

**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

**PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPP): UMA ANÁLISE CRÍTICA
MODERNIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DA REFORMA
DO ESTADO.**

**PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ: UNE ANALYSE CRITIQUE- LA
MODERNISATION DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE FACE LA RÉFORME
DE L'ÉTAT.**

**Gustavo Brígido Bezerra Cardoso
Aldemar Monteiro Da Silva Neto**

Resumo

As diferentes formas de concessão dos serviços públicos pertencem ao panorama de modernização do Estado brasileiro, no contexto da Reforma do Estado. A modernização da Administração Pública se enquadra no tipo de Administração Gerencial, tendo o princípio da eficiência como elemento norteador. A tendência tem sido a de reduzir a atuação direta do Estado e aprimorar sua relação com a iniciativa privada. O processo de desestatização exemplifica esta tendência, podendo ocorrer por meio das privatizações e das delegações, sendo estas últimas implementadas por meio de concessões, permissões e autorizações. As concessões se dividem em comuns e especiais (PPP). O artigo analisa, de forma crítica e didática, o alcance da utilização desta moderna ferramenta no aprimoramento das relações do Estado com a iniciativa privada.

Palavras-chave: Parcerias público-privadas, Administração pública, Modelo gerencial, Reforma do estado, Princípio da eficiência

Abstract/Resumen/Résumé

Les différentes formes de concession des services publics appartiennent au panorama de la modernisation de l'État brésilien, dans le contexte de la Réforme de l'État. La modernisation de l'administration publique dans le domaine de la gestion administrative, a comme principe de base l'efficacité. La tendance actuelle est de réduire au maximum l'action directe de l'État et perfectionner ses rapports auprès de l'initiative privée. Le procès de l'ouverture au marché privé atteste cette tendance et dans ce cas-là elles peuvent se produire sous la forme de privatisations et aussi des délégations, ces dernières s'affirmant à partir de concessions, permissions et autorisations. Les concessions sont classées en ordinaires et spéciales (PPP). Cette article présente alors une analyse, de façon critique et didactique de l'utilisation de cet outil dans le perfectionnement des rapports entre l'État et l'initiative privée.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Partenariats publique-privé, Administration publique, Modèle de gestion, Réforme de l'état, Principe de l'efficacité

Introdução

O artigo ora apresentado visa a responder importantes indagações/problematizações que cercam o tema das parcerias público-privadas (PPP), importante ferramenta de delegação da atuação estatal. Pretende-se aferir o alcance da efetiva modernização do Estado brasileiro, no contexto da consolidação do modelo gerencial de Administração Pública; busca-se analisar as importantes influências externas para o modelo brasileiro de PPP; almeja-se traçar um efetivo panorama das formas de delegação dos serviços públicos, a partir da percepção dos mecanismos de descentralização; pretende-se traçar um quadro de análise das transformações pelas quais o Estado brasileiro tem passado, desde uma postura mais intervencionista, à época de Vargas, passando pelos diferentes momentos de desestatização, bem como pela configuração de um Estado regulador.

Utiliza-se neste artigo uma proposta metodológica por meio de pesquisa doutrinária, legal, jurisprudencial e de estudo de caso. Já se tem disseminado a produção doutrinária acerca do tema das parcerias. Além da Lei 11.079/04, diversos Estados da federação têm promulgado suas próprias leis. O Supremo Tribunal Federal, bem como os demais tribunais, tem enfrentado lides a este respeito. Ao longo de uma década, vários casos práticos foram implementados.

O conceito de serviço público (DI PIETRO, 2011, p. 103) se apresenta como sendo *“toda atividade material que a lei atribui ao estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”*.

Deve-se compreender que as PPP pertencem a um quadro geral de descentralização dos serviços públicos. Não se pode confundir titularidade com execução dos serviços públicos. Nem sempre quem executa os serviços públicos é o seu titular. Se os serviços públicos forem executados de forma direta, estarão sendo executados pelos seus próprios titulares. De forma indireta, pode ocorrer a outorga ou a delegação, sendo a outorga necessariamente através de lei. As delegações de serviço público podem ocorrer por concessão, permissão ou autorização. Nos casos de concessão e permissão, efetivam-se por meio de contratos administrativos, necessariamente antecedidos de licitação. As concessões de serviço público podem ser comuns ou especiais, sendo as primeiras regidas pela Lei 8987/95 e as segundas regidas

pela Lei 11.079/2004. Esta lei trata especificamente das PPP, apresentando dois importantes conceitos de concessão: administrativa e patrocinada.

Mesmo antes da aprovação da Lei n.11.079, em 30 de dezembro de 2004, a legislação brasileira já apresentava traços que demonstravam a sua adaptação à “filosofia PPP”, marcada, dentre outros aspectos, pela redução do papel do Estado na atividade econômica, viabilizada, especialmente, por meio das privatizações, o estímulo à competição nos serviços públicos, o incremento de um perfil regulador ao Estado, bem como o amadurecimento de um modelo de parceria, entre os entes público e privado, marcado pela maior autonomia conferida ao último. No Brasil, esse quadro marca, também, a transição de um modelo de Administração Pública burocrática para um modelo gerencial.

Por conta deste caráter genérico da Lei e em razão da morosidade do Legislativo federal em aprovar a Lei das PPPs, diversos Estados, antes mesmo da promulgação da Lei nº 11.079/2004, já tinham publicado leis estaduais instituindo as Parcerias Público-Privadas em seus territórios.

As Parcerias Público-Privadas e o cenário internacional

O termo Parceria Público-Privada (PPP) pode ser utilizado de forma ampla ou estrita. O Conselho de Infraestrutura Pública e Privada do Banco Mundial define PPPs como acordos contratuais de diferentes naturezas, nos quais duas partes dividem direitos e deveres durante a duração do contrato. (OLIVEIRA; OLIVEIRA FILHO, 2013, p.2).

Em vários países, a definição de PPP abrange o que está regulado no Brasil como concessão e, em outros, está associada a um processo de licitação privatizado, através de consultorias. É vista diferentemente em países onde a escolha de aplicações de recursos públicos é decidida em conselhos ou legislativos e onde os desembolsos são feitos através do poder executivo, exclusivamente. Assim, comparações internacionais devem ser vistas com cautela em função do país citado, de sua legislação e cultura. (BONOMI; MALVESSI, 2008, p. 85).

O Reino Unido é considerado o país pioneiro nesse tipo de investimento, surgindo ao final da década de 1990, que, inicialmente, chamou-se PFI – *Project Finance Initiative*, e, posteriormente, passou a ser chamado PPP – *Public-Private*

Partnership. Nessa modalidade de associação público-privada, o setor público mantém a responsabilidade pela provisão de parte dos serviços.

O modelo inglês foi estruturado como uma opção à privatização e ao sistema anterior, que matinha a autoridade governamental como responsável pela propriedade, manutenção e operação de ativos de interesse público. (PASIN; BORGES, 2003, p.176).

Os trabalhos ingleses surgiram a partir de uma célula no âmbito interno do Ministério da Fazenda: uma equipe denominada *Treasury Task Force* (Força Tarefa do Tesouro), constituída por pessoas qualificadas, provenientes tanto do setor público quanto do setor privado. A *Treasury Task Force* desenvolveu suas atividades como uma Unidade PPP da Administração Pública, sendo transformada, em 2001, em uma companhia mista na qual participam capitais públicos e privados.

A experiência das PPPs foi se expandindo para outros países. Na Alemanha, por exemplo, até recentemente, havia pouco interesse nas parcerias público-privadas, à exceção de um pequeno número de projetos de transporte de grande visibilidade. A reforma fiscal, contudo, provocou significativa queda na arrecadação, o que, somado à elevação dos custos de reestruturação, levou o poder público a olhar com mais seriedade para esta opção. Hoje, alguns projetos-piloto já começam a surgir na esfera estadual, especialmente em áreas como a de educação. (DINIZ, 2004, p.22).

A experiência das PPPs também foi adotada como instrumento de integração da União Européia. O Banco Europeu de Investimento valeu-se da mesma para a realização do Programa *Trans European Networks* (TENs), lançado pela União Européia para permitir e incentivar a integração e o desenvolvimento da infra-estrutura pan-européia nos setores de transportes, energia e telecomunicações.

A transição do modelo burocrático para o modelo gerencial de Administração Pública

A partir da década de 1990, intensificou-se a montagem do modelo gerencial de Administração Pública, a partir do processo de desburocratização do Estado. A proposta

gerencial encontra sua essência no princípio da eficiência, inserido no texto constitucional com a Emenda 19/1998, por meio da chamada Reforma Administrativa.

A mudança resultou no surgimento de um novo conceito sobre gestão pública no mundo, em resposta à crise do Estado, como forma de reduzir custos. Chamada de nova administração pública ou administração pública gerencial, é orientada para o cidadão, incentiva a criatividade e a inovação e, principalmente, apresenta-se como forma de coibir a corrupção, preservando os interesses públicos (PEREIRA; SPINK, 2006)

A desburocratização do Estado acelerou os mecanismos de desestatização, que se deram tanto por meio das privatizações, quanto por meio das delegações (concessões, permissões e autorizações). Faz-se imprescindível traçar um panorama histórico do Estado Interventor, montado à época de Vargas, passando pela retomada Neoliberal e a transição para o Estado Regulador.

No Brasil republicano, o perfil do Estado, quanto à implementação dos serviços públicos, oscilou bastante. Foi o presidente Vargas que efetivou uma postura mais intervencionista do Estado na economia. Após quinze anos de governo, de 1930 a 1945, Vargas ainda retornaria, agora de 1951 a 1954, no contexto de um governo democrático.

Em 1934, foi promulgada a primeira Constituição de Vargas, marcada pela influência da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição alemã de 1919, as quais inspiraram o legislador originário brasileiro a conferir um perfil intervencionista ao Estado, disciplinando a ordem econômica. O mundo capitalista havia sofrido um terrível abalo, determinado pela crise de 1929, no contexto da crise da Bolsa de Valores de Nova Iorque. Os Estados Unidos, principais favorecidos pela 1ª. Guerra Mundial (1914 – 1918), sob o comando do Partido republicano, adotaram, ao longo da década de 1920, uma postura excessivamente liberal, deixando, praticamente, o mercado por sua própria conta, regido pelas leis de oferta e de procura. A princípio, a produção norte-americana havia sido intensificada, de modo a suprir a necessidade de abastecimento da Europa, arruinada pela 1ª. Guerra Mundial; no entanto, com a recuperação europeia, seguida da manutenção do ritmo de produção norte-americano, o desfecho foi o da crise. Os democratas assumiram o comando a partir de 1933, sob o comando de Franklin Delano Roosevelt, que permaneceu até 1945; seu governo pôs em prática o New Deal, inspirado nas ideias do economista Jonh Keynes, por meio do qual o Estado assumiu uma postura efetivamente intervencionista.

A principal lembrança, nesse contexto, do Governo Vargas, remonta à criação da Petrobrás, em 1953. Foi fruto de uma ampla mobilização popular, em torno da campanha “O petróleo é nosso”, resultando nos monopólios de prospecção, produção, importação e refino. Até agosto de 1997, a Petrobrás detinha o monopólio na área de petróleo no Brasil. Com a quebra do monopólio, o mercado brasileiro abriu suas portas para o capital estrangeiro.

A Petrobras ainda é a maior empresa de petróleo do Brasil, porém, expressões como internacionalização, expansão dos negócios para outros setores e parcerias com empresas estrangeiras passaram a definir seus novos rumos. O fim do monopólio, determinado pela Lei do Petróleo em 6 de agosto 1997, instituiu não apenas um conjunto de mudanças de caráter técnico-administrativo, mas uma redefinição no papel do Estado. De produtor e provedor, o Estado passa para regulador e fiscalizador. Para atuar nesse novo papel foi criada a Agência Nacional do Petróleo (**ANP**), um órgão vinculado ao Ministério de Minas e Energia, que passou a regular e fiscalizar a indústria de petróleo no Brasil. Uma das ocupações da ANP é promover licitações para a concessão de áreas ou blocos destinados à exploração de petróleo e de gás natural.

Foi com os militares, que tomaram o governo em 31 de março de 1964, permanecendo até 1985, que ocorreu a estatização dos setores de eletricidade e de telecomunicações, sob a regência pragmática de Octávio Gouveia de Bulhões e Roberto Campos.

Já na década de 1990, no governo Fernando Collor de Mello (1990 – 1992), o Estado passou a assumir uma postura menos intervencionista, no contexto do neoliberalismo. O Brasil acompanhava uma orientação capitalista internacional, ditada pelos mentores políticos do modelo neoliberal: Ronald Reagan (1981-1989), presidente norte-americano, Margareth Thatcher (1979-1990), primeira-ministra da Grã-Bretanha e o chanceler alemão Helmut Kohl (1982-1998).

O presidente Fernando Collor aprovou o Decreto nº 99.179/15.03.1990, que instituiu o Programa Federal de Desregulamentação, seguido da Lei nº 8.031/12.04.1990, que estabeleceu o Programa Nacional de Desestatização (PND).

O decreto privilegiou o princípio constitucional da liberdade individual em prejuízo de outros princípios de cunho mais social, como os da plena cidadania, da erradicação da

pobreza e a redução das desigualdades sociais. A ideia de desestatização foi desvirtuada pela Lei nº 8.031, de 1990, que reduziu o tema à ideia de privatização.

Desestatizar significa retirar a presença do Estado da atividade econômica, que tanto pode ocorrer por meio das privatizações quanto das delegações. A Lei nº 8031, de 1990, só tratava das privatizações, enquanto a Lei nº 9491, de 1997, que revogou a lei anterior, contemplou tanto as privatizações quanto as delegações.

A Administração Pública e suas parcerias

A Administração Direta corresponde à prestação dos serviços públicos diretamente pelo próprio Estado e seus órgãos. Segundo Hely Lopes Meirelles (2005), órgãos públicos são centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem.

Indireto é o serviço prestado por pessoa jurídica criada pelo poder público para exercer tal atividade. Assim, quando a União, os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, prestam serviços públicos por seus próprios meios, diz-se que há atuação da Administração Direta. Se cria autarquias, fundações, sociedades de economia mista ou empresas públicas e lhes repassa serviços públicos, haverá Administração Indireta.

Conforme Maria Sylvia Z. Di Pietro (2011), na composição da Administração Pública, tecnicamente falando, dever-se-iam incluir as empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, constituídas ou não com participação acionária do Estado.

Entretanto, segundo o inciso XIX do art. 37 da CF/88, alterado pela EC nº 19/98, somente compõem a Administração Pública Indireta as autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas, e nenhuma outra entidade, valendo essa regra para todos os entes da federação. No âmbito federal, essa enumeração já era vista no Decreto-Lei nº 200/671, recepcionado pela CF/88.

Chama-se centralizada a atividade exercida diretamente pelos entes estatais, ou seja, pela Administração Direta. Descentralizada, por sua vez, é a atividade delegada (por contrato) ou outorgada (por lei) para as entidades da Administração Indireta.

Descentralizar é repassar a execução e a titularidade, ou só a execução de uma pessoa para outra, não havendo hierarquia. Por exemplo, quando a União transferiu a titularidade dos serviços relativos à seguridade social à autarquia INSS. Já na

desconcentração há somente uma pessoa, que reparte competências entre seus órgãos, despersonalizados, onde há hierarquia. Por exemplo, a subdivisão do Poder Executivo em Ministérios, do Ministério da Fazenda em Secretarias, e assim por diante.

Na esfera federal, a Administração Direta ou Centralizada é composta por órgãos subordinados à Presidência da República e aos Ministérios, como o Departamento da Polícia Federal, Secretaria do Tesouro Nacional ou a Corregedoria-Geral da União.

A atividade administrativa contempla o exercício do poder de polícia, a prática do fomento, a intervenção no domínio econômico e a prestação de serviços públicos. Os serviços públicos, segundo o critério formalista, são aqueles apresentados pela lei como tais. Deve-se estabelecer a distinção entre a titularidade do serviço e a titularidade da execução do serviço.

Existem serviços públicos exclusivos e não-exclusivos. Os serviços públicos exclusivos só apresentam o Estado como titular, podendo ser executados direta ou indiretamente.

A execução direta faz com que o Estado acumule a titularidade do serviço e de sua execução. A execução direta efetiva-se, pois, por meio da Administração Direta ou Centralizada, composta pelas pessoas políticas, que são os entes federativos. Deve-se entender o Estado no panorama de uma pessoa federativa.

A execução indireta, por sua vez, efetiva-se por meio de outorga ou de delegação. A outorga se materializa mediante lei, como bem prescreve o inciso XIX, do artigo 37, da Constituição Federal:

somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A delegação pode efetivar-se por meio de concessão ou de permissão, segundo o disposto no *caput* do artigo 175, da Constituição Federal: “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.” As concessões podem ser comuns ou especiais. As concessões comuns são disciplinadas pela Lei nº 8.987/1995.

A partir da Lei nº 8987/1995, as permissões passaram a ser efetivamente contempladas por sua natureza contratual, aplicando-se-lhe as mesmas disposições

conferidas às concessões. Deve-se ressaltar que, no caso das permissões, o contrato é de adesão, enquanto nas concessões se têm um contrato administrativo. Pode-se mencionar o texto da própria lei que contempla a discussão em tela:

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

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

Quanto ao inciso XI, do artigo 21, da Constituição Federal, entende-se tratar, por liberar conduta privada propriamente dita, dependendo de manifestação administrativa favorável, do exercício de polícia administrativa, não se tratando de serviço público. Quanto ao inciso XII, do artigo 21, da Constituição Federal, mesmo se tratando de serviço público, contempla apenas situações emergenciais, valendo-se da autorização enquanto se adapta para estabelecer uma concessão ou uma permissão, como se observa, também, na situação contemplada no artigo 223, da Constituição Federal:

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.

As concessões especiais estão disciplinadas na Lei nº 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Esta lei apresentou duas modalidades de concessões:

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.

A concessão patrocinada não foi novidade, visto que já era admitida na Lei nº 8.987/1995, a Lei Geral de Concessões, em seu artigo 11:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Então, já havia a possibilidade de a concessionária obter fontes alternativas, complementares ou acessórias, podendo uma dessas fontes ser exatamente o recebimento de recursos do Poder Público, como prevê a concessão patrocinada.

A Lei nº 11.079/2004 inovou no tocante à concessão administrativa, pois, nesta modalidade, a concessionária presta serviços, direta ou indiretamente, para a própria Administração Pública, e não para os particulares. Existem, ainda, os serviços públicos não-exclusivos do Estado, que podem ou não apresentar o Estado como seu titular.

A avaliação da experiência internacional das parcerias público-privadas deve ser feita com algumas ressalvas. Em primeiro lugar, nas economias em que o uso do instrumento é mais antigo, como no caso do Reino Unido e outros países da OCDE¹, o avanço do ambiente institucional, um fator crítico de sucesso, é tamanho, que dificulta antecipar resultados para países como o Brasil. Por outro lado, o uso de PPPs por países em desenvolvimento, como Chile, México e República Dominicana, é ainda muito recente para permitir uma avaliação.

¹ A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE é um órgão internacional e inter-governamental que reúne os países mais industrializados. Por meio a OCDE, os representantes se reúnem para trocar informações e alinhar políticas com o objetivo de potencializar seu crescimento econômico e colaborar com o desenvolvimento de todos os demais países membros. A OCDE não constitui foro de negociação político-diplomática, mas sua atuação no aspecto normativo vem adquirindo importância crescente. Esse fato é particularmente significativo, pois a OCDE representa, por meio de membros, cerca de 65% do PIB mundial.

Na maioria dos casos, as operações ainda estão sendo montadas e/ou os projetos ainda não foram concluídos, de forma que não se dispõe da relação preço-qualidade e dos custos finais para o setor público. As PPPs não são padronizadas, mas desenvolvidas sob medida para as necessidades e especificidades de cada país. Em alguma medida, portanto, cada experiência é única. Feitas essas ressalvas, a avaliação da experiência internacional com as PPPs é valiosa para identificar tanto o potencial do instrumento como os principais obstáculos e desafios à sua utilização. A principal conclusão é que as PPPs podem ser úteis para alavancar e aumentar a eficácia dos investimentos em infra-estrutura, mas a montagem das operações é muito complexa e os resultados não aparecem a curto prazo.

A avaliação da experiência inglesa das parcerias público-privadas tem como base os projetos desenvolvidos sob um instrumento denominado Iniciativa para o Investimento Privado (em inglês, **PFI** de *Private Finance Initiative*). Nessa modalidade de associação público-privada, o setor público mantém a responsabilidade pela provisão de parte dos serviços (por exemplo, o setor privado constrói e mantém a infra-estrutura hospitalar, mas o setor público fornece os médicos e o resto do pessoal necessário).

Ainda assim, o instrumento se enquadra no conceito restrito de PPP, no qual o governo firma um contrato com o setor privado para a provisão de serviços cujo retorno social excede o retorno privado, não se prestando, portanto, à privatização ou concessão pura.

O conceito de PFI foi introduzido no Reino Unido em 1992, no governo do primeiro-ministro Jonh Major, com o propósito de aumentar os investimentos em áreas sociais, como saúde. Esses objetivos se viram inicialmente frustrados por fatores como falta de coordenação inicial e priorização insuficiente, com muitos projetos sendo tocados ao mesmo tempo e de forma muito rápida.

A correção de rumos incluiu a formação de uma força-tarefa do Tesouro para coordenar os projetos, a definição de prioridades, a remoção de obstáculos técnicos e uma abordagem flexível que permitiu que as PPPs admitissem outros modelos além do modelo típico “conceber, construir, financiar e operar”.

Os contratos de PFI são regularmente avaliados pelo *National Audit Office*, instituição independente do Governo ligada ao Parlamento (o equivalente ao TCU no Brasil). Uma das principais conclusões dessas avaliações é que as PFIs se mostraram

superiores às formas convencionais de contrato no que diz respeito ao prazo de conclusão do projeto, ao cumprimento do orçamento previsto e à relação preço-qualidade dos serviços prestados.

Em fins da década de 1990, já sob o comando do primeiro-ministro Tony Blair, do Partido Trabalhista, foram feitas alterações no modelo PFI, de modo a equilibrar as responsabilidades entre os parceiros público e privado, dando origem à PPP: a *public-private partnership*.

Mesmo antes da aprovação da Lei nº 11.079, em 30 de dezembro de 2004, a legislação brasileira já apresentava traços que demonstravam a sua adaptação à “filosofia PPP”, marcada, dentre outros aspectos, pela redução do papel do Estado na atividade econômica, viabilizada, especialmente, por meio das privatizações, o estímulo à competição nos serviços públicos, o incremento de um perfil regulador ao Estado, bem como o amadurecimento de um modelo de parceria, entre os entes público e privado, marcado pela maior autonomia conferida ao último. No Brasil, esse quadro marca, também, a transição de um modelo de Administração Pública burocrática para um modelo gerencial.²

A Lei nº 8.987, de 1995, já apresentava traços do modelo PPP, como se percebe, por exemplo, na ampliação dos riscos por parte do concessionário, como dispõe o inciso II, do artigo 2º da lei:

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;

² A reforma administrativa, encaminhada ao Congresso Nacional em agosto de 1995, caracterizava-se pela transformação da administração pública brasileira de burocrática em gerencial. A administração pública gerencial surgiu na segunda metade do século XX, motivada pela busca de meios capazes de enfrentar a crise fiscal do Estado; como estratégia para reduzir custos e tornar mais eficiente a administração dos serviços que cabiam ao Estado; instrumento de proteção ao patrimônio público; e insatisfação contra a administração pública burocrática. O enfoque gerencial da administração pública manifestou-se Grã-Bretanha (Thatcher 1979) e nos EUA (Reagan 1980). O gerencialismo consiste na administração voltada para resultados, orientada para os anseios do cidadão/usuário.

Houve, inclusive, uma previsão de transferência, ao concessionário, dos riscos alheios ao contrato, de modo a que se respeitasse o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como dispõe o artigo 10 da Lei n.8987/95: “Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.”

Outra intercessão entre a filosofia PPP e a Lei Geral de Concessões consiste na marca característica da concessão patrocinada, que é a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, como prescreve o artigo 11 da Lei nº 8987/1995.

Na Lei Geral de Concessões, já se admitiu, também, a possibilidade de uma maior participação da iniciativa privada por meio do critério de melhor solução técnica para a prestação de um dado serviço público, como se lê nos artigos IV, V e VI, do artigo 15, da própria Lei:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; ***(Inciso incluído pela Lei nº 9.648, de 27.05.99)***

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; ***(Inciso incluído pela Lei nº 9.648, de 27.05.99)***

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou ***(Inciso incluído pela Lei nº 9.648, de 27.05.99)*** (negrito nosso)

A Lei n.9.074/95, editada em complementação à Lei Geral de Concessões, também possibilita que o autor do projeto a ser licitado participe de sua execução, em seu artigo 31:

Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelo projeto básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras e serviços.

A Lei n.8666/1993, por sua vez, impossibilitava tal participação, como se observa em seu artigo 9º: “Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;”

Após o exposto, observa-se que, uma década antes da aprovação da Lei nº 11.079/2004, já se encontravam marcas do modelo PPP.

Conclusão

Após uma década da Lei 11.079/04 e de suas versões estaduais, vê-se ainda uma longa caminhada a seguir. Devem ser aprimorados os mecanismos de controle, bem como a efetiva participação da iniciativa privada. A configuração do modelo gerencial depende de um maior comprometimento por parte do Estado, para que se dê a real implementação do princípio da eficiência.

A Parceria Público-Privada (PPP) é concebida como um acordo firmado entre a administração pública e entes privados, que estabelece vínculo jurídico entre eles, visando à implantação ou gestão, no todo ou em parte, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público. Esta previsão tem permitido ampliar a atuação do Estado, mas muitos entraves ainda dificultam sua maior ampliação, a exemplo dos seguidos aditamentos após a celebração do contrato.

A desnecessidade de projeto básico para a efetivação da PPP permite que a iniciativa privada contribua, também, com sua eficácia para a definição do modelo contratual a ser adotado.

As PPPs começam a ser usadas pelos governos Federal e Estaduais, com o objetivo de viabilizar contratações de grande porte, por meio de contratos administrativos de concessão, na modalidade patrocinada ou administrada, principalmente ligadas às áreas de infraestrutura. De acordo com a lei, tais contratos devem ter valor superior a R\$ 20 milhões, ter período de prestação de serviços superior a cinco anos e não podem ter como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

A efetiva configuração de um Estado Regulador só tem a aprimorar as parcerias celebradas pelo governo, de modo especial em face da Lei 11.079/2004, permitindo que

as PPP se tornem uma proposta realmente eficiente.

Referências

- ALESSI, Renato. **Direito administrativo**. Milão: Giuffré, 1949. v.1.
- ARAÚJO, Fernando. **Economia política**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004. v. II.
- AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias públicos-privadas: Instrumento de uma nova Governança**. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008.
- AZEVEDO, Maria Eduarda **O enquadramento legal das parcerias público-privadas em Portugal: aspectos jurídico-financeiros**. Lisboa, Ciência e Técnica Fiscal – Centro de Estudos Fiscais, 1900, n.º423, p.107-152, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CRETELLA NETO, José. **Comentários à lei das parcerias públicos- privadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DELOITTE, Seminário PPP. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Arbitragem e as parcerias público-privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- RIBEIRO, M. P. **Parcerias público-privadas**. Brasília, DF: [s.n.], 2005. (Apresentação).
- RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP: parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros,

2011.

WALD, Arnaldo *et al.* **O direito de parceria e a lei de concessões**. São Paulo: Saraiva, 2004.