que, nas parcerias, há apenas a figura da concessionária para se discutir aspectos relevantes relacionados à operação das escolas.

É importante destacar que o contrato das parcerias prevê que a remuneração mensal recebida pela concessionária pode variar dependendo da qualidade do serviço prestado pelo agente privado e da quantidade de unidades de ensino em operação.

Essa qualidade de serviço é verificada por meio de indicadores de desempenho compostos pelo índice de qualidade, índice de satisfação, índice de segurança e índice de entrega apresentados no Anexo 9 do contrato de parceria.

Sendo assim, a partir dessa análise contratual, verifica-se que o parceiro público transfere ao parceiro privado quase a totalidade de riscos operacionais, de execução das obras e econômico-financeiros, que representam a incerteza com a qual a Inova BH está disposta a lidar ao gerir o empreendimento. No entanto, é certo que tais riscos seriam os mesmos sobre os quais a concessionária já deveria se proteger contra caso estivesse tratando de escolas particulares.

⁹² A concessão de obra pública é “o contrato administrativo pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona”. v. DI PIETRO. Maria Sylvia. *op. cit.*, p. 340.

3.2. Obrigações da concessionária e do poder concedente

Analisada a adoção do sistema de parceria público-privada pela Prefeitura de Belo Horizonte como forma de ampliar a estrutura da rede municipal de educação, passamos ao estudo das obrigações dispostas pelas partes no contrato firmado entre a Prefeitura e a Inova BH do grupo da Odebrecht.

3.2.1. Da Inova BH

A concessionária tem como obrigação disponibilizar, durante a etapa das obras e de implantação e operacionalização das unidades de ensino, uma sala de projeto equipada com mobiliário de escritório para a condução da implantação e operacionalização dos serviços objeto da concessão por parte do poder concedente.

A Inova BH deverá apresentar previamente ao poder concedente, quando necessário, os projetos operacionais, relativos aos serviços que necessitam de investimentos mínimos ou de projeto específico para a sua operacionalização.

No decorrer da concessão, a concessionária deverá consultar e obter expressa autorização do poder concedente para realizar qualquer alteração ou inclusão de serviços à finalidade da concessão.

Deve ainda estruturar por meio de manuais, ou scripts de operação, os procedimentos operacionais padrão de todos os serviços, considerando os requerimentos mínimos do serviço a ser executado em quantidade, forma e qualidade suficientes para garantir a sua funcionalidade. Esses procedimentos serão previamente analisados e homologados pelo poder concedente.

Outra obrigação da concessionária é a de implantar, de forma adequada, as atividades planejadas, a execução e a supervisão permanente dos serviços;

A concessionária deverá ainda definir objetivos para diminuição ativa do impacto ambiental causado por sua operação, por meio de um sistema de gestão ambiental para acompanhamento da execução destes objetivos, com a definição de procedimentos que

permitam identificar, conhecer, administrar e controlar os resíduos gerados durante o fornecimento de produtos e serviços, divulgando, entre seu pessoal e a sociedade.

Caberá a concessionária a execução dos serviços gerais como o suporte à operação não pedagógica e controle patrimonial; operação de reprografia; gestão de riscos e seguros; e desempenhar o serviço de atendimento e suporte ao público interno das UNIDADES DE ENSINO, por meio de uma central de atendimento de chamados.

As unidades deverão respeitar as regulamentações do Ministério da Educação, da Associação Brasileira de Normas Técnicas e da Secretaria Municipal de Educação de Belo Horizonte.

3.2.2. Da Prefeitura de Belo Horizonte

O poder concedente tem como obrigação orientar e supervisionar a execução dos serviços; realizar a análise e indicar as alterações necessárias para a homologação dos procedimentos operacionais padrão elaborados e apresentados pela concessionária; acompanhar o trabalho desenvolvido pela concessionária na elaboração e especificação dos projetos complementares e suplementares necessários à implantação das unidades de ensino.

Deve também manter a concessionária informada acerca da programação dos serviços como os pedagógicos que ficaram a cargo do poder concedente; exercer a fiscalização dos serviços por representantes especialmente designados.

Comunicar por escrito qualquer falta ou deficiência, ou não conformidades na execução dos serviços, assim que identificados, para imediata correção pela concessionária.

Ter acesso a qualquer dia e hora às dependências usadas pela concessionária para fiscalização rotineira dos serviços, da higienização e das normas referentes à segurança do trabalho; Acompanhar e avaliar a execução dos serviços, propondo melhorias e correções quando aplicável;

Indicar a substituição de empregado que estiver trabalhando em desacordo com as regras estipuladas para o cargo e função ou não estiverem cumprindo as regras gerais de conduta das unidades de ensino;

Responsabilizar-se exclusivamente pelo acompanhamento e controle da conduta dos alunos nas unidades de ensino.

3.3. Impactos das parcerias na cidade mineira

Como informado, a parceria firmada em 2012 abrangia a construção de trinta e duas Unidades Municipais de Educação Infantil (UMEI) e de cinco Escolas Municipais de Ensino Fundamental (EMs) o que totalizava 37 unidades.

Em agosto de 2014, diante da rapidez e eficiência das construções das escolas, objeto do projeto de parceria, decidiu-se construir novas unidades de ensino para ampliar a capacidade de alunos atendidos de modo que foi feito um aditivo para se construir mais 14 unidades no mesmo modelo condicionado no contrato, permanecendo como obrigações da Inova BH os serviços não pedagógicos (limpeza, manutenção, portaria) e sob responsabilidade da Prefeitura os professores e o acompanhamento psicológico dos alunos.

Esse aditivo permitiu o oferecimento de seis mil novas vagas, bem como alterou o valor máximo da contraprestação mensal que passou a ser de R\$ 3.915.669,26.

Segundo dados da Secretaria de Educação da Prefeitura de Belo Horizonte⁹³, todas as unidades de ensino previstas no contrato inicial e no termo aditivo foram concluídas em 2015, concluindo o plano de obras da parceria público-privada na cidade.

Sendo assim, pode-se afirmar que o modelo da parceria conseguiu implementar uma maior quantidade de unidades educacionais em menos tempo do que as unidades construídas pelo modelo tradicional de licitação que era adotado antes de 2012.

⁹³ Expansão da Educação Infantil pela Secretaria Municipal de Educação de Belo Horizonte. Disponível em <<https://bhmetaseresultados.pbh.gov.br/content/expans%C3%A3o-da-educa%C3%A7%C3%A3o-infantil>>. Acesso em Jun. 2017.

Isso foi possível, pois o projeto da parceria englobou a construção de quarenta e quatro escolas em um único contrato em que o licitante vencedor tem a responsabilidade de elaborar o projeto para poder iniciar a execução da obra.

Diferente situação ocorria no modelo tradicional de construção, já que a Prefeitura iniciava diversos procedimentos licitatórios para a construção de unidades de ensino de forma individual.

Esse modelo de contratação propiciou uma expansão na construção de escolas com um proporcional aumento de vagas. Após essa conclusão, a concessionária passa a ser responsável pela manutenção do empreendimento durante a vigência do contrato. Assim, se por um lado, a execução da obra trouxe agilidade, por outro, esse período posterior, trouxe algumas críticas.

Inequívoco o entendimento de que a concessionária busca formas de intensificar seu lucro durante a parceria ao contratar terceirizados para os serviços de limpeza e segurança, bem como ao controlar o horário de funcionamento da escola para minimizar os gastos com energia e água.

Cabe destacar que ainda que a concessionária seja a responsável pelos aspectos não pedagógicos das escolas, tais aspectos podem prejudicar o objetivo social dessas unidades de ensino.

Ainda que a perspectiva do investidor privado seja a de lucro, é certo que se deve balancear as necessidades lucrativas da concessionária com os interesses do administrado por um ambiente propício para o desenvolvimento da educação básica.

Destarte, ainda que a parceria nessa área social tenha trazido resultados memoráveis em um curto espaço de tempo, ainda é passível de algumas discussões para a sua melhoria.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, analisou-se o instituto da parceria público-privada como uma alternativa para melhorar os índices educacionais brasileiros, tomando por base o estudo do caso concreto em Belo Horizonte que foi a cidade pioneira no país em utilizar a parceria público-privada no setor de educação. Antes de se estudar a parceria na cidade mineira, investigou-se esse instituto de concessão especial.

No Brasil, as iniciativas das parcerias público-privadas surgem como um novo modelo para contratação de serviços. Foi um resultado de uma deficiência na prestação de serviços públicos pela Administração Pública e tem como marco legal a edição da Lei nº 11.079/04.

O novo modelo de contratual surgiu como uma alternativa ao modelo de concessão comum ao inovar e permitir o compartilhamento de riscos, já que a concessão comum tem pouca atratividade para o investidor privado que não vislumbra lucro nesse modelo.

As parcerias têm se propagado pelo país devido à necessidade de aumento de investimentos em infraestrutura e as dificuldade na elaboração, no gerenciamento de execução de grandes projetos, de sorte que têm como objetivo lograr bons resultados na execução final desses projetos.

Esse modelo inovador para a prestação de serviços público é uma resposta às limitações impostas pelo endividamento, falta de recursos e crise fiscal do Estado brasileiro, já que os contratos de parceria possibilitam que o parceiro privado invista em projetos considerados não rentáveis.

As parcerias preveem o estabelecimento de contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (dependendo do desempenho desse último), o compartilhamento de riscos, dentre outras vantagens, propiciando a participação do agente privado no desenvolvimento nacional.

Inequívoco que como consequência, o Estado deixa de ser o único responsável pela realização de serviços, já que, nas parcerias, a iniciativa privada passa a cumular essa responsabilidade com o parceiro público.

Portanto, a criação das parcerias público-privadas modificou a relação contratual entre a Administração Pública e a iniciativa privada, já que diferentemente dos contratos padronizados em que o particular executa os serviços definidos pelo Estado, é pactuado que o parceiro privado irá construir o empreendimento para utilizá-lo durante o contrato. O investimento privado é amortizado por meio da contraprestação pecuniária feita pelo parceiro público, sendo que essa remuneração do parceiro público só é iniciada após o término das obras e início da prestação de serviços.

É certo que as parcerias oferecem uma forma de contratação que viabiliza a construção e gestão concessionada de serviços tradicionalmente montados e geridos pelo Estado.

No Brasil, a ideia da parceria público-privada associada à educação ainda é considerada inovadora. No entanto, a partir da experiência mineira, ficou evidenciado que se os contratos forem respeitados, o modelo de parceria pode possibilitar uma maior eficiência dos serviços públicos no país. Essa nova modalidade de concessão de serviço público pode garantir a prestação de serviços públicos e a construção de obras que não seriam realizadas pelo Estado por falta de investimentos.

É factível a adoção das parcerias no setor de educação devido ao reconhecimento estatal em expandir o acesso à educação de qualidade por meio do setor privado, à duração do contrato; ao sistema de remuneração do parceiro privado estar atrelado ao índice de seu desempenho.

No entanto, esse modelo de contratação não é resguardado de críticas, sendo importante zelar para que a busca pelo lucro por parte do investidor privado não prejudique os objetivos sociais desse tipo de contratação.

Ainda que a concessionária só fique responsável pelos aspectos não pedagógicos das escolas, essas obrigações podem atingir o objetivo social e prejudicar a formação social dos alunos.

Enfim, essa experiência demonstra que se o contrato for bem estruturado, o modelo das parcerias tem grande potencial para ajudar a aumentar o nível de aprendizado do sistema educacional no Brasil.

REFERÊNCIAS

Doutrina

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A Evolução da Proteção do Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Concessões de Serviços Públicos e nas PPPs**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, ago. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10644/9637>>. Acesso em: Jun. 2017;

_____. **As Parcerias Público-Privadas – PPP's no Direito Positivo Brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em Mai 2017;

_____. **Direito dos serviços públicos**, 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015;

BINENBOJM, Gustavo. **As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 241, p. 159-176, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43332/44672>>. Acesso em: Jun. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v241.2005.43332>.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Lua Nova [online]. 1998, n.45, pp.49-95. ISSN 0102-6445. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451998000300004>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016;

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015;

_____. **Parcerias na Administração Pública**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015;

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Direito Administrativo Didático**. Rio de Janeiro: Forense, 1985;

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. **Iniciação à pesquisa no direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009;

JUSTEN, Monica Spezia. **A Noção de Serviço Público no Direito Europeu**. São Paulo: Dialética, 2003;

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;

_____. **Avaliação Geral Sobre as Parcerias Público-Privadas in Parcerias Público-Privadas – Um Enfoque Multidisciplinar**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

KALIL, Marcus Vinicius Alcântara. **Estado Subsidiário, Privatizações e Parcerias Público-Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014;

QUEIROZ, Cesar *et al.* **An overview of the Brazilian PPP experience from a stakeholders' viewpoint**. Inter-American Development Bank Technical Note No.IDB-TN641;

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira (Coord.). **Parcerias público-privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011;

Documentos

Contrato, Anexos e Aditivo - PPP Educação. Disponível em < http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=acessoinformacao&tax=38335&lang=pt_BR&pg=10125&taxp=0&>. Acesso em Jun. 2017;

Dados do Ideb/Inep de 2015. Disponível em < QEdU.org.br>. Acesso em Jun. 2017;

Educação para o século XXI. Disponível em < <http://educacaoec21.org.br/>>. Acesso em Jun. 2017;

IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2007/2015, 2015;

IFC. Public-Private Partnership Stories, Brazil: Belo Horizonte Schools. Publicação da International Finance Corporation, 2012;

INOVA BH. Novas Escolas em Belo Horizonte. Disponível em <<http://www.inovabh.com.br/>>. Acesso em Jun. 2017;

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. Sinopse Estatística da Educação Básica 2016. Brasil, Inep 2017. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/sinopses-estatisticas-da-educacao-basica>>. Acesso em Jun. 2017;

KPMG. Infrastructure 100: world cities, 2012. Disponível em <<http://www.mundopm.com.br/noticias/Infrastructure-100-world-cities-2012.pdf>> Acesso em Jun. 2017;

MEC. Relatório Educação para Todos no Brasil 2000-2015. Publicação do Ministério da Educação, 2014. Acesso em Jun. 2017;

OECD. Education at a Glance 2016. Disponível em <<http://www.oecd.org/education/education-at-a-glance-19991487.htm>>. Acesso em Jun. 2017;

ONU. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, 2015. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/pos2015/>>. Acesso em Jun. 2017;

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. Expansão da Educação Infantil. Disponível em <<https://bhmetaseresultados.pbh.gov.br/content/expans%C3%A3o-da-educa%C3%A7%C3%A3o-infantil>>. Acesso em Jun. 2017;

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. Plano Estratégico de Belo Horizonte 2030. Disponível em <https://bhmetaseresultados.pbh.gov.br/sites/all/themes/metaspdf/planejamento_2030.pdf>. Acesso em Jun. 2017;

UNESCO. Education for all 2000-2015: **Achievements and Challenges**. Publicação da Organização das Nações Unidas para a Educação, 2015. Acesso em Jun. 2017;

Legislação

BELO HORIZONTE. **Lei Municipal nº 10.377 de 2012** Disponível em <<https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-legislacao/lei/10377/2012>>;

BRASIL. **Carta de encaminhamento do PL 2546/2003 ao Congresso Nacional**. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=182910&filename=Tramitacao-PL+2546/2003>;

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>;

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>;

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>;

_____. **Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>.