

EIXO 3 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

D 3.3 – Fundamentos do Direito Público (20h)

Professor : Rodrigo Pagani de Souza

29 e 30 de setembro, 01, 05, 06 e 07 de outubro de 2011

Novos arranjos contratuais na Administração Pública

Três “frentes” de parcerias do Estado

1. Parcerias do Estado com o setor privado

- CF, arts. 175 e 37, XXI
- Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (n. 8.666/93)
- Lei Geral de Concessões (n. 8.987/95)
- Lei das Parcerias Público-Privadas (n. 11.079/2004)
- Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (n. 12.462/2011)

2. Parcerias do Estado com o setor público-estatal

- CF, arts. 241 e 23, parágrafo único
- Lei dos Consórcios Públicos (n. 11.107/2005)
- Normas sobre convênios (Lei 8.666/93, art. 116; Decretos 6.170/2007 e 5.504/2005; e Portaria Interministerial 127/2008)

Três “frentes” de parcerias do Estado (cont.)

3. Parcerias do Estado com o setor público não-estatal

- CF, art. 199, §§ 1º (participação preferencial de entidades filantrópicas e sem fins lucrativos no SUS) e 2º (vedação de subvenções a instituições privadas de saúde)
- Convênio e contrato de repasse (Lei 8.666/93, art. 116; Decreto 6.170/2007; e Portaria Interministerial 127/2008)
- Termo de parceria com OSCIP (Lei 9.790/99; Decreto 3.100/99; e Portaria MJ 361/99)
- Contrato de gestão com OS (Lei 9.637/98)

1. Parcerias do Estado com o setor privado

Contratos administrativos

- ✓ Competência para legislar a respeito: da União para estabelecer *normas gerais*. CF, art. 22, XXVII:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as suas 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;”

Contratos administrativos (cont.)

- ✓ Conceito legal: “...considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada” (Lei 8.666/93, art. 2º, parágrafo único)
- ✓ Necessariamente precedidos de licitação, salvo hipóteses de dispensa e inexigibilidade (CF, arts. 37, XXI; Lei 8.666/93, art. 2º, *caput* c/c arts. 24 e 25)
 - Licitação que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (CF, art. 37, XXI)
 - Licitação que envolva exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações (CF, art. 37, XXI)

Contratos administrativos (cont.)

- Prerrogativas da Administração Pública nos contratos administrativos (as chamadas *cláusulas exorbitantes*):
 - Modificação unilateral;
 - Rescisão unilateral;
 - Fiscalização da sua execução;
 - Aplicação de sanção por inexecução total ou parcial;
 - Ocupação provisória de bens para apuração de faltas pelo contratado, na hipótese de serviços essenciais
- Proteção ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato:
 - Manter a relação entre *encargos e remuneração* do concessionário inicialmente pactuada

Questão

- O fato de a Administração Pública ser uma das partes no contrato significa que, necessariamente, se tenha um contrato regido pelo Direito Público?

Lei 8.666/93, art. 62, 3º

- Contratos regidos parcialmente pelo Direito Privado:

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

- I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;
- II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

Concessão de serviços públicos

- ✓ Relação sujeita ao regime especial de direito público aplicável aos contratos administrativos
- ✓ Relação que envolve prerrogativas da Administração concedente
- ✓ Relação que envolve direito do concessionário ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato
- ✓ Relação de longo prazo (determinado)
- ✓ Relação apenas parcialmente disciplinada pelo contrato
- ✓ Sempre celebrada mediante licitação pública (CF, art. 175)

Concessões e suas modalidades

✓ **Concessão comum:**

- é a concessão de serviços públicos no regime da Lei 8.987/95

✓ **Concessão patrocinada** (v. Lei 11.079/2004, art. 2º, § 1º):

- Objeto: serviços públicos econômicos
- Remuneração: tarifa dos usuários + contraprestação pecuniária do Poder Público
- Exploração do serviço não é suficiente para remunerar o concessionário

✓ **Concessão administrativa** (v. Lei 11.079/2004, art. 2º, § 2º):

- Objeto: serviços públicos em sentido amplo
- É um contrato de prestação de serviços
- No qual a Administração Pública é usuária dos serviços
- Remuneração: contraprestação pecuniária do Poder Público (sem pagamentos pelos cidadãos-usuários)

Parceria público-privada em sentido estrito (concessão nas modalidades patrocinada ou administrativa)

- ✓ É o contrato administrativo de concessão (Lei 8.987/95), nas **modalidades patrocinada ou administrativa** (Lei 11.079/2004, art. 2º, *caput*)
- ✓ **Longa duração** (5 a 35 anos)
- ✓ Valor do contrato deve ser **igual ou superior a R\$ 20 milhões**
- ✓ **Repartição objetiva de riscos** entre as partes
- ✓ **Remuneração por desempenho** do parceiro privado, avaliado segundo critérios objetivos
- ✓ **Garantias especiais** das obrigações contraídas pela Administração Pública
- ✓ Minutas de edital e de contrato devem ser submetidas à **consulta pública**
- ✓ Possibilidade de **inversão das fases** da habilitação e julgamento
- ✓ **Limite à contratação de PPPs pela União**: a soma das despesas de caráter continuado com a execução de PPPs contratadas no exercício não pode exceder 1% da receita corrente líquida

Permissão de serviços públicos

- ✓ Celebradas sempre através de licitação (CF, art. 175)
- ✓ Duração especial (CF, art. 175)
- ✓ Conceito legal de permissão de serviços públicos: “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” (Lei 8.987/95, art. 2º, IV)
- ✓ Dúvida:
 - ✓ Há mesma a dita precariedade nos contratos de concessão?

Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC

- Instituído pela Lei 12.462, de 5/8/2011, é aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:
 - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; e
 - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014
 - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais referidos acima

Questões

- É possível uma concessão por prazo indeterminado?
- O que pode ser objeto de uma concessão?
- É possível a delegação da exploração de serviço público em regime de direito privado? E em regime de competição?
- Cabe a *autorização* para a delegação da exploração de serviços públicos?

LGT (Lei 9.472/97)

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Art. 62. Quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito.

Parágrafo único. Os serviços de interesse restrito estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo.

Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.

Art. 64. Comportar-se prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.

Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação:

I - exclusivamente no regime público;

II - exclusivamente no regime privado; ou

III - concomitantemente nos regimes público e privado.

LGT (cont.)

Art. 118. Será outorgada permissão, pela Agência, para prestação de serviço de telecomunicações em face de situação excepcional comprometedora do funcionamento do serviço que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendida, de forma conveniente ou em prazo adequado, mediante intervenção na empresa concessionária ou mediante outorga de nova concessão.

Parágrafo único. Permissão de serviço de telecomunicações é o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado.

LGT (cont.)

Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofreqüências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

§ 2º A Agência definirá os casos que independem de autorização.

§ 3º A prestadora de serviço que independa de autorização comunicará previamente à Agência o início de suas atividades, salvo nos casos previstos nas normas correspondentes.

§ 4º A eficácia da autorização dependerá da publicação de extrato no Diário Oficial da União.

2. Parcerias do Estado com o setor público-estatal

Parcerias pública-públicas (ou acordos interfederativos)

✓ Regidos pelo art. 241 da CF:

“Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”

Consórcios públicos

- ✓ Personalidade jurídica de direito público ou privado
- ✓ Consórcios de direito público:
 - ✓ São autarquias interfederativas denominadas “associações públicas”
 - ✓ Destinadas à gestão associada de serviços públicos
 - ✓ Procedimento de constituição (protocolo de intenções + ratificações por lei do protocolo = contrato de consórcio público)
 - ✓ Contrato de rateio: para distribuição de recursos entre os entes consorciados
 - ✓ Contrato de programa: para a constituição de obrigações de um ente da federação para com outro ou para com consórcio público

Convênios de cooperação

- ✓ Disciplinados de maneira oblíqua e enigmática pela Lei 11.107/2005
- ✓ Servem à transferência total ou parcial de encargos relativos a serviços públicos entre os entes da federação
- ✓ Devem ser seguidos da celebração de contratos de programa

Questões

- Quais os possíveis objetos de um convênio de cooperação?
- Cabe a delegação total das atribuições atinentes a determinado serviço público – de planejamento, regulação e prestação – de um ente da federação para outro? Significará isto uma “renúncia” indevida de competências constitucionais ou tal delegação total encontrará amparo no art. 241 da Constituição?

3. Parcerias do Estado com o setor público não-estatal

Convênios com o 3º Setor

- ✓ Convênio: originalmente concebido como instrumento de parcerias público-públicas
- ✓ Paulatinamente adotado como instrumento de parcerias público-privadas
- ✓ Disciplina legal oblíqua (art. 116 da Lei 8.666/93)
- ✓ Regime jurídico recém-reformado (Decreto 6.170/2007 e Portaria Interministerial 127/2008)
- ✓ Criação do SICONV – Sistema Nacional de Convênios, acessível pela Internet por qualquer pessoa
- ✓ Processo de chamamento público
- ✓ Processo de cotação de preços no mercado

Termos de parceria

- ✓ Termo de parceria: cabível somente com entidades qualificadas como OSCIP (título jurídico especial outorgado pelo MJ)
- ✓ Outorga do título é ato administrativo vinculado ao cumprimento, pela entidade pleiteante, dos requisitos objetivamente fixados em lei
- ✓ Necessária opinião do Conselho de Política Pública da área de atuação da OSCIP, previamente à celebração do termo de parceria
- ✓ Concurso de projeto
- ✓ Possibilidade de remuneração dos dirigentes da OSCIP
- ✓ Impossibilidade de cumulação do título com outros títulos jurídicos especiais
- ✓ Controle de resultados

Contratos de gestão

- ✓ Contrato de gestão: cabível somente com entidades qualificadas como OS (título jurídico especial)
- ✓ Tais entidades são mesmo do 3º Setor?
- ✓ Semelhante ao modelo das OSCIP, mas envolvendo a “publicização” de entidades não pertencentes ao núcleo estratégico do Estado
- ✓ Necessária representação do Poder Público e da comunidade no conselho de administração da entidade qualificada como OS
- ✓ Outorga do título é ato administrativo discricionário
- ✓ Possibilidade de cumulação do título com outros títulos jurídicos especiais
- ✓ Controle de resultados por “comissão de avaliação”

Questões

- É exigível a licitação pública para a celebração de parcerias do Estado com o chamado Terceiro Setor?
- Nas suas contratações com parceiros privados, fazendo uso de recursos públicos recebidos em transferência do Poder Público, as entidades do Terceiro Setor precisam tomar algum cuidado especial?