

COMENTÁRIOS À LEI 11.079 DE 2004: A INCONSTITUCIONALIDADE E A FRAGILIDADE DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA NÃO PATROCINADA EM UMA PPP; UMA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DISFARÇADA

Felipe Reis Pompeu de Moraes¹

Tendo em vista os últimos acontecimentos, especificamente aqueles relacionados às mortes de 56 detentos no COMPAJ (Complexo Prisional Anísio Jobim) de Manaus², é necessário desfazer algumas confusões reverberadas pela imprensa Nacional. Insistentemente vem sendo utilizados os termos "privatização" ou "Parceira Público Privada" para o contrato de terceirização firmado entre a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SEAP) e a empresa Unanizare Gestão Prisional Ltda.

O presente comentário legislativo, no entanto, visa a demonstrar as fragilidades normativas que impedem a diferenciação de um contrato administrativo de prestação de serviços ordinário ou de terceirização de um serviço público, conforme a Lei n. 8666 de 1993, e outro de concessão administrativa comum, conforme previsão do art. 2 da Lei n. 11.079 de 2004. Por último, pretende expor a fragilidade constitucional deste tipo de contrato de "concessão".

Um dos possíveis motivos para a fragilidade normativa do contrato de terceirização seria a ausência de um significado técnico jurídico do termo terceirização. Outra razão decorreria do fato de que Direito Administrativo absorveu um conceito que não lhe é próprio, instrumentalizando uma série de controvérsias quando o Estado passou a ser o agente que terceiriza. O terceiro motivo reside no fato de que a terceirização advém da prática empresarial privada³. O termo, em seguida, foi absorvido pelo Direito do Trabalho, mas seu *animus*, preponderantemente, econômico.

Segundo Dora Maria de Oliveira Ramos, a terceirização ocorre com "[...] a transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham esta atividade terceirizada como atividade-fim, liberando a tomadora

¹ Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC) na Universidade Federal Fluminense - UFF (conclusão prevista para 2017). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2013).

² <http://oglobo.globo.com/brasil/guerra-entre-faccoes-deixa-56-mortos-em-presidio-de-manaus-20719812>

³ Tradicionalmente utilizada para alcançar maior economia no processo produtivo sob a alegação de que aquele serviço terceirizado gozaria de maior especialização, deslocando, impreterivelmente, os riscos daquela atividade empresarial.

para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e gerando competitividade".⁴

Em outras palavras, o conceito de terceirização estaria inserido naquela tradicional distinção entre atividade meio por parte do contratante e atividade fim para a empresa prestadora dos serviços, entre os quais hotelaria, limpeza e segurança de uma penitenciária por exemplo.

A divergência doutrinária e atentatória ao bom senso reside naqueles contratos de concessão de modalidade administrativa, pois embora sejam, na prática, contratos de prestação de serviços ordinários, se enquadram, inconstitucionalmente, como se concessões fossem.

Segundo a lei geral de PPP, concessão administrativa é o contrato administrativo concessório celebrado entre a Administração Pública e o terceiro, que tenha por objeto a prestação de serviços. A Administração Pública pode ser usuária direta ou indireta, não necessariamente executando a obra. No entanto, deve haver uma associação entre o contrato de concessão administrativo propriamente dito e o sistema tarifário, conforme prevê o art.175 da Constituição Federal⁵. A existência de tarifação é pressuposto indispensável e necessário a conformação de um contrato administrativo ao modelo concessório⁶, sob pena de inconstitucionalidade.

Não se questiona aqui a fragilidade normativa da modalidade patrocinada que muito se difere de um contrato de prestação de serviços ordinário. Entre as quais a delegação do serviço público de fato e uma contraprestação tarifária ao ente privado que executou a obra.

Muitos são os contratos de concessão de modalidade patrocinada, incontestavelmente, constitucionais, entre os quais merece destaque o contrato de concessão do presídio Ribeirão das Neves em Minas Gerais. O consórcio vencedor do processo licitatório, de fato, assumiu os riscos dos bens fornecidos, os custos de manutenção, as metas de eficiência, o controle de qualidade.

Aqueles que defendem uma considerável diferença entre um contrato de concessão administrativo e um contrato de prestação de serviços ordinário utilizam como principal argumento "causa função". Os contratos de concessão administrativa, e, portanto, de

⁴ RAMOS, 2001.

⁵ 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: III - política tarifária;

⁶ GUIMARÃES, 2014, p. 56.

"concessão" seriam mais complexos, teriam mais de um objeto de prestação (uma pluralidade de serviços), assumiriam os riscos por aqueles bens e serviços fornecidos (como se em um contrato de prestação de serviços ordinário não pudesse haver uma cláusula específica que previsse a mesma questão) e arcariam com os custos de manutenção daquela prestação⁷. Argumentos bastante questionáveis e frágeis sob o ponto de vista legal⁸.

Os mesmos defendem que por conta dos riscos assumidos pelos concessionários prestadores devem gozar de um maior prazo contratual (mínimo de cinco anos), coincidentemente e o prazo máximo de um contrato de prestação de serviço ordinário, conforme a Lei n. 8666/93.

O pano de fundo e o objetivo do legislador ao inserir o contrato de concessão de modalidade administrativa na Lei n. 11.079/2004 seria o interesse econômico, construindo uma anomalia legal. Trata-se de uma manobra normativa que transfigurou uma situação jurídica já regulamentada por contratos administrativos gerais, para garantir, via reserva prévia de recursos públicos, segurança no pagamento da contraprestação do Estado e o adimplemento daqueles serviços. O objetivo foi a diminuição dos riscos do ente privado que sempre demorou para receber do Estado.

Por último, ainda gozam do privilegio de não terem a obrigatoriedade de constituírem projeto básico, conforme previsão do art.7 da Lei n. 8666/93⁹, garantindo maior segurança e previsibilidade ao Estado. Aos concessionários apenas elementos do projeto básico, conforme art.18 da Lei n. 8.987/95¹⁰.

Os defensores do contrato de concessão de modalidade administrativo alegam que não existiria reserva imediata de recursos orçamentários para aqueles que prestam serviços como concessionários. O pagamento estaria condicionado ao cumprimento de parte dos serviços

⁸ GUIMARÃES, 2013, p.186-190.

⁹ Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência: I - projeto básico; § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório; II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma; IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.

¹⁰ Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

pelo concessionário. Segundo os mesmos, a prestação de serviços ordinários, segundo previsão da Lei n. 8666 de 1993, teria um único objeto, seriam serviços simplificados que demandariam um curto prazo de execução, cujo o crédito orçamentário estaria limitado a sessenta meses. Por último, a autonomia destes prestadores de serviço seria baixa.

De fato, a complexidade de uma concessão patrocinada é, inegavelmente, superior. Nessa espécie de concessão há relativa autonomia gerencial do ente privado, assunção de riscos (risco de utilização) pelo concessionário e assunção de uma obrigação fim. Contratos administrativos sob a modalidade patrocinada não se assemelham, em nada, com os contratos de terceirização de serviços¹¹.

De encontro ao que foi exposto, Carlos Ari Sundfeld (2011) salienta que a opção pela designação das PPPs foi de “empregar em novos objetos a estrutura contratual e a lógica econômica dos contratos regidos pela lei de concessões, por isso submetidos a essa lei”.

Para aqueles que defendem a constitucionalidade de um contrato de concessão administrativo sem política tarifária, argumentam que não teria havido uma vinculação entre o sistema tarifário e a remuneração da concessão e a leitura do art.175 não autorizaria essa conclusão. Segundo os mesmos, a remuneração do modelo concessório não configuraria elemento minimamente necessário. A interpretação seria literal e excessiva, pois a definição de política tarifária pode ser instrumentalizada pela inexistência de tarifa ou existência da mesma a zero sem que isso seja uma ficção jurídica¹².

Referências Bibliográficas

BRASIL. *Lei 8.666/1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

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

_____. *Lei 8.987/95*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

¹¹ GUIMARÃES, 2013, p. 180-181.

¹² GUIMARÃES, 2014, p. 57-58.

ESTADO DO AMAZONAS. *Representação do Ministério Público de Contas*. Disponível em: <http://amazonasatual.com.br/wp-content/uploads/2017/01/Representacao-MPC-Umanizzare-e-Outra.pdf>

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *PPP. Parceria Público Privada*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. 2ed., São Paulo: Malheiros, 2011.