

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito e administração pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr, Henrique Ribeiro Cardoso, Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-038-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito e Administração Pública I do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe (UFS), cidade de Aracaju SE, caracterizou-se pela atualidade dos temas versados. Dentre estes, evidenciam-se, por sua recorrência, a improbidade administrativa e as contratações públicas.

Há uma série de acontecimentos e modificações na área do Direito, as quais emergem altas indagações sobre a essencialidade do estudo relacionado ao Direito Administrativo e à Administração Pública.

Dentro desse contexto é que o livro em apreço aborda questões relacionadas aos mais variados assuntos do Direito Administrativo hodierno, inclusive refletindo acerca dos princípios e do regime geral de licitações no Brasil.

A diversidade dos temas apresentados e reunidos nesse Grupo de Trabalho, além de refletir um anseio generalizado de abordagens da Administração Pública concertada, implica imensa satisfação por parte dos seus Coordenadores ao vivenciarem tão enriquecedora experiência, invulgar nas observações e discussões de si extraídas em conjunto com tais pesquisadores intimamente ligados ao desenvolvimento nacional. E, para facilitar a experiência e revisitação aos temas e seus autores, a seguir faz-se breve descrição do conteúdo que será encontrado ao longo de toda a obra

Tratando da análise da Lei de Acesso à Informação nos portais do Poder Legislativo Federal, a autora Clarissa Teresinha Lovatto Barros realiza esse estudo com o intuito de verificar a efetividade da Lei de Acesso à Informação no Legislativo Federal como ferramenta de controle social e transparência do Poder Legislativo Federal.

Evidenciando as influências da atuação do Tribunal de Contas da União no trabalho de regulação que vem sendo desenvolvido pela Anatel, a autora Ana Cristina Melo de Pontes Botelho buscou verificar se esta vem adotando as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

Na medida em que a Lei de Licitações é o principal instrumento normativo nas aquisições de bens e serviços para a Administração Pública, o autor João Carlos Medrado Sampaio trata da

eficácia das normas de licitação, em especial da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), na promoção da concretização do princípio constitucional da plena satisfação do interesse público.

Versando sobre a legitimidade da ingerência do Judiciário no âmbito da realização e controle das políticas públicas como forma de concretização constitucional dos direitos fundamentais dos cidadãos ou como invasão de competência alheia, a pesquisadora Marília Ferreira da Silva observa que há um espaço de intangibilidade sobre o qual não pode existir qualquer intervenção extraordinária.

No trabalho *Parcerias Público-Privadas (PPP): Uma análise crítica modernização da Administração Pública em face da reforma do Estado*, os autores Gustavo Brígido Bezerra Cardoso e Aldemar Monteiro da Silva Neto tratam do alcance da desestatização por meio das privatizações e das delegações como ferramenta no aprimoramento das relações do Estado com a iniciativa privada.

Em *Improbidade Administrativa no exercício da Função Jurisdicional*, o pesquisador Jailsom Leandro de Sousa trata da sanção por prática de atos de improbidade administrativa prevista na Constituição Federal e na Lei 8.429/92, em especial sobre a possibilidade de os juízes serem responsabilizados por tais atos quando no exercício da função jurisdicional, fundado no fato de a constituição e a lei não terem feito distinção de pessoas e nem de tipos de atividades funcionais.

Realizando uma releitura do Princípio da Supremacia do Interesse Público em detrimento do Interesse Privado à luz do Estado Constitucional de Direito, os autores Gina Chaves e Érico Andrade buscam demonstrar que a Administração Pública tem no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado um instrumento efetivo para atender ao Estado Constitucional de Direito, na busca pela implementação dos direitos e garantias fundamentais.

Os autores Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo e Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça em *A absolutização do Direito Administrativo na Utopia Racionalista* demonstram como o Direito Administrativo se torna, na visão deles, absoluto ou total nas sociedades utópicas em decorrência da necessidade constante de manutenção da ordem artificial em detrimento da ordem espontânea.

Em A responsabilidade do estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, Ronaldo Alves Marinho da Silva e Gustavo Santana de Jesus realizam uma análise do âmbito da responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional em Portugal.

Os autores Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas realizam uma análise sistêmica das licitações no âmbito do MERCOSUL e dos recursos do Fundo de Convergência Estrutural (FOCEM), dando a ideia da imprescindibilidade de que o Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL seja efetivamente incorporado pelos Estados, adquirindo vigência no espaço mercosulista e tornando-se, de conseguinte, de obrigatória observância para todos os procedimentos licitatórios realizados pelos Estados-partes e também para o FOCEM.

No artigo Crise de legitimidade do legislativo e a construção de consensos os autores Talia Bárbara Tumelero e Luiz Carlos Cancellier de Olivo tratam dessa crise apontando os fatores determinantes, as consequências deste processo na consolidação da democracia no país e alguma solução possível para esta realidade.

Abordando os principais benefícios e riscos da utilização do procedimento de manifestação de interesse social previsto na Lei 13.019/2014, que disciplina as parcerias entre o poder público e o terceiro setor, a autora Mariana Bueno Resende analisa o procedimento de manifestação de interesse já utilizado nas concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas.

Ao tratar do papel das Agências Reguladoras em cenários de instabilidade política e econômica, o autor Francisco Carlos Duarte analisa se as mesmas estão preparadas para agir imediatamente diante de momentos de instabilidade política e econômica, atenuando as consequências para a sociedade e se conferem maior credibilidade à Administração Pública.

O pesquisador Hugo Lázaro Marques Martins, ao realizar uma análise dos Consórcios Intermunicipais e a efetivação da prestação do serviço público de saúde à luz do Princípio Constitucional da Eficiência, demonstra que os Consórcios Públicos apresentam-se como uma das melhores alternativas gerenciais, já que permite a estruturação regional da prestação do serviço público.

No último artigo da coletânea, Emerson Affonso da Costa Moura e Juliana Campos Maranhão demonstram que em uma ordem constitucional voltada à centralidade dos direitos fundamentais, o poder de polícia se submeterá a um juízo de ponderação entre o interesse

público e privado envolvido, de forma a justificar a sua restrição, bem como, a limites procedimentais e substanciais para a sua aplicação.

Com a breve exposição dos trabalhos, é possível ver a atualidade, mediante o emprego de métodos vão além da mera exposição dogmática, a revelar o chamado pensamento tecnológico, voltado para a aplicabilidade e solução dos conflitos com o emprego de uma percepção mais completa e funcional do Direito na Administração Pública, de sorte a revelar investigações científicas cuja leitura recomenda-se vivamente.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr UNICURITIBA

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS

Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça - UNIFOR

GOVERNANÇA PÚBLICA E PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS: ANÁLISE DO MODELO BRASILEIRO DA LEI Nº 11.079/2004

PUBLIC GOVERNANCE AND PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS: ANALYSIS OF BRAZILIAN MODEL OF STATUTE N. 11.074/2004

**Leniederson Rosa Pinto
Maria Tereza Fonseca Dias**

Resumo

O presente estudo visou analisar se as características centrais do modelo de Parceria Público-Privada instituídas no Brasil pela Lei nº 11.079/2004 contribuem para a governança pública e, por esta razão, representam inovação na gestão pública. A partir dos elementos centrais dos diversos conceitos de governança pública discutidos e apresentados no processo evolutivo dos modelos de administração pública, foi efetuada a análise do modelo brasileiro de PPPs instituído no Brasil. Do ponto de vista metodológico, o trabalho, que pertence às vertentes dogmático-jurídica e teórica, foi desenvolvido com base no tipo de pesquisa comparativa, buscando-se inferências dos conteúdos centrais da legislação vigente (que caracterizam e diferenciam as PPPs das demais espécies de concessões) com as noções de governança pública de Grindle e Jaques Chevalier, utilizadas como referenciais teóricos da abordagem. O trabalho confirma parcialmente a hipótese traçada, de que as PPPs são mecanismos de governança pública. Assim, em que pese possuir elementos de governança pública, que envolvem múltiplas categorias de partes interessadas e combinam responsabilidades do setor público e privado, na gestão de infraestruturas e prestação de serviços públicos, as PPPs brasileiras têm dificuldades em consolidar-se como modelo de governança pública, ao não se desvincular dos aspectos meramente econômicos da parceria, ausência de mecanismos de transparência e instrumentos de co-responsabilização coletiva referentes aos assuntos de interesse público.

Palavras-chave: Governança pública, Parcerias público privadas, Serviços públicos, Interesse público

Abstract/Resumen/Résumé

This paper examines whether the main characteristics of the Public-Private Partnership model introduced in Brazil by Statute n. 11.079/2004 contribute to public governance and, therefore, represent innovation in public administration. Beginning with characteristics extracted from various concepts of public governance, discussed and presented in the evolutionary process of public administration models, an analysis of the Brazilian model of PPPs was made. From a methodological point of view, this study, which belongs to the dogmatic and theoretical-legal perspective, was developed applying comparative research, seeking to compare the content of legislation (that characterize and differentiate PPPs from

other legal concessions types) with public governance concepts of Grindle and Jacques Chevalier, used as theoretical framework. The research partially confirms the hypothesis that PPPs are public governance mechanisms. However, despite having public governance elements, involving multiple categories of stakeholders and combining responsibilities of public and private sectors in infrastructure management and provision of public utilities, Brazilian PPPs model have difficulty gaining acceptance as a public governance tool since it presents the following flaws: inability to dissociate itself from the purely economic aspects of the partnership and lack of transparency mechanisms and instruments of collective co-responsibility relating to matters of public interest.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public governance, Public-private partnership, Public utilities, Public interests.

1 INTRODUÇÃO

As parcerias público-privadas, em que pese possuïrem acepções diversas¹ e marcarem presença nos programas políticos em diversas partes do mundo² foram instituídas, no Brasil, como instrumento intermediário entre a delegação tradicional de serviços públicos e as privatizações (AZEVEDO, 2011), razão pela qual passaram a ser denominadas concessões especiais.

Surgiram no final do século passado com o escopo de conceber, construir, financiar e explorar infraestruturas, bem como para operar e gerir serviços públicos. Esta modelagem contratual propõe-se a combinar os pontos fortes dos setores público e privado, para ganhos de eficiência e qualidade, num contexto tanto de reconfiguração do papel do Estado³ quanto do modelo de gestão pública.

As Parcerias Público-Privadas podem ser entendidas em sentido amplo ou em sentido estrito. No sentido amplo, defende Sundfeld que:

[...] parcerias público-privadas são múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a administração pública e os particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral. Neste sentido as parcerias se distinguem dos contratos que, embora também envolvendo Estado e particulares, ou não geram relação contínua, ou não criam interesses comuns juridicamente relevantes (exemplo: simples venda, pelo menor preço, de bem dominical sem utilidade para a administração. SUNDFELD [...]) Em sentido amplo, ‘PPPs’ são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral (concessões comuns, patrocinadas e administrativas; concessões e ajustes setoriais; contratos de gestão com OSs; termos de parcerias com OCIPs etc). Seu regime jurídico está disciplinada em várias leis específicas. (SUNDFELD, 2007, p. 19)

Já as PPPs em sentido estrito são “[...] os vínculos negociais que adotem a forma de concessão patrocinada e de concessão administrativa, tal qual definidas pela Lei Federal 11.079/2004. Apenas estes contratos sujeitam-se ao regime criado por essa lei.” (SUNDFELD, 2007, p. 19)

As Parcerias Público-Privadas (PPPs), em sentido estrito, tiveram origem no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado elaborado no Brasil, em 1995.

¹ Cf. Di Pietro, 2012

² Cf. Azevedo, 2011; Lafitte, 2006; Freeman, 2000; Lignières, 2005; Azevedo, 2009

³ Do ponto de vista da reconfiguração do papel do Estado – que não será objeto de abordagem neste trabalho - a discussão passa por questões teóricas acerca da sua dimensão e papel: garantidor, supervisor ou protetor (Chevallier, 2009, p. 61-80).

Os escopos que são comumente atribuídos às PPPs, neste contexto, foram os de: atrair investimentos do setor privado; valorizar o mercado e substituir os monopólios públicos; tornar financeiramente mais eficiente a prestação dos serviços e explorar a expertise da gestão privada. Parte da literatura estrangeira sobre o tema (Freeman, 2000; Chevallier, 2005; Oliveira, 2010; Kisller & Heidemann, 2006) afirma que este modelo passou a contribuir no sistema de governança pública.

Considerando esta suposição crítica, o problema deste ensaio é justamente investigar se as características centrais do modelo de Parceria Público-Privada instituídas no Brasil pela Lei nº 11.079/2004 contribuem para a governança pública e, por esta razão, representam inovação na gestão pública.

Conforme lições de Carlos Ari Sundfeld, a edição da lei das PPPs (Lei nº 11.079/2004) tem “traços comuns reconhecíveis” com a Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/1995) e foi editada para viabilizar contratos específicos que ainda não podiam ser feitos até aquele momento (Sundfeld, 2007, p. 20-21). Há dúvida, portanto, se da forma como foi instituída na legislação brasileira, as PPPs, de fato, podem contribuir para o aprimoramento da gestão ou simplesmente referem-se a especificações do regime jurídico das concessões já instituídas anteriormente.

Quanto a gestão pública, o problema investigado requer a revisão dos modelos de administração que vizaram reorganizar a gestão administrativa e o próprio sistema político.

Assim, ao passar pelos modelos de administração e suas reformas, vários aspectos, como o político, econômico e administrativo se relacionam com conceitos de cidadão-cliente, controle finalístico e eficiência, a fim de efetuar a análise dos conteúdos da Lei nº 11.079/2004, chegar ao problema do estudo e testar sua hipótese.

Ao pensar em tais modelos, bem como, no clamor da coletividade por serviços públicos que de fato sejam prestados de forma efetiva, com observância as condições de regularidade, continuidade, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de suas tarifas, qual a relevância dos mesmos serem executados pelo setor público ou privado?

Do ponto de vista metodológico, o trabalho, sob o viés das vertentes dogmático e teórico-jurídica foi desenvolvido com base no tipo de pesquisa comparativa, buscando-se as relações dos conteúdos centrais da legislação vigente (que caracterizam e diferenciam as PPPs das demais espécies de concessões) com a noção de governança pública de Jaques Chevalier, utilizada como referencial teórico da abordagem. Para coleta de dados foi realizado levantamento bibliográfico em livros, artigos científicos e *working papers* buscando-se

sempre que possível, análise multidisciplinar do fenômeno, e, no campo jurídico, a abordagem promovida pelo ramo do Direito Administrativo.

Visando alcançar seus objetivos, este artigo apresentará os modelos organizacionais evolutivos de administração pública, comparando elementos essenciais dos modelos, progredindo na discussão sobre os pontos de inflexão e os pontos de continuidade das propostas de modelos para reformas administrativas no Brasil, notadamente com a sua mais recente proposta do modelo de governança pública. A seguir, foram desenvolvidos e analisados os elementos centrais da Lei das PPPs que caracterizam e identificam a diferença deste modelo contratual em relação à legislação anterior. Por fim, para responder o problema proposto, foram cotejadas as concepções de ‘governança pública’ e seu âmbito de aplicação nas concessões especiais (PPPs).

2 MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Os modelos de Administração Pública na experiência brasileira, sofreram modificações ao longo do tempo, considerando o contexto e questões econômicas, sociais e históricas em que o País passou e, influenciaram, diretamente, nas formas de gerir o Estado e a condução da res publica.

De maneira geral, as reformas administrativas solidificaram novas preleções e aprendizados provindos do setor privado, que foram utilizados como ‘*avaliações de desempenho*’ para organizações públicas em todas as esferas de governo. Hays e Plagens dão uma noção da magnitude dessas reformas ao afirmarem que: “[...] estratégias aclamadas de reforma têm vindo diretamente do setor privado numa onda que talvez possa ser considerada a mais profunda redefinição da administração pública, de que esta emergiu como uma área de especialidade identificável.” (HAYES & PLAGENS, 2002, p. 327, tradução livre do inglês)

Podem ser levantadas como possíveis causas ensejadoras dessas ondas de ‘modernização’ do aparato estatal a crise fiscal (Aucoin, 1990; Hood, 1995; Pollitt e Bouckaert, 2002a), a crescente competição territorial pelos investimentos privados e mão de obra qualificada (Subirats e Quintana, 2005), a disponibilidade de novos conhecimentos organizacionais e tecnologia, a ascensão de valores pluralistas e neoliberais (Kooiman, 1993; Rhodes, 1997), e a crescente complexidade, dinâmica e diversidade das sociedades (Kooiman, 1993).

Os modelos presentes na gestão da administração pública no Brasil e seus marcos temporais podem ser assim descritos: Patrimonialista (1500-1930), Burocrático (1930-1990), o Gerencialista (a partir de 1990) e, por fim, Governança Pública.

Tais modelos representam, cada qual, determinado período histórico, porém, alguns debates existem no sentido de que não teria ocorrido a superação dos modelos existentes pelos posteriores, isto porque, existiram características de todos os modelos que podem ser encontradas na administração pública atual (Paula, 2005; Costa, 2008; Secchi, 2009).

A seguir serão desenvolvidos os elementos conceituais e características de cada modelo de gestão da administração pública, considerando a época do ciclo político vivido, a fim de se chegar ao modelo de governança pública.

2.1. *A Administração patrimonialista*

Tal modelo de gestão administrativa pode ser encontrado desde a época do Brasil colônia e se estendeu até a primeira república, passando pelo Brasil do Império, ou seja, de 1500 até 1930.

O modelo patrimonialista permanece por grande período - vigendo, inclusive, por todo período do Estado Liberal - sendo marcado e cunhado com tal nome devido a política de dominação, caracterizada pela ascendência dos súditos diante os soberanos. Não há, a princípio, conflito e nem mesmo anseio de transformação; ao contrário, tal dependência do Estado pelos súditos é vista como natural.

Há uma confusão entre o público e o privado: a corrupção, favores pessoais e indicação de familiares e amigos para a gestão da coisa pública eram comuns a esse modelo. Na sociologia weberiana o patrimonialismo caracteriza-se como a apropriação de recursos estatais por funcionários públicos, grupos políticos e segmentos privados (Sorj, 2000 *apud* Oliveira, Oliveira e Santos, 2011)

Com a Revolução Francesa, anseios democráticos impulsionaram o movimento e a própria ideia de Estado de Direito, sujeitando o monarca também ao império da lei, havendo uma pressão por uma administração pública mais profissionalizada.

Daí por diante a administração patrimonialista torna-se um modelo não tão mais eficiente e muito pouco aceito pelos cidadãos-administrados.

2.2. Administração burocrática

Várias são as demandas que surgem no início do Século XIX e, dentre elas, o capitalismo, que requer nova forma de gestão da administração, bem como, uma necessidade de separação entre o público e o privado. O capitalismo de tipo industrial e as democracias que emergiam na década de 30 do século passado demonstrou a impraticabilidade do modelo patrimonialista, eis que, necessário ao novel contexto econômico a divisão entre Estado e Mercado.

Na Era Vargas (1930-1945) fortaleceu-se a ideia de Estado interventor em contraposição aos ideais liberais, assim como a ideia do Estado de Bem-Estar Social (Aragão, 1997) e, o grande divisor do modelo anterior para o burocrático foi a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) em 1936, o qual representou a primeira reforma administrativa do estado brasileiro.

Assim, tal modelo de administração surge no momento de consolidação do Estado Social, rompendo com a administração do tipo patrimonialista. Na Era Vargas viu-se a necessidade da criação de novo aparato administrativo que viesse atender a necessidade de ampliação das atividades administrativas.

Dentre os diversos pontos positivos de tal período ou tipo de administração, destaca-se que o DASP foi responsável por coordenar, fiscalizar e aplicar a legislação de pessoal, a formação de carreiras e a consolidação do sistema orçamentário e de contabilidade pública. Entre as inovações do período, destaca-se a elaboração do orçamento federal e a fiscalização da execução orçamentária.

Tal modelo burocrático visou romper com as práticas de corrupção, nepotismo e arbitrariedade das ações públicas características do modelo patrimonialista, que vigia e era contrário aos interesses do novo proletariado que ganhava corpo neste momento histórico.

A implementação desse tipo de modelo de administração advém dos estudos de Max Weber (1864-1920), o qual considera que as organizações podem tornar-se mais eficientes a partir da implementação de normas bem definidas. O raciocínio burocrático reside na ideia de ordenamento e dominação legitimada pela existência de normas (Weber, 1999). Conforme narrado, na Era Vargas, foi implementado o paradigma burocrático de Administração Pública, a fim se modernizar a máquina pública.

No período da ditadura militar alguns princípios do modelo burocrático de administração pública foram revigorados pelo art. 6º do Decreto-Lei nº 200/1967, tais, como o planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competências e controle.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, desta constou um rol de princípios implícitos e explícitos aplicáveis a administração, de cunho burocrático, dentre eles, a obrigatoriedade de concursos públicos para contratação de pessoal, procedimentos de compras públicas e o regime jurídico único dos servidores públicos (Bresser Pereira, 1996).

Porém, percebe-se que a eficiência que se buscou com tal modelo não foi alcançada, bem como, foram constatadas algumas disfunções da burocracia, as quais se destacam: a morosidade do serviço público e centralização no governo da União.

2.3. Administração gerencial

O modelo de administração gerencial surge na década de 90 do Século passado, no Brasil, com os movimentos de privatização, desburocratização e valorização do cidadão, elevado a tal status pela Constituição Federal de 1988.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, erige-se com o fito de acabar com as práticas clientelistas e patrimonialistas do antigo modelo, almejando instalar uma administração pautada nos “princípios da nova gestão pública” (*new public management*). A reforma, segundo seus proponentes, veio trazer mudanças sólidas para a sociedade, ao invés de trazer mudanças institucionais com pouca significância, as quais são mais que comuns no contexto político da América Latina (BRESSER-PEREIRA, 1996, p. 6)

Desta feita, com a administração gerencial, buscou-se ampliar a parceria com a sociedade civil e maior autonomia foi dada a certas entidades da administração indireta. Considerando as disposições constitucionais de 1988, que demandavam, a partir de então, serviços públicos mais efetivos, foi necessário a redução de gastos para fins de melhorar a prestação de serviços públicos, com foco no cidadão.

Assim, houve proposta de maior participação de entidades privadas sem fins lucrativos, denominadas terceiro setor, bem como, de entidades paraestatais, para atuarem ao lado do Estado. Quanto ao terceiro setor, Di Pietro leciona que:

Os teóricos da Reforma do Estado incluem essas entidades no que denominam de terceiro setor, assim entendido aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos; esse terceiro setor coexiste com primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado. Na realidade, ele caracteriza-se por prestar atividade de interesse público, por iniciativa privada, sem fins lucrativos; precisamente pelo interesse público da atividade, recebe em muitos casos ajuda por parte do Estado, dentro da atividade de fomento; para receber essa ajuda, tem que atender a determinados requisitos impostos por lei que variam de um caso para outro; uma vez preenchidos os requisitos, a entidade recebe um título, como o de utilidade pública, o certificado de fins filantrópicos, a qualificação de organização social. [...]

Normalmente, celebram convênio com o poder público, para formalizar a parceria. (DI PIETRO, 2010, p. 413-414)

Da mesma forma que os governos foram capazes de transferir a execução de atividades meio, como a construção civil e outros serviços auxiliares para empresas comerciais, eles podem fazer o mesmo prestação de serviços sociais e científicos para organizações públicas não estatais sem renunciar a suas responsabilidades. (BRESSER PEREIRA, 2007)

Nas lições de Moreira Neto (2008), a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que, entre outros assuntos, “[...] modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas”, deixou bastante claro marco da transformação da administração pública burocrática para a gerencial, no contexto mais amplo da reforma do Estado brasileiro.

Conforme lições do citado autor:

Para fazer-se uma reforma neste sentido, não se trata apenas, como poderia parecer à primeira vista, de estender a competitividade ao setor público, com vistas a reduzir o déficit público e o custo Brasil, pela adoção de novos critérios de gestão, aproveitando as experiências já acumuladas e repensadas da administração das empresas privadas, tais como os minimizadores de custos e os enfatizadores da eficiência na prestação dos serviços administrativos, mas, sobretudo, e esta me parece ser a grande ênfase política introduzida no fervilhante momento de fastígio da liberal democracia e do ressurgimento da cidadania neste fim de século, de passar a considerar o usuário do serviço prestado pelo Estado como o “donor” do serviço, e não apenas o seu destinatário. (MOREIRA NETO, 1988, p. xx)

Entre os objetivos buscados pela previsão constitucional do princípio constitucional da eficiência, encontra-se o da prestação de serviços públicos, por intermédio de agentes não-estatais, que poderiam propiciar maior qualidade na prestação de serviços públicos.

José dos Santos Carvalho Filho, neste contexto, complementa que, além do princípio da eficiência,

O primeiro grande passo para mudar o desempenho do Estado como prestador de serviços foi o Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei nº 8.031, de 12/4/1990. Posteriormente, essa lei foi revogada pela Lei nº 9.491, de 9/9/1997, que, embora alterando procedimentos previstos na lei anterior, manteve as linhas básicas do Programa. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 331)

Assim, por estas e outras previsões do modelo de administração gerencial, destaca-se o programa de privatizações, vez que houve transferência para o setor privado da tarefa da produção, em princípio, mais eficiente, de atividades que antes eram desenvolvidas diretamente pelo Estado e com capital público. Além disto, iniciou-se um programa de transparência na administração pública, a fim de dar maior visibilidade às ações tomadas pelo poder público, além de transferir para o setor público não estatal serviços públicos

competitivos ou não exclusivos do Estado, iniciando um sistema de parceria entre as entidades privadas e o setor público.

A partir do programa de “publicização”, deslocou-se para o setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade, buscando maior efetividade e controle das atividades estatais. Ao Estado, neste modelo de administração pública, cabe prestar os serviços básicos, ficando os demais (serviços não-exclusivos e competitivos) para o mercado, sendo o papel do Estado as atribuições de órgão regulador, fiscalizador e de coordenação.

Nesta perspectiva, os princípios constitucionais da Administração Pública presentes na Constituição de 1988, tais como o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, foram traçados a fim de reafirmar a derrocada do modelo burocrático, bem como, propiciar ao modelo gerencial a satisfação de tais princípios com a atuação direta do cidadão, elemento essencial à democracia.

Em que pese recente, o modelo de administração gerencial enfrenta diversas críticas, o que gerou a necessidade de configuração de novos modelos e propostas de melhoria da gestão da coisa pública.

Diversas são as propostas descritas para a construção de um novo modelo de administração pública, desde as noções de administração pública societal (Paula, 2005) até a de governança pública, que têm em comum os processos de legitimação e consensualidade na gestão dos interesses públicos.

2.4 Governança pública

Hodiernamente a literatura busca novas formas de se viabilizar e dar efetividade a gestão pública através de um modelo que valorize o cidadão e seja condizente com o Estado Democrático de Direito.

Tanto no cenário nacional quanto internacional vários tem sido os estudos teóricos e práticos, visando propiciar a administração mecanismos de gestão que dêem continuidade a modernização, dentro de um debate político desenvolvimentista. Dentre desta quadra, elementos de estruturação como gestão, responsabilidade, legalidade e transparência são focos idealizados para um modelo idealizado, inclusive pela ONU. (Kissler e Heidemann, 2006)

O grande desafio de uma reforma administrativa contemporânea pauta-se em ajustar as questões atinentes a nova ordem econômica e financeira mundial, considerando o

diagnóstico de vários problemas enfrentados na administração, desde a ordem política, passando pela governamental e pelo próprio modelo gerencial.

É neste contexto que Jacques Chevallier afirma que a “[...] governança provém de uma abordagem pluralista e interativa da ação coletiva” (CHEVALLIER, 2005, p. 131) e Gustavo Justino de Oliveira, com base em Canotilho informa que se trata da “[...] condução responsável dos assuntos do Estado” (OLIVEIRA, 2012, p. 105).

No modelo de administração pública fundada na governança pública a unilateralidade torna-se exceção no exercício das atividades administrativas, pois a regra é a participação procedimentalizada. (ALLEGRETTE. *In*: ANDRADE: 2010. p. 206).

Andrade menciona que:

[...] o que se tem é uma administração que se torna uma espécie de arena de combate entre vários interesses públicos, e a atividade administrativa, a fim de harmonizá-los, segue mais a linha negocial do que a autoritária (= via poder império). Prevalece a técnica da consensualidade, que ganha cada vez mais importância no moderno direito administrativo. (2010, p.206)

Deste modo, a administração necessita de parcerias com outras organizações, com o setor privado e com as ONGs, sendo que, o tema governança em rede traz importante discussão sobre o papel das instituições públicas e privadas na sociedade, uma vez que confunde os limites das organizações e reúne diversas iniciativas no âmbito da cooperação a fim de resolver problemas coletivos.

O modelo estrutural de governança pública envolve organizações estatais, públicas não estatais, corporativas e privadas. Como essas organizações são cada vez mais interdependentes, formando redes de todo tipo, os modelos de gestão pública são muitas vezes identificados com parcerias público-privadas e terceiro setor. (BRESSER PEREIRA, 2007)

Há uma crise de governabilidade – que não se confunde com governança – apresentado como desafio a nova gestão colocada pós-constituente de 1988.

Conforme lições de Castro Santos (1997):

Quando no contexto das democracias consolidadas surge uma onda de participação, segue-se, em resposta, um aumento da atividade governamental, acompanhado de sobrecarga no governo, falência de outputs e deslegitimação da autoridade, com subsequente enfraquecimento das instituições políticas. Estas últimas, contudo, por serem fortes, adaptáveis e coerentes, acabam por absorver, dentro de limites, as tensões e pressões por participação, conseguindo preservar-se até o arrefecimento da onda de participação. Nas democracias recentes, por sua vez, a incorporação política de grupos sociais antes excluídos conduz a estas mesmas consequências, sem que haja instituições consolidadas, capazes de aguentar a pressão sobre o sistema político. Na verdade, mais do que a fragilização das instituições pré-existentes, as democracias não consolidadas terão que enfrentar o desafio de criar ou recriar instituições políticas.

Neste primeiro momento, com base em estudos comparativos de âmbito internacional, Diniz (2007) descreveu uma crise de governabilidade das estruturas estatais pautada no “excesso” de democracia, tese essa reforçada pelas dificuldades na execução dos programas de estabilização, outrora iniciados na década de 80. Como solução para que o Estado restasse fortalecido no Brasil, pensou-se no predomínio do Executivo no processo decisório e no insulamento burocrático como formas de controlar a participação social e garantir eficácia e racionalidade nas políticas públicas. (DINIZ, 1997)

Porém, Diniz (1997) leciona que, durante esta mesma fase, erige-se nova geração de análise sobre governabilidade e crise de governabilidade que estão atreladas as condições de sustentação das políticas de ajuste dentro do contexto democrático, entendimento este encabeçado por agências internacionais de financiamento, dentre eles o FMI e o Banco Mundial.

Neste contexto, ainda conforme lições de Diniz, o termo governança surgiu na tentativa de se “[...] aprofundar o conhecimento das condições que garantem um Estado eficiente”. (DINIZ, 1995, p. 400) E continua o autor dizendo que “[...] tal preocupação deslocou o foco da atenção das implicações estritamente econômicas da ação estatal para uma visão mais abrangente, envolvendo as dimensões sociais e políticas da gestão pública” (DINIZ, 1995, p. 400).

Forjaram-se, assim, duas expressões distintas - governabilidade e governança - ambas muito mais qualificativas, ou seja, representam atribuições e qualidades (no caso da governabilidade) ou qualidades e meios/processos (no caso da governança) (DINIZ, 1997).

No que toca a governabilidade, esta acena para a dimensão estatal do exercício do poder. Refere-se, pois, as “[...] condições sistêmicas e institucionais sob as quais se dá o exercício do poder, tais como as características do sistema político, a forma de governo, as relações entre os Poderes, o sistema de intermediação de interesses.” (Santos, 1997, p. 342)

Já no que se refere a governança, Löffler (2001, p. 212), leciona que:

É uma nova geração de reformas administrativas e de Estado, que têm como objeto a ação conjunta, levada a efeito de forma eficaz, transparente e compartilhada, pelo Estado, pelas empresas e pela sociedade civil, visando uma solução inovadora dos problemas sociais e criando possibilidades e chances de um desenvolvimento futuro sustentável para todos os participantes. (LÖFFER, 2001, p. 212)

Porém, para Santos, “[...] o conceito (de governança) não se restringe, contudo, aos aspectos gerenciais e administrativos do Estado, tampouco ao funcionamento eficaz do aparelho de Estado.” (SANTOS, 1997, p. 341).

Podemos dizer que a governança refere-se a:

[...] padrões de articulação e cooperação entre atores sociais e políticos e arranjos institucionais que coordenam e regulam transações dentro e através das fronteiras do sistema econômico, incluindo-se aí não apenas os mecanismos tradicionais de agregação e articulação de interesses, tais como os partidos políticos e grupos de pressão, como também redes sociais informais (de fornecedores, famílias, gerentes), hierarquias e associações de diversos tipos (SANTOS, 1997, p. 342)

Na visão de Grindle, a governança caracteriza-se pela: distribuição de poder entre instituições de governo; a legitimidade e autoridade dessas instituições; as regras e normas que determinam quem detém poder e como são tomadas as decisões; o exercício da autoridade; relações de responsabilização entre representantes, cidadãos e agências do Estado; habilidade do governo em fazer políticas, gerir os assuntos administrativos e fiscais do Estado, e prover bens e serviços, entre outras. (GRINDLE apud OLIVEIRA, CARVALHO E CORRÊA, 2013, p.97).

Assim, considerando as diversas perspectivas de análise da governança pública, tem-se que a mesma envolve múltiplas categorias de partes interessadas: os cidadãos, o governo, as instituições públicas e privadas e suas inter-relações, visando a prevalência do bem comum.

Neste sentido, importante a conclusão de Chevalier, segundo a qual a governança se caracteriza por

[...] formas horizontais de interação entre atores que possuem interesses contraditórios, mas que são suficientemente independentes uns dos outros para que nenhum deles possa impor uma solução por si só, sendo suficientemente interdependentes para que eles sejam todos perdedores se nenhuma solução for encontrada. (CHEVALIER, 2005, p. 131)

Os elementos centrais para a análise da governança aplicada às parcerias público-privadas podem ser sintetizadas nos seguintes elementos:

- envolver múltiplas categorias de partes interessadas;
- promover ações conjuntas, levadas a efeito de forma eficaz, transparente e compartilhada;
- promover a cooperação entre atores sociais e políticos;
- coordenar e regular transações dentro e através das fronteiras do sistema econômico;
- estabelecer as relações de responsabilização entre representantes, cidadãos e entidades públicas;
- promover a condução responsável dos assuntos do Estado;

- possibilitar a implementação de mecanismos horizontais de interação entre atores que possuem interesses contraditórios;
- salvaguardar a independência entre estes atores para que nenhum deles possa impor uma solução por si só;
- permitir a interdependência entre os atores participantes de forma que eles sejam todos perdedores se nenhuma solução for encontrada.

Nesta perspectiva, o sucesso das PPPs considerando o modelo de gestão baseado na governança pública passa a estar fortemente dependente de:

(a) presença de uma extensa colaboração; (b) convergência de objetivos; (c) confiança mútua; (d) capacidade de coordenação interna; (e) partilha de tomada de decisão, dos riscos e dos recursos; (f) promoção de transparência e de accountability; (g) atuação com base no interesse público; (h) orientação para os valores do mercado (Bovaird, 2004; Kouwenhover, 1994).

Considerando os elementos centrais da noção de governança, passa-se ao entendimento das Parcerias Público Privadas para análise de sua possível ligação com o modelo de administração baseado na governança pública.

3 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Como afirmado anteriormente, as PPPs são formas de colaboração entre atores públicos e privados para melhor efetividade dos serviços públicos e gestão de infraestrutura coletiva.

Como forma de se conseguir o desenvolvimento da infraestrutura necessária para a prestação de serviços mais efetivos, Gartenkraut entende que “[...] o ente público deve buscar novos parceiros privados, isto, pois, não existem recursos nos orçamentos públicos para enfrentar esse tipo de desafio numérico.” (GARTENKRAUT, 2005, p. 324).

Outro aspecto relacionado ao surgimento do atual modelo das PPPs foi pensar uma forma de administração da coisa pública que viabilizasse o funcionamento do aparato estatal que, à época, não tinha orçamento suficiente para prestação dos serviços.

A noção de Parcerias público-privadas (PPP) surge no início da década de 90 no Brasil, através do programa de reforma do Estado, momento em que ocorriam, de forma mais acentuada, as privatizações de empresas estatais, a flexibilização dos serviços públicos e diminuição do monopólio estatal. (SUNDFELD, 2007, p. 15-16)

Conforme já mencionado, no Plano Diretor de Reforma do Estado de 1995, as reformas seguiram no sentido das privatizações, concessões e permissões do setor público,

cujos marcos ocorrem com a nova modelagem de contrato administrativo de concessão do público para o privado. Bresser Pereira afirmou naquele contexto que “[...] o século XXI será o século onde o público não-estatal poderá constituir-se numa dimensão chave da vida social.” (BRESSER-PEREIRA, 1999, p. 16)

Surge neste contexto a Parceria Público-Privada (PPP), como um sistema entre o setor público e o setor privado, considerado ainda, um consórcio de empresas privadas, visando o fornecimento de obras e serviços públicos (LIMA, 2007, p. 82). Cabe ressaltar que as PPPs não se equiparam às privatizações, muito embora surjam no mesmo contexto, eis que, nela não há venda de ativos, mas o poder público, apenas concedia o direito de exploração de determinado serviço ou infraestrutura ao parceiro privado, por certo período de tempo.

Foi a partir do ano de 2002 que as PPPs começam a ganhar força no País, eis que, para o seu desenvolvimento econômico necessário buscar caminhos para o crescimento que estão diretamente ligadas a melhor e maior infraestrutura na construção e manutenção de estradas de rodagem, ferrovias, portos, hidroelétricas etc.

Nesta perspectiva, para melhor compreender as PPPs, como modelo de contratação pública, importante relembrar que no Brasil a licitação passou a ser usada como meio de realização de contratos públicos a partir do Decreto-Lei nº 2.300/1986 (Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos), em seguida, veio a Constituição Federal de 1988 com a obrigatoriedade em realizar licitação, sendo também impostas as empresas estatais (art. 22, inciso XXXVII; art. 37, inciso XXI e art. 173). Assim, o DL nº 2.300/1986 vigeu até a edição da Lei nº 8.666/1993 (lei que institui normas sobre licitações e contratos administrativos). Todas estas normas tiveram como foco, além de outras espécies de contratações, as empreitadas de obras públicas. Foram editadas, portanto, antes do ciclo das parcerias. Como consequência, foram consideradas leis rígidas, exigindo excesso de burocracia quanto ao procedimento, com julgamento objetivo, sendo, na maioria das vezes, aplicado o menor preço nas licitações. Neste modelo a Administração deve, ainda, definir previamente e, de forma clara, como se realizará a prestação. (SUNDFELD, 2007, p.16)

Assim, devido ao excesso de exigências das mencionadas leis, os modelos de licitação por ela trazidos não se aplicam aos contratos das PPPs, uma vez que as parcerias visam escolher o melhor parceiro privado para que preste o serviço com a devida eficiência e não almeja o Estado, lado outro, alcançar apenas a proposta que seja de menor preço.

Nas PPPs, o parceiro privado tem responsabilidade quanto à gestão e deve ter liberdade e meio para realizar os serviços, daí não há como realizar a definição prévia, no edital, sobre os meios a serem usados na gestão do contrato. Por estas especificidades, editou-

se a Lei das Concessões Especiais (Lei nº 11.079/2004), afastando essas regras para a prestação de serviços públicos e gestão de infraestrutura. (SUNDFELD, 2007, p.16)

Desta feita, a Lei das PPPs veio justamente regulamentar normas que não existiam para viabilizar estes modelos de cooperação entre o setor público e o privado.

Sobre o conceito de PPP, Di Pietro afirma que:

[...] 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. (DI PIETRO, 2010, p. 321)

No que se refere as modalidades de parcerias publico-privadas, a Lei Federal nº 11.079/2004 trouxe em seus §1º e §2º do artigo 2º a concessão administrativa e a concessão patrocinada, sendo, assim, contratos específicos.

Conforme disposto na Lei Federal nº 11.079/2004, a concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas com a contraprestação pecuniária do ente público e, adicional de tarifa a ser cobrada dos usuários pelo parceiro privado (§1º do art. 2º).

Para Sundfeld tal espécie de contrato seria espécie do gênero ‘concessão de serviço público’ e, o que lhe é peculiar dis respeito ao seu regime remuneratório, que deve incluir tanto a tarifa cobrada pelos usuários como a contraprestação do concedente em forma pecuniária. (Lei Nº 11.079/2004) art. 2º, § 1º) (SUNDFELD, 2007.p. 28).

Acrescenta o mencionado autor que nas concessões comuns, regidas exclusivamente pela Lei de Concessões, não há prazos legais mínimos nem máximos de duração, tampouco piso legal de investimento. Lado outro, ao se tratar da concessão patrocinada, a lei de PPPs proibiu a administração de se comprometer contratualmente a pagar adicional de tarifas em certas concessões de serviços públicos, entre as quais incluem-se aquelas que o investimento a cargo do parceiro privado não chegue a atingir R\$ 20 milhões (art. 2º, § 4º, I) e quando seu prazo for inferior a 5 ou superior a 35 anos, incluída prorrogação (art. 2º. § 4º, II, c/c o art. 5º, I) (SUNDFELD, 2007, p. 29).

Di Pietro leciona que embora a concessão patrocinada seja equiparada, pela própria lei, a concessão de serviços públicos da Lei nº 8987/1995, existem distinções quanto ao seu regime jurídico, a saber:

a) a remuneração, que deve estar prevista no contrato entre cláusulas especiais (art. 5, IV) e que abrange, além da tarifa e outras fontes de receita previstas no artigo 11 da Lei nº 8.987/95, a contraprestação do parceiro público ao parceiro privado; b) obrigatoriedade de constituição de sociedade de propósitos específicos para implantar e gerir o objeto da parceria (art.9º); c) possibilidade de prestação da garantias pela administração; d) compartilhamento de riscos e de ganhos

econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; e) normas específicas sobre licitação, derogando parcialmente as normas das leis 8.987/95 e 8.666/93; f) aplicação de penalidades a administração em caso de inadimplemento contratual; g) normas limitadoras do prazo mínimo e máximo do contrato; h) imposição do limite de despesa com contratos de parceiras privadas. (DI PIETRO, 2012)

Já a 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” (art. 2º, § 2º, da Lei nº 11.079/2004).

De acordo com Sundfeld:

[...] a concessão administrativa de serviços públicos é aquele em que, tendo por objeto os serviços públicos a que se refere o artigo 175 da CF, estes sejam prestados diretamente aos administrados sem a cobrança de qualquer tarifa, remunerando-se o concessionário por contraprestação versada e, pecúnia pelo concedente (em conjunto ou não, com outras receitas alternativas). (SUNDFELD, 2007. p. 29)

Para Justen Filho (2011, p. 646), a concessão administrativa impõe uma obrigação de dar e fazer conjuntamente ao parceiro privado. Conforme leciona o autor, o particular não pode só a execução de uma obra pública, como também, não pode ser um contrato apenas para fornecimento de bens ou para a prestação de serviços. Assim, “A concessão administrativa envolve, usualmente, obras públicas seguidas da prestação de serviços e do fornecimento de bens”.

Para Aragão (2006, 34), no que toca aos serviços na concessão administrativa, entende que são vários os serviços que podem vir a ser realizados através da concessão administrativa, exemplificando: os serviços públicos econômicos em que o Poder Público não cobre tarifas aos usuários (caso dos pedágios-sombras, SCUT); serviços sociais (educação, saúde, cultura), através da gestão e atividades de suporte, sendo realizados pelo parceiro privado; atividades-meio para que o Estado realize a atividade-fim, é o caso do exercício do poder de polícia, indelegável ao parceiro privado (III, do art. 4º, da Lei nº 11.079/2004), todavia, possível a realização da atividade-meio, como construção, manutenção e hotelaria em presídios, engenharia de trânsito com instalação de lombadas eletrônicas, semáforos, radares estáticos.

No que se refere a remuneração feita pelo parceiro público pode ser em dinheiro, bem como, ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bem dominicais, além de outros meios admitidos em lei (§1º, do art. 2º e art. 6º da Lei nº 11.079/2004).

A Parceria Público-Privada, no modelo da Lei nº 11.079/2004, envolve várias partes interessadas. Além do parceiro público e do parceiro privado (Sociedade de Propósito Específico), que são as partes contratuais, conforme descrito nas modalidades de concessão patrocinada e administrativa, o contrato envolve os usuários dos serviços públicos (cujos direitos encontram-se descritos no art. 37, § 3º da CR/1988; art. 7º da Lei nº 8987/1995 e art. 4º, II da Lei nº 11.079/2004); os financiadores dos projetos de PPPs (art. 5º, §2º, I, II e III da Lei nº 11.079/2004) e toda a sociedade, a partir do momento em que a minuta do edital deve ser submetida a consulta pública, nos termos do art. 10, inciso VI, da Lei nº 11.079/2004.

Quanto a promoção de ações conjuntas entre as partes envolvidas no projeto de PPP, em que pesem preverem a participação de várias partes interessadas, conforme descrito anteriormente, a lei centraliza sua disciplina nas relações entre parceiro público e parceiro privado. As ações conjuntas descritas, revelam-se na tentativa deste modelo contratual - diversamente do que ocorre no modelo da Lei nº 8.666/1993 - do parceiro público contar com a expertise das soluções técnicas a serem oferecidas pelo parceiro privado, vez que estabelece, conforme art. 10, § 4º da Lei nº 11.079/2004, que os estudos de engenharia para a definição do valor de investimento das PPPs deverão ter o nível de detalhamento de anteprojeto, ou seja, apenas para a definição do valor da contratação, ficando a cargo do parceiro privado o seu detalhamento e desenvolvimento. Quanto as ações conjuntas também deve ser destacada a possibilidade de emprego dos mecanismos privados de solução de disputas, como a arbitragem, conforme previsão expressa do art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004.

Acerca da relação de responsabilização entre representantes, cidadãos e entidades públicas, a diretriz do contrato de PPP informa a “[...] repartição objetiva de riscos entre as partes” (art. 4º, VI, da Lei nº 11.079/2004), *in casu*, o parceiro público (Administração) e parceiro privado (Sociedade de Propósito Específico). A lei descreve, neste contexto, a necessidade de Cláusulas contratuais, que prevejam “A repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” (art. 5º, III, da Lei nº 11.074/2004), bem como do “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” (art. 5º, IX, da Lei nº 11.079/2004). Observa-se que a cooperação é estabelecida tão somente entre as partes do contrato, ficando de fora os demais atores que, à princípio, participam como interessados, tais como os financiadores, usuários dos serviços e toda a sociedade.

A transparência, em que pese mais ampliada do que nos modelos contratuais tradicionais da Administração Pública - como os regidos pela Lei nº 8.666/1993 - notadamente em virtude da realização da consulta pública mencionada anteriormente, não avançaram suficientemente em relação aos demais atores, assim como descrito no processo de responsabilização.

Os mecanismos da concessão patrocinada, arbitragem, compartilhamento de riscos e ganhos econômicos, conforme descritos anteriormente, sem dúvida representam a cooperação entre atores sociais e políticos para a prestação de serviços público e melhoria da infraestrutura vinculada a prestações administrativas, bem como a tentativa de coordenar e regular transações dentro e através das fronteiras do sistema econômico. As PPPs, conforme descrito anteriormente, possuem como diretrizes, no âmbito da Lei nº 11.079/2004, a “Eficiência no [...] emprego de recursos da sociedade” (art. 4º, I) e a “Responsabilidade Fiscal na celebração e execução das parcerias” (art. 4º, IV). Neste sentido, tornou-se possível estabelecer critérios para “avaliação do desempenho do parceiro privado” (art. 5º, VII) e foram estabelecidos limites de endividamento e concessão de garantias entre entidades federativas no âmbito das PPPs, buscando-se evitar, assim, a expansão da dívida pública (art. 28 da Lei nº 11.079/2004).

À guisa de conclusões, adiante serão apresentadas as principais ligações existentes (ou não) entre as Parcerias público-privadas e sua relação com a governança pública e sua contribuição para a atual conjuntura da administração brasileira.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado, a hipótese apresentada neste ensaio restou apenas parcialmente comprovada, vez que, dos elementos centrais para a análise da governança pública aplicada às parcerias público-privadas, nem todos foram estabelecidas pela Lei nº 11.079/2004. São aspectos da lei das PPPs que encontram-se em consonância com noção de governança pública, a proposta deste modelo de contratação pública de envolver múltiplas categorias de partes interessadas (Administração, parceiro público, financiadores, usuários de serviços e toda a sociedade) e promover a cooperação e ações conjuntas entre atores sociais e políticos. Houve também a tentativa de coordenar e regular transações dentro e através das fronteiras do sistema econômico.

Entretanto, alguns elementos característicos da governança pública não integram claramente o modelo das PPPs na Lei nº 11.079, entre os quais destacam-se, a ausência de um

modelo de contratação eficaz, transparente e realizado de maneira compartilhada entre os atores sociais envolvidos. Preservando os modelos bilaterais da contratação administrativa, a legislação encontra-se ainda centrada nas relações entre a Administração Pública e a Sociedade de Propósito Específico, trazendo como avanço, no quesito transparência, apenas a realização da consulta pública, conforme explicitado anteriormente. Houve preocupação em estabelecer as relações de responsabilização entre parceiro público e privado, sem que os demais atores participassem mais ativamente da formação, execução e decisão no âmbito contratual.

A principal preocupação da Lei nº 11.079/2004 foi estabelecer as vantagens contratuais para o parceiro privado, tais como as penalidades aplicáveis à Administração em caso de descumprimento do contrato (art. 5º, II); as formas de contraprestação do parceiro público ao privado (art. 6º); garantias a serem asseguradas, pela Administração, ao parceiro privado (art. 8º); a disciplina do Fundo Garantidor das PPPs (em âmbito Federal – art. 18) entre outras. Assim, considerando estas previsões, foi insuficiente na implementação de mecanismos horizontais de interação entre os atores que possuem interesses contraditórios. Isto pode ser comprovado pelo fato de a citada lei não permitir a interdependência entre os atores participantes de forma que eles sejam todos perdedores se nenhuma solução for encontrada em caso de conflito. Ao contrário, a lei pretende mesmo estabelecer, de forma objetiva, a responsabilidade pelos riscos, que parecem pender mais pelo lado do parceiro público.

Assim, tem-se que as PPPs ao mesmo tempo em que se mostram como alternativa com potenciais vantagens associadas e benéficas para a administração, uma vez que, a partir do ideal de governança pública, poderá ocorrer uma maior interlocução entre o setor público e o privado, havendo cooperações entre si, de modo a dar maior efetividade ao serviço público, apresenta também dificuldades em consolidar-se como modelo de governança pública, desvinculada dos aspectos meramente econômicos das PPPs, transparência e co-responsabilização.

AUCOIN, Peter. **Administrative reform in public management: paradigms, principles, paradoxes and pendulums.** *Governance*, v. 3, n. 2, p. 115-137, 1990

AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias público-privadas: instrumentos de uma nova governação pública.** Coimbra: Almedina, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As parcerias público-privadas - PPPs no direito positivo brasileiro.** *Boletim de Licitações e Contratos*, 19, n. 4, 2006.

_____. **Direito dos serviços públicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- ARAGÃO, C. V. **Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio.** (Set./Dez. de 1997).
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRESSER PEREIRA, L. C. **Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. Revista do Serviço Público.** (janeiro-abril de 1996)
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 21.ed.,Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno.** Trad. de Marçal Justen Filho do original L'État post-moderne. Belo Horizonte: Fórum, 2009
- DINIZ, Eli. (1995), **Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado: Os Desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil nos Anos 90.** In: *DADOS – Revista de Ciências Sociais.* Rio de Janeiro, volume 38, no 3, 1995
- FERNANDES, Caprici Matzenbacher; OLIVEIRA, Antonio Gonçalves de. **Por que Governança na Administração Pública?** In: SICITE. Seminário de Iniciação Científica e Tecnológica da UTFPR, 16. 2011. Ponta Grossa. Anais.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 15. Ed., São Paulo: Atlas, 2012. _____ . **Parcerias na Administração Pública.** 5ª ed. Editora Atlas. 2005.
- GARTENKRAUT, Michael. **Inovações e Estruturas dos Contratos: aspectos institucionais e econômicos da PPP.** In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coords). *Parcerias Público Privadas: um enfoque multidisciplinar.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- HAYS , Steven W.; PLAGENS, Gregory K. **Human resource management best practices and globalization: the universality of common sense.** *Public Organization Review*, v. 2, n. 4, 2002.
- IGLÉSIAS, F. (1993). **Trajetórias Públicas do Brasil: 1500-1964.** São Paulo: Companhia da Letras.
- KISSLER, Leo; Heidemann, Francisco G. **Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?.** Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000300008. Acesso: 19/03/2015.
- LÖFFLER E. Governance: **Die neue generation von Staats- und verwaltungs-modernisierung.** *Verwaltung + Manag.* 2001, 7(4): 211- 5

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Administração Pública Gerencial**. Disponível: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1998/revdireito1998B/est_admin_publica.pdf. Acesso: 19/03/2015

PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

PAES DE PAULA, A. P. (Janeiro/Março de 2005a). **Administração Pública Brasileira entre o gerencialismo e a gestão social**. Revista de Administração de Empresas, Revista do Setor Público 45, pp. 36-49.

SANTOS, Maria Helena de Castro. **Governabilidade, Governança e Democracia: Criação da Capacidade Governativa e Relações Executivo-Legislativo no Brasil Pós Constituinte**. In: *DADOS – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, volume 40, no 3, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas**. In: _____ (Coord.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2007.

SECCHI, Leonardo. **Modelos organizacionais e reformas da administração pública**. Revista de Administração Pública – RAP – Rio de Janeiro 43 (2): 347-369, MAR./ABR. 2009

SORJ, Bernardo. **A Nova Sociedade Brasileira**. Rio de Janeiro. Jorge Zahar. Ed. 2000

WEBER, M. (1999). **Economia e Sociedade**. Brasília: UnB.

LIMA, Jacqueline Baptista de S.; PAULA, Luciane Maria Argenta de M.; PAULA, Rogério Carvalho. **Entendendo a parceria público-privada no Brasil: Uma análise preliminar**. In *Revista Gestão Pública e Controle*. v. 1, n. 3, p. 79-111, 2007. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Tipo de Atividade Administrativa: Serviço Público**. In: _____. Curso de Direito Administrativo. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

HILL, C. J.; LYNN JR., L. E. Is **Hierarchical Governance in Decline? Evidence from Empirical Research**. *Journal of Public Administration Research and Theory*, v. 15, n. 2, 2005.

GRINDLE, M. **Good enough governance: poverty reduction and reform in developing countries**. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, 17(4), 525-548, 2004.