

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL**

Franciele da Silva Camara

**ELABORANDO FERRAMENTAS PARA A GESTÃO PÚBLICA:
Um Estudo sobre o Modelo Brasileiro de Parcerias Público Privadas com o
advento da Lei 11.079/2004**

São Sepé

2012

Franciele da Silva Camara

**ELABORANDO FERRAMENTAS PARA A GESTÃO PÚBLICA:
Um Estudo sobre o Modelo Brasileiro de Parcerias Público Privadas com o
advento da Lei 11.079/2004**

Nota de Monografia

Orientador: Prof. **Dr. Fernando Dias Lopes**

São Sepé

2012

Franciele da Silva Camara

**ELABORANDO FERRAMENTAS PARA A GESTÃO PÚBLICA:
Um Estudo sobre o Modelo Brasileiro de Parcerias Público Privadas com o
advento da Lei 11.079/2004**

Nota de Monografia

Conceito final:

Aprovado em de de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador Fernando Dias Lopes - UFRGS

Prof. Aragon Erico Dasso Junior - UFRGS

Prof. Rosária Lanzotti Moraes - UFRGS

DEDICATÓRIA

Primeiramente gostaria de dedicar a Deus e aos meus entes queridos (mãe, pai e mano), por terem me dado força para continuar a fazer o curso, por me auxiliarem em todos os momentos que precisei, mesmo estando distantes, por alguns quilômetros. Também não poderia deixar de dedicar ao meu companheiro, noivo, namorado e amigo por toda ajuda que tem dispensado a mim.

RESUMO

Esta monografia trata das Parcerias Público Privadas na Administração Pública nacional a partir da análise na Lei 11.079/2004. O trabalho tem como objetivo geral identificar os elementos que devem compor um manual de orientação aos gestores públicos sobre os conceitos estabelecidos por força da Lei. 11.079/2004 relativamente às PPPs de forma a evitar confundir com aqueles contidos na Lei 8.987/95, acerca da concessão de serviços públicos. O método de abordagem utilizado é o dedutivo, que parte do sentido amplo para o particular. Dessa forma ocorre a análise da Doutrina e das Leis, bem como da Constituição Brasileira. O método de procedimento adotado é o histórico, uma vez que comentam as fases do processo evolutivo da dicotomia público privado, bem como as noções de direito administrativo. E também será usado o método monográfico, na medida em que trata da análise específica sobre um tema. A hipótese inicial do trabalho foi confirmada, necessita-se de ferramentas que propiciem aos gestores das Administrações Públicas maiores esclarecimentos sobre as Parcerias Público Privadas. A Reforma Estatal proporcionou avanços no Estado Brasileiro, exemplo disto foi à criação das Leis de Concessões Administrativas e após das Parcerias. Dessa forma, o que falta para dar continuidade às mudanças na Administração Pública é a instituição de Cartilhas informativas para auxiliar principalmente os gestores públicos e também entes privados. Foi ressaltada a importância dos requisitos para que se configure uma PPP, o gestor deve estar atento àqueles, e por isto foi necessário elaborar uma Cartilha.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública, Princípios, Constituição Federal, Contratos, PPPs.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Diagrama Simplificado do Processo de Elaboração de Parceria Pública Privada (PPP)	57
---	-----------

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Categorias de países em relação às práticas de PPP	43
Tabela 2 - Experiências de PPPs nas Regiões Centro-Oeste, Sudeste e Sul ..	54
Tabela 3 - Experiências de PPPs na Região Nordeste	55

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	A IMPORTÂNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE PÚBLICO E PRIVADO NA CONTEXTUALIZAÇÃO DAS PPPs	12
2.1	NOÇÕES GERAIS SOBRE O PÚBLICO E PRIVADO	12
2.2	DIREITO ADMINISTRATIVO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	19
2.3	MUDANÇAS NO APARELHO ESTATAL	27
3	AS PPPs E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	36
3.1	NOÇÕES GERAIS	36
3.2	CONCESSÕES NA LEGISLAÇÃO	38
3.3	AS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS COMO CONTRATOS DIFERENCIADOS	40
3.3.1	Aspectos Históricos	40
3.3.2	A Lei 11.079/2004 e Seus Conceitos Principais	43
3.3.3	Elaborando Ferramentas para Gestão Pública: A Cartilha sobre PPPs	58
4	CONCLUSÃO	60
	REFERÊNCIAS	62
	ANEXO	71

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho foram estudadas as questões referentes à Administração Pública no que tange a dicotomia público-privada. Além disto, analisou-se a importância do conhecimento destes institutos para a compreensão das Parcerias Público Privadas (PPPs) e Contratos Administrativos.

Em complemento a isto, também foi estudado o Direito Administrativo na Constituição Federal de 1988. Pode-se observar que tal assunto encontram-se no texto constitucional. Ele oferece princípios basilares do Direito Público brasileiro, que foi bem explorado neste estudo.

No desenvolvimento da pesquisa, fez-se necessário aprofundar as questões relativas as mudanças ocorridas no Aparelho Estatal. Inclusive, chamou-se a atenção para algumas transformações em esfera mundial e após na realidade nacional. Assim, são referidas algumas teorias antigas a cerca da evolução da Administração Pública, até chegar na atualidade, comentando sobre o Neoliberalismo.

Após passou a se fazer a análise dos Contratos Administrativos e das PPPs. No trabalho foi abordado as Noções Gerais dos Contratos e Concessões. Dessa forma, a última modalidade estudada no trabalho foi as PPPs, com base na Legislação que dispõe a cerca desse tipo de Contrato Administrativo.

E por fim, foi visto as principais características das Parcerias Público Privadas bem como preceitua a Lei 11.079/2004 que a instituiu.

Atualmente as Administrações Públicas passam por dificuldades financeiras gerando a necessidade de empréstimos e terceirizar serviços para baratear custos. No entanto, muitos projetos deixam de ser concluídos ou financiados em decorrência que muitos gestores desconhecem a Lei 11.079/2004, que trata das PPPs. Por isso, acabam confundindo este instituto com as privatizações ou até mesmo com as terceirizações.

Neste contexto, as PPP são contratos administrativos de concessão, celebrados entre ente público e ente privado, com a finalidade de realizar uma obra pública acima de vinte milhões, podendo esta ser realizada nas modalidades patrocinada ou administrativa. Os exemplos de Parcerias que hoje mais ocorrem são as construções de rodovias, pontes, estádios de futebol e presídios.

O tema é polêmico em sua base, sendo um problema atual para os gestores públicos. Estes possuem receios e preconceitos em relação às parcerias, uma vez que desconhecem a conceituação e o amparo legal existente às PPP. E essa é uma questão decisiva, no que se refere à remodelação dos Contratos Administrativos, considerando-se o contexto atual.

As Administrações Públicas Municipais são entes federados que menos recebem repasses da União para a concretização de serviços públicos. Diante disto, surge a Lei das PPP como uma ampliação do leque para o financiamento de obras públicas, onde as instituições privadas podem contribuir com as instituições públicas para que estas realizem de maneira satisfatória os serviços públicos. Assim faz-se necessário esclarecer o que de fato concerne as PPP, de modo que se torne compreensível ao gestor aceitar a possibilidade de PPP sem confundi-la com os institutos já referidos anteriormente.

Assim, apresenta-se como problema central na pesquisa identificar: Quais elementos devem compor um manual de orientação aos gestores públicos sobre os conceitos estabelecidos por força da Lei. 11.079/2004 relativamente às PPPs de forma a não confundir com aqueles contidos na Lei 8.987/95, acerca da concessão de serviços públicos e como tais conhecimentos poderão ser repassados aos mesmos?

Identificar os elementos que devem compor um manual de orientação aos gestores públicos sobre os conceitos estabelecidos por força da Lei. 11.079/2004 relativamente às PPP, de forma a evitar confundir com aqueles contidos na Lei 8.987/95, acerca da concessão de serviços públicos, bem como montar um plano de ação para repasse de tais conhecimentos contidos no manual.

Outros objetivos instrumentais utilizados na formulação do presente trabalho foram descrever os aspectos históricos e contextuais, que levaram à criação da Lei, conceituar as PPP. Para tanto, analisou-se a Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões Comuns), a Lei nº 9.074/95 (Ato Regulatório das Concessões) e a Lei 11.079/2004. Além disso, buscou-se comparar a Lei de Concessões e a Lei das Parcerias Público Privadas. Em complemento, preparou-se um plano de repasse dos conhecimentos contidos no manual.

No presente trabalho aborda-se um tema relevante a medida que se trata de um assunto polêmico e atual. Isto resta claro, uma vez que busca-se reconstruir aspectos do intuito reformista que ideologicamente dominou o Aparato Estatal na

década 90. Tal perspectiva é ideologicamente oposta àquela que encontrou vigência no Poder Executivo nas décadas precedentes.

Nesse sentido, a pesquisa se justifica por abordar o Reformismo Institucional Estatal, mesmo que indiretamente, uma vez que o objetivo principal é a reconstrução dos contextos que ensejaram as PPPs. É relevante portanto o estudo sobre as Parcerias, considerando-se que este carece de esclarecimentos sobre do que realmente trata. Afinal, as PPPs, enquanto instrumentos da ação do Estado, representam uma perspectiva diferenciada.

Uma vez que, esse é um assunto que entrou na pauta apenas nos últimos 8 anos, percebe-se que há um lapso no que se refere as explicações. Esse lapso é demonstrado pela falta de estudos específicos sobre o tema, uma vez que este é encarado apenas como um subtema dentro de uma questão mais global, envolvendo as definições do direito administrativo. Em complemento, tem-se a utilização em demasia do termo Parcerias Público Privadas em determinadas prefeituras por seus gestores, demonstrando dessa forma que não havia conhecimento prévio do assunto.

Em consideráveis vezes, os administradores e gestores públicos intitulam erroneamente alguns contratos administrativos como PPPs. No entanto, esta espécie possui características próprias, que as tornam únicas. Essa é a clara demonstração de que há motivos suficientes para ter este tema como foco, especialmente para um curso voltado para a formação de gestores públicos.

Além disto, a Parceria para ser instituída exige um contrato administrativo que observa os critérios da Lei das PPPs de 2004 Ainda, justifica-se a pesquisa pela riqueza de elementos que pode trazer podendo inspirar os gestores públicos a analisar e entender melhor as interações entre o público e o privado nas concessões.

Para realização da pesquisa foram utilizados dados secundários, retirados de pesquisa bibliográfica, em fontes físicas e virtuais, bem como pesquisa documental. Esses diversos dados foram compilados no corpo do presente trabalho, visando reconstruir o estado da arte do modo mais completo possível.

Os principais autores, no que se refere aos aspectos jurídicos foram: Maria Z. Di Pietro e Celso A. B. de Mello. Quanto às questões referentes à Reforma do Estado os principais autores foram: Marçal Justen Filho e Fernando Henrique Cardoso. Já no que tange às questões referentes às PPPs e aos contratos

administrativos os principais autores foram Odete Medauar e Barbara M. B. de Brito e Antonio H. P. Silveira. Tendo sido realizada a pesquisa preliminar e recuperação de fontes entre os meses de setembro a março de 2012.

Quanto ao plano de análise, foi realizada inicialmente a análise de conteúdo de cada obra, buscando identificar o estado da arte acerca do tema. Passada essa fase, uma vez identificados os rumos teóricos atuais, partiu-se para a construção do objeto em termos teóricos. Nesse sentido, ele se diferencia, ao mesmo tempo em que se aproxima do estado da arte atual, reconhecendo-se a importância dessa nova concepção que a lei atribui à interação dos entes públicos e privados.

Essa diferenciação que a lei desde 2004 atribui se fundamenta em uma revisão da perspectiva de atuação do Estado. Dessa forma, é reconhecida a importância do mercado no dimensionamento das ações políticas daquele ente.

O primeiro capítulo trata da importância da distinção entre o Público e Privado na Contextualização das PPPs, logo faz-se um estudo sobre Noções Gerais de público e privado, após comenta-se sobre a Constituição brasileira e o direito administrativo. Após comentam-se as mudanças no Aparelho Estatal último item do primeiro capítulo.

Já no segundo capítulo passa-se a explorar as PPPs e os Contratos Administrativos. Com isto, foram estudadas as noções gerais dos contratos administrativos e após como são referidos na legislação. Como último item deste capítulo foi estudado as PPPs como contratos diferenciados com base na Lei 11.079/2004 a qual deu origem a tal modalidade de contrato.

2 A IMPORTÂNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE PÚBLICO E PRIVADO NA CONTEXTUALIZAÇÃO DAS PPPs

Neste capítulo é estudada uma das dicotomias mais clássicas do mundo jurídico, que é a discussão entre o Direito Público e o Direito Privado. A ciência jurídica, desde os primórdios, estabelece métodos para diferenciar aqueles dois ramos do direito. Mas com o aprofundamento do saber jurídico, a cada dia esta separação do público e privado se dissolve.

2.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE O PÚBLICO E PRIVADO

Nos primórdios do Direito que se remete a origem Romana, o público e o privado tinham conceitos bem diferentes que os mantinham bem separados. Sintetizando-se, o conceito mais utilizado para o “*ius publicum*” e o “*ius privatum*” no Digesto de Ulpiano: “*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem*”, que significa: “O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, a *polis* ou *civitas*; o privado à utilidade dos particulares” (OLIVEIRA, 2003 sp). A partir desse raciocínio entende-se que o público só intervém nas relações do Estado, enquanto que o privado é para os cidadãos e tão somente esses nas suas mais diversas relações cotidianas.

Segundo Sundfeld (2002, p.139) a respeito do direito público e privado respectivamente menciona a “existência de duas perspectivas possíveis para o estudo do Direito: a primeira concernente ao modo de ser do Estado romano (normas sobre a organização política e religiosa do Estado); a segunda, relativa aos interesses dos particulares.”

Já para Di Pietro (1989, p. 17-20), na Roma Antiga, a diferenciação entre o direito público e privado não passa de um momento histórico que aquela sociedade vivenciava. As questões do Estado eram tratadas separadas das questões referentes aos indivíduos. E, para aquela sociedade era perceptível essa divisão.

O direito privado sempre despertou maior interesse pelos juristas e dessa forma foi evoluindo, ao passo que o direito público era preterido, tendo pouca relevância no mundo jurídico (PASQUALINI, 1999, p. 15-25). Na Idade Média, com as cidades feudais, o poder estatal central era mínimo. Em razão disto, havia uma inter-relação entre o público e privado.

Sobre este tema Kelsen tratou de informar que embora os ramos de direitos sejam distintos eles não ficam em total discordância. Assim Kelsen assevera que:

[...] esta distinção não tem qualquer fundamento no Direito Positivo [...] Esta doutrina de uma essencial distinção entre Direito Público e Privado enreda-se na contradição de afirmar a liberdade (desvinculação) perante o Direito (“*Freiheit vom Recht*”) – que reclama para o domínio do ‘Direito’ Público enquanto domínio da vida do Estado – como princípio de Direito (“*Rechts-Prinzip*”) como a característica específica do Direito Público. [...] a absolutização do contraste entre Direito Público e Privado cria também a impressão de que só o domínio do Direito Público, ou seja, sobretudo, o Direito Constitucional e Administrativo, seria o setor da dominação política e que esta estaria excluída no domínio do Direito Privado. (KELSEN, 1997, p. 296-300)

Para incrementar o debate sobre o público e privado, ensina o mestre teuto Gustav Radbruch:

Mas o que vem a ser *direito público*, o que é *direito privado*? Contentemo-nos com esta constatação: quando uma obrigação é fundamentada na ordem de um terceiro, ela é *regularmente* direito público, ao passo que obrigações de direito privado surgem regularmente de auto-sujeição do compromitente: pagar impostos e prestar serviços como jurado é-se obrigado a fazer, quer se queira, quer não; pagar objetos comprados e desempenhar determinadas tarefas só se faz por ter-se assumido as conseqüências decorrente de um contrato de compra e venda ou de trabalho. As relações jurídicas entre pessoas que se encontram em situação de supremacia e sujeição, em outras palavras: relações jurídicas entre soberano e súdito, são objeto do direito público; o direito privado somente se ocupa de relações jurídicas entre juridicamente iguais. (Radbruch 2002, p. 80)

Singelamente, Radbruch ensina que onde há partes juridicamente iguais, a questão a ser discutida tem viés de direito privado. Ao mesmo tempo em que o jurista sugere conceituações para o ramo público, também o faz para o ramo privado. Ao longo de sua tese, refere que nem sempre houve divisão entre aquelas esferas. E por isso, refere que:

Algumas vezes, o Direito público é uma pequena faixa protetora que rodeia o direito privado, coração de todo o Direito; outras vezes, o Direito privado é, ao contrário, a margem deixada pela iniciativa privada no campo cada vez mais extenso do Direito público, margem que tende a diminuir cada vez mais, a medida que o tempo passa. (Radbruch ,2002, p. 90)

A cerca disto, na doutrina nacional, Juarez Freitas (1995. p. 09-13) analisa a questão da dicotomia da seguinte forma: que essa teoria é superada e que a separação entre os ramos não deveriam seguir, o jusprivatista ocorre entre iguais e

o juspublicista entre relações regradas por princípios específicos da Administração pública. Esses conceitos não deveriam ser estanques, mas sim complementares. O autor sugere uma noção de Direito que tanto no público, quanto no privado seja de acordo com o interesse público com o fim de manter a ordem pública esfera pública e privada em interação.

As mudanças históricas, sociais e econômicas propiciaram também modificações nas relações entre o direito público e privado. Desta forma, desde o *Corpo Iuris Cilive*, há definições sobre o público e privado, descrevendo seus conceitos e a dicotomia entre os institutos. Com relação a isto, comenta Carlos E. Q. Pereira que

[...] a dupla de termos público/privado faz seu ingresso na história do pensamento político e social do Ocidente como “a grande dicotomia” [...] constantes transformações políticas, econômicas e sociais que induzem significativas mudanças nos padrões de relação entre o setor público e o setor privado, entre o Estado e a livre iniciativa dos particulares.(PEREIRA, 2006, sp)

A partir do Iluminismo começou o desenvolvimento do liberalismo, e desta forma, surgiu o pensamento da economia, sendo esta regulada pela lei da oferta e da procura, se desenvolvendo com a intervenção mínima do Estado nas relações de mercado. A este tipo de situação se denominou de Estado mínimo. Logo define-se o Estado Liberal nas palavras de Ricardo C. Coelho:

Por liberal, designa-se uma ordem política sob a qual todos os indivíduos são livres e independentes, não submetidos ao poder de nenhuma outra pessoa, mas todos igualmente submetidos à lei; e por Estado mínimo, designa-se a organização política que interviria apenas naquilo que fosse estritamente necessário para garantir a liberdade e igualdade dos cidadãos, ficando todas as demais dimensões da vida social a cabo da regulação do mercado. Essas definições de Estado liberal e Estado mínimo iriam ser recorrentemente invocadas no debate político ao longo do século XX. (COELHO, 2009. p. 77)

Após a Revolução Francesa é que o direito público passa a desenvolver-se. O Estado passa exercer funções na economia e a atuar diretamente como supremo sobre a sociedade (PASQUALINI,1999)

Neste contexto, no Brasil não existiu um Estado Liberal tal como foi nos países europeus e nos Estados Unidos. Isso ocorre à medida que, nos primórdios do Estado mínimo, o país ainda estava sob um Império e após, instaurou-se a

República, mas no formato de oligarquia. Sobre isto afirma Ricardo C. Coelho:

Embora o advento da República no Brasil coincida com a democratização dos Estados liberais, o novo regime brasileiro não foi mais que um simulacro dos regimes liberais-democráticos europeus, devendo ser mais rigorosamente classificado como uma república oligárquica do que como uma democracia liberal.(COELHO, 2009, p. 81)

É inegável que a idéia de Estado Liberal mexeu com as estruturas dos países que a utilizaram, tornando os ideais iluministas e também da própria Revolução Industrial e Francesa mais sólidos.

A partir disto, o debate sobre como o Estado devia intervir nas relações públicas e privadas foi ganhando novos contornos e desenvolvendo-se de tal maneira, que evoluiu para o chamado Estado Social. Neste último, as mudanças ocorridas foram sociais, econômicas e grandiosas para o direito público.

Por isto, Miranda analisa a transformação do comportamento do Estado ao longo do tempo, descrevendo as fases que o mesmo passou da seguinte maneira: “a) do Estado neutro ao Estado ético; b) do Estado mínimo ao Estado providência; c) do Estado polícia ao Estado de bem-estar; d) do Estado jurídico ao Estado cultural e, por fim, e) do Estado legislativo ao Estado Administrativo”(MIRANDA, 1990, p. 88-89).

O Modelo de Estado Social concedeu aos indivíduos direitos sociais, chamados direitos de 2ª geração, na concepção de Norberto Bobbio. Este autor afirma que: “Os direitos da segunda geração dominam o século XX. São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades.” (BOBBIO,1992. p. 06)

Logo, infere-se que no Estado Social, “se afirmam os direitos sociais e trabalhistas, sendo propício para o redirecionamento das funções do Estado. Prega-se a intervenção do Estado na economia a fim de diminuir os conflitos sociais.” (PEREIRA, 2006, sp)

Nessa senda, a história traz também conflitos aos quais não podem ser esquecidos, por também provocarem mudanças no comportamento dos países ante a lastimáveis situações como foi a Segunda Guerra Mundial. Em decorrência deste acontecimento, a Europa encontra-se arrasada e necessita reerguer-se e a solução encontrada foi à criação do Estado de Bem Estar Social para que fosse proporcionado aos indivíduos maior confortabilidade em razão do período bélico ter

causado tanto desconforto e insegurança a coletividade. Sobre isto argúi Carlos E.Q. Pereira que o Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*) foi: “caracterizado pela forte presença do Estado na economia, a prover diretamente determinados serviços de interesse geral, que passarão a ser considerados serviços públicos.” (PEREIRA, 2006, sp)

Os recursos públicos no Estado de Bem Estar Social visam à implementação de políticas públicas voltadas para as necessidades mais essenciais da população, nos campos da saúde, educação e segurança pública.

Entretanto, na década de 80 o *Welfare State* começa a decair em seu assistencialismo, devido às fragilidades da economia mundial, como a inflação em países pobres e a estagnação, nos países ricos (PEREIRA, 2006). Com isto, surgem aspirações a um novo pensamento Liberal, o chamado Neoliberalismo. O neoliberalismo traz o Estado como um parceiro na prestação de serviços para a comunidade. Sobre o Estado Neoliberal, Carlos E. Q. Pereira aduz que:

Impõe-se ao Estado contemporâneo o desempenho de um novo papel: sai o protagonista absoluto do desenvolvimento econômico e social e surge a personagem co-partícipe na prestação dos serviços públicos em associação com o setor privado.(PEREIRA, 2006, sp)

Logo, com a redefinição das funções estatais, ante a nova Ordem Econômica da Globalização, os modelos anteriores ficam superados. Nesse sentido, o público e o privado passam a interagir, para que haja a concretização do interesse coletivo. Sobre isto, Rosalice Fidalgo Pinheiro afirma que:

reunindo ambas as faces, neoliberal e globalização, instaura-se no Brasil, onde sequer chegou a efetivar-se o Estado social, o retorno à sua concepção liberal, caracterizada pela sua retirada do campo econômico-social. Trata-se de um “Estado mínimo”, equacionado na esfera social pela onda de “desvalorização” e na esfera econômica, pela máxima: “menos Estado, mais mercado.(PINHEIRO, 2004, p. 173)

Corroborando com o entendimento acima, as mudanças que o capitalismo e a tecnologia geraram na relação público e privado propiciaram a evolução no pensamento arcaico destes conceitos. Onde antes o público era o contratante e o privado o contratado, na atualidade há novas metodologias para esta relação como: as concessões para serviços públicos, as PPP, desestatizações, privatizações e, por fim, as terceirizações.(PEREIRA, 2006)

Pensamentos Neoliberais emergem. Como exemplo disto, tem-se a concepção de Amitai Etzioni (2000) tratando de como seria composta uma boa sociedade, citando três elementos os quais são: o governo, o setor privado e a comunidade. Estes três componentes aliados se complementam e devem se ajudar, não devendo ser opostos em seus interesses. Logo, na

[...] boa sociedade os três setores procuram cooperar uns com os outros . Cada um é parte da solução: nenhum é tachado por ser a fonte do problema. São complementares e não antagonistas. E, o que é mais importante, cada parte contribui para que as demais cumpram suas funções para assegurar que cada um cumpra seu dever para que não haja usurpação de uma tarefa que o outro pode realizar melhor[...] (ETZIONI, 2000, p. 75)

Raciocinando-se dessa maneira, Amitai Etzioni (2000), em sua obra propõe uma nova Administração Pública. Ela funcionaria em conjunto tanto com setor privado, quanto com a própria sociedade. Todos participariam ativamente sendo esta a maneira eficaz para que o Estado não entre em crise no exercício de suas funções.

Neste viés, Maria J. Estorninho (1996, p. 30) aduz, que o Estado ao assumir novas funções, nas esferas políticas, econômicas e jurídicas, tornou-se maior do que sua estrutura podia suportar. Com isto, não concretizou o planejamento almejado e por isto o Estado entrou em crise. O reconhecimento da notória incapacidade estatal para atender as demandas coletivas causou um colapso, onde o Estado Neoliberal assume forças para instaurar uma nova gestão administrativa que opere de maneira gerencial com ênfase nos princípios da legalidade e eficiência.

Na última década do século XX, o que se vislumbrou foi o avanço dos estudos sobre o direito público. Juristas como Maria Z. Di Pietro (1989, p. 11) iniciaram debates sobre o público e privado, tratando da publicização dos espaços privados e da privatização do direito público, para semear a idéia de que o público e privado estão em processo de simbiose.

Afirma Ortiz (1999), que a privatização do público significa a forma que Administração Pública encontrou para realizar suas novas funções substituindo o método burocrático pelo gerencial, este último muito usado pela gestão privada. E é por isto que o público e privado, neste contexto passam a se interceptar.

Segundo Weida Zancaner há um problema na Reforma Neoliberal do Estado. Em razão disto, adverte que:

com o advento das reformas neoliberais, o Estado inverteu a ordem do direito posto e da ideologia política juridicizada na Lei Maior, possibilitando que empresas privadas pudessem prestar serviços públicos antes vedados pela Constituição, privatizou empresas públicas, vendeu o patrimônio nacional e ainda passou a se eximir da prestação dos serviços sociais como educação, saúde, cultura, pesquisa e tecnologia científica e, agora, a previdência, transferindo bens e dinheiros públicos, sem licitação, às chamadas organizações sociais, através de contratos de gestão, tudo conforme a Lei nº 9.637, de 15.05.98, num abuso sem precedentes no trato da coisa pública (2004, p. 344)

A questão problemática que Zancaner (2004) refere-se é o fato da Administração Pública tratar de interesses coletivos, enquanto que o direito privado de interesses entre particulares. A administração, agindo como se fosse ente privado pode prejudicar o cidadão, uma vez que deixará de ser tratado como tal assumindo a categoria de apenas consumidor, logo será apenas usuário de um serviço.

Observando de maneira contrária Maria Coeli Simões Pires infere que as doutrinas contemporâneas:

põem em cheque a dicotomia público-privado, seja apontando a confusão das duas esferas, com o reconhecimento da impossibilidade de sua autonomização, seja afirmando a distinção das ordens, neste caso defendendo a certeza de correspondentes conteúdos apriorísticos, ou, sob a negativa de tais certezas, projetando a ressemantização de cada núcleo polarizador e a reconciliação das autonomias e, por conseguinte, a ruptura da visão antitética das esferas, para acolhê-las em complementaridade a partir de eixos deslocáveis (PIRES, 2005, p. 367)

Logo, a divisão entre público e privado foi diminuindo. As fronteiras que os separavam existem apenas para fins didáticos, comungam dessa idéia os seguintes autores: no plano Nacional, Celso Antônio Bandeira de Melo, Romeu Felipe Bacellar Filho, Odete Medauar, Cármem Lúcia Antunes Rocha, Ana Cláudia Finger, Emerson Gabardo, Luis Edson Fachin, Alexandre Pasqualini, entre outros. No plano internacional, destaca-se adotando posicionamento similar Maria João Estorninho, os mesmos que defendem unificação dos dois entes, para que haja complementação, e melhor prestação do serviço público. Também salienta Rafael U. Machado:

A tradicional separação entre público e privado, entre regime jurídico-administrativo e o regime privado devem continuar existindo. Contudo, não mais dicotomizada como anteriormente. Hoje, existem inúmeros pontos de convergência entre tais regimes. (2011, sp)

Assume-se que a dicotomia entre público e privado encontra-se superada e para fins didáticos ainda deve ser usada. Como já analisado, alguns autores admitem a forma de estudo usando-se o termo dicotomia, outros sugerem que deve ser abolido o uso da dicotomia. Estes apenas referem que há uma separação entre o público e privado, sempre ratificando que há pontos nos quais há interação dos institutos.

Dessa forma, no próximo item para melhor entendimento da questão estuda-se o Direito Administrativo na Constituição Federal.

2.2 DIREITO ADMINISTRATIVO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com as transformações no Estado de ordem social e econômica, foram sendo geradas inúmeras incertezas (MACHADO, 2011) se o aparelho estatal conseguiria de maneira eficaz produzir resultados satisfatórios. Ante essas novas mudanças, a sociedade se desenvolve velozmente, ao passo que as instituições de forma lenta, fazendo com que urgentemente se Redefina o papel do Estado e da Administração Pública.

Nesse diapasão, a Administração Pública é o ponto central, pois deve concretizar o interesse público diante dos problemas da população que se apresentam. Além disso, deve proporcionar aos administrados segurança jurídica. Desse modo, Rafael U. Machado (2011, sp), refere:

[...] é dever do Estado e mais especificamente da Administração Pública brasileira adaptar-se às *novas circunstâncias* do mundo moderno, mesmo que, para tanto, tenha que rever muitos de seus *conceitos tradicionais*, implementando *novas formas* de administrar a “*res pública*” através de uma maior aproximação com *entidades privadas*.

Ora, se a Administração Pública passa por transformações importantes, deve mudar sua maneira de agir e pensar aprimorando as teorias arcaicas. Isso permite que se proporcione o que a nova sociedade exige, implementando métodos alternativos para obter resultados de forma eficiente. Somente assim o Estado se desvencilhará dos paradigmas antigos.

Neste contexto, seguindo as tendências americanas e européias no Brasil, há uma reformulação do seu Estado nas esferas política, econômica e jurídica. Isso é o

que se entende da explanação de Élide G. Pinto (2001, sp), ao tratar da Constituição de 1988:

Contra a memória do período ditatorial, em 1988 surgia uma nova Constituição mais generosa em liberdades civis, em direitos dos cidadãos e em garantias sociais, cujo objetivo no médio prazo era consolidar a transição do Estado brasileiro, então ditatorial e intervencionista, rumo a um modelo de Estado Democrático de Direito.

As novidades elencadas na Constituição de 1988 se iniciam já no artigo 1º *caput*, o qual dispõe:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos[...] (BRASIL, 1988)

Observa-se que a transformação no país foi drástica, pois vinha de um Regime Ditatorial e extremamente autoritário, passando para um Estado Democrático de Direito. Tais mudanças são percebidas ao longo de todo o texto constitucional, o que não será explorado nesse estudo. No entanto é objeto de análise o tratamento que a Constituição concedeu à Administração Pública.

Dessa maneira, o Direito Administrativo Brasileiro na Carta Magna de 1988, passa a ter disposições expressas jamais vistas. Isto porque, surgem princípios no Estado Democrático, que devem ser respeitados. E estes servem para manter a ordem pública e jurídica dos atos da Administração Pública.

Ressalta-se a importância do cumprimento do princípio da supremacia do interesse público o qual é indisponível e dita que entre um interesse particular e um interesse público o que prevalece é este último. Corrobora com esse entendimento Marçal Justen ao comentar:

a supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público é uma decorrência de sua supremacia.(2005, p. 35)

Logo quando a Administração Pública celebra um contrato com um particular a primeira premissa a ser posta no contrato é a questão da supremacia do interesse público. Esse nada mais é que prover a sociedade os serviços básicos e essenciais

de maneira eficiente com vistas ao bem coletivo. Neste contexto, torna-se oportuno referir nas palavras de Celso B. Mello o conceito do interesse público “é o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm enquanto considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (MELLO, 2009, p. 50). O Princípio da Supremacia do Interesse Público é o mega princípio da Administração Pública, devendo ser relevado em cada ato do gestor público.

O surgimento, na Constituição, de um Capítulo específico destinado a Administração Pública, iniciando-se em seu artigo 37 até o artigo 43 e seus parágrafos (BRASIL, 1988), é a prova de que redefinições estruturais começavam neste país.

Neste contexto convém apresentar o que dispõe o art. 37 da Constituição de 1988: “A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” (BRASIL, 1988)

É imprescindível tratar das bases que construíram a nova ética na esfera administrativa pública. Neste viés, a Constituição de 1988 elencou em seu art. 37 *caput*, os princípios que a Administração Pública não pode se escusar de utilizar.

Assim, as Constituições contemporâneas possuem carga normativa e pelo direito posto, ditam regras as quais todo o ordenamento jurídico deve cuidar para não afrontar. Por isto, infere Cléve o seguinte:

As Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício de poder, transformando as potestades em autoridades, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os poderes públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador (CLÉVE, 1993, p. 22).

Logo, o que aconteceu na Carta Magna de 1988 foi a Constitucionalização do Direito administrativo. E isso foi realizado, em função da matriz principiológica na qual se assenta a Administração Pública (ROCHA, 1994. p. 65)

Os princípios encontrados no art. 37, *caput*, também são denominados segundo Bacellar (1998, p. 151) de “princípios constitucionais especiais da

Administração Pública” os quais formam “núcleo básico regulatório da Administração Pública Brasileira” (VASCONCELOS, 2000, p. 208). Como tal, para BERTONCINI (2002, p. 87) estabelecem “a base normativa fundamental do regime jurídico administrativo”.

Neste prisma, para Freitas (2007) os princípios constitucionais impregnam a ordem jurídica vigente e gozam de primazia no sistema constitucional, em face da hierarquização axiológica. Sobre esse assunto, Mara A.N. Ferreira (2009) infere que se deve ter cuidado, quanto à interpretação desses princípios. Estes devem ser interpretados junto com os outros. Isto porque, “a vinculação é relativizada diante da mitigação e mútua influência de uns sobre os outros” (FERREIRA, 2009, p. 108)

Segundo a mesma autora, a Constituição Federal devido sua unidade possui:

efeito integrador, a máxima efetividade, a concordância prática, a conformidade funcional, entre outros. O processo hermenêutico constitucional ocorre em três dimensões: prevalência da Constituição Federal buscando não contrariá-la, conservação das normas desde que seja possível interpretação conforme a Constituição e, exclusão de interpretação conforme mas *contra legem*, pois não se pode contrariar o sentido da norma. (FERREIRA, 2009, p. 109)

Com isto, deve-se observar que um princípio, ao estar incluído no texto constitucional, possui máxima efetividade. Assim, deve ser interpretado no sentido que a norma foi feita, não podendo existir distorções contrárias à norma. Em consonância ao que foi referido, leciona Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a forma mais grave de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2009, p. 630)

Após essas breves explicações sobre a matriz principiológica constitucional passa-se a estudar os princípios constitucionais administrativos.

Inicia-se pelo Princípio da Legalidade. Este foi instituído para anunciar que a Administração Pública nada pode fazer, se a lei não permitir. Tal princípio é conhecido por ser fundamentalmente nas palavras de Mello (2009, p. 100) um “antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania.” Ressalta neste ponto Pires *apud*

Freitas (1995, p. 202) que não se trata de “um mero princípio geral, mas um princípio fundamental.”

Além deste, há também que se estudar o Princípio da Impessoalidade que também integra o artigo 37 da Constituição nacional. Aquele proclama que na Administração pública não são admitidas preferências pessoais, devendo o agente público ser neutro e objetivo (FERREIRA, 2009).

Neste sentido, Figueiredo (2003, p. 62) refere “a impessoalidade caracteriza-se, pois, na atividade administrativa, pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político.” Ora, se o servidor público estiver isento de sentimentos que possam interferir no desempenho de sua atividade, no âmbito da esfera pública, o agente agirá de maneira impessoal. Dessa forma, não estará prejudicando ou beneficiando determinada pessoa.

A atuação estatal, considerando-se o princípio da impessoalidade, se manifesta de várias formas comenta Ferreira (2009, p. 135): “nos processos licitatórios, nos concursos públicos, no processo administrativo disciplinar, especialmente no modelo de administração pública burocrática.” Oportuno referir que através daquelas formas que a Administração Pública se reveste de impessoalidade, assegura Gabardo (2002, p. 38) que é: “uma forma de garantir impessoalidade, tanto na definição de procedimentos e funções, quanto na escolha das pessoas destinadas a concretizá-las é o modelo burocrático, que centraliza as decisões.”

Além disto, todo esse controle dentro do aparelho estatal, apesar de ser burocrático, merece elogio, tendo em vista que o princípio da impessoalidade exige o afastamento de subjetividades. São trazidos por Ferreira alguns exemplos de ferimento ao Princípio da impessoalidade:

- a) nepotismo: (do latim nepos – neto ou descendente) trata-se de prática onde os agentes públicos, valendo-se da sua posição, concedem favores, benesses e cargos a pessoas ligadas a eles por laços afetivos (parentes e amigos) e, mundialmente, está atrelado à corrupção;
- b) partidarismo: o que diferencia do nepotismo é a natureza do elo ensejador da prática – neste caso, é a ligação político-partidária entre o agente público e a pessoa beneficiada;
- c) pessoalidade administrativa e elaboração normativa: trata-se de prática onde a produção de normas e regulamentos trazem determinados privilégios à categorias específicas, como por exemplo, majoração de salários de servidores públicos;

d) promoção pessoal: esta categoria de prática é bastante usual na esfera política, onde os agentes, sob o pretexto de divulgar informações públicas, acabam promovendo campanhas publicitárias com vista à autopromoção, utilizando recursos públicos. Utilizam marcas, jingles e slogans propagando marcas pessoais de campanha. (FERREIRA, 2009, p. 137)

Conforme o estudo, vislumbra-se que as práticas de Nepotismo, partidarismo, pessoalidade administrativa e promoção pessoal são as formas mais comuns de afronta ao princípio fundamental já referido.

Em defesa da Impessoalidade, chegou às altas cortes do Judiciário um assunto bem atual, que é a questão do Nepotismo no setor público. Nesse sentido, foi editada a Súmula de número 13 (BRASIL, 2008) do Supremo Tribunal Federal, a qual expressamente proíbe o Nepotismo que nada mais é do que dar emprego, cargo de chefia e caros comissionados, para familiar consangüíneo até 3º grau na Administração Pública direta ou indireta em qualquer dos entes federados. Com tal vedação surgiu mais um aparato para não deixar que o princípio constitucional da impessoalidade seja descumprido em favor do agente público ou de terceiro que lhe é afeto.

Continuando a apresentação dos Princípios inerentes à Administração Pública, surge o Princípio da Moralidade que significa como bem explica Ávila:

[...] o princípio da moralidade exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, mesmo que não previstas na lei. Constituem, pois, violação ao princípio da moralidade a conduta adotada sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração da expectativa criada pela Administração. (ÁVILA, 2005, p. 77)

Nesse viés o agente público deve agir com retidão e objetividade de acordo com a vontade da administração para o bem do interesse público, sendo imoral aquele que não for ético e probo. Sob essa perspectiva, Freitas (2004, p. 321) “a moralidade administrativa imputa essas regras éticas à Administração Pública: não diz respeito àquilo que se costuma fazer, mas àquilo que se espera que se faça, tendo em vista o juízo objetivo da sociedade sobre o certo e o honesto.”

De acordo com o Princípio da Probidade ou Moralidade, esta representa a submissão a princípios de honestidade, que não serão reprovados pela a sociedade em geral. Em linhas gerais analisando-se o aspecto subjetivo, aquele agente que tem múnus público deve se ajustar aos padrões éticos para evitar desvios de comportamento. Esse aspecto subjetivo diz respeito ao sujeito e não é apenas uma

exigência da Administração Pública mais que isso é um dever de todos tanto esfera pública quanto a privada (FERREIRA, 2009).

Importante referir que para coibir as práticas de imoralidade na esfera pública foi criada a Lei 8.492/92 que trata da Improbidade Administrativa onde o agente público será responsabilizado pelos atos ímprobos que praticar. Outro ponto a ser lembrado é a sujeição do privado ao princípio da moralidade administrativa, conforme advertência feita por Freitas:

[...] tal princípio determina que se trata a outrem do mesmo modo que se apreciaria se tratado, isto é, de modo virtuoso e honesto. O “outro”, aqui, é a sociedade inteira, motivo pelo qual o princípio da moralidade exige que, fundamentada e intersubjetivamente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados e controlados à base da orientação decisiva e substancial que prescreve o dever de a Administração Pública observar [...](FREITAS, 2004, p. 53)

A exemplo dos outros princípios já referidos, a moralidade também desempenha papel fundamental dentro do ordenamento nacional. Neste sentido, comenta Moreira:

O princípio da moralidade é uma norma jurídica positivada ao nível constitucional e assim deve ser compreendida como integrante do sistema constitucional brasileiro, no qual as normas explicam-se umas às outras e assim celebram a harmonia e unidade da constituição. (MOREIRA, 2008, p.101)

Logo, o que se espera desse princípio desde sua inserção no texto constitucional é que tanto os cidadãos comuns, quanto os agentes públicos, sempre hajam de maneira proba com boa ética.

Neste diapasão, será tratado do Princípio da Publicidade, o qual está ligado diretamente com a transparência estatal, ao dar ampla divulgação de seus atos para que toda a sociedade tome conhecimento. Segundo, Ferreira (2009, p. 138) esse princípio: “deve-se entendê-lo de forma ampliada, visto que vai além da divulgação oficial de informações estatais - refere-se a disponibilização de informações a todos o tempo todo.”

De acordo com Rocha (1994, p. 242) “a falta de limites bem definidos ou bem respeitados entre o público e o privado, no desempenho estatal das atividades administrativas, justifica a inclusão expressa da publicidade como princípio constitucional.”

Já para Mello, o Princípio da Publicidade representa:

[...] um dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos, pois não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo, ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida (MELLO, 2009, p. 114)

Portanto esse dever do Estado Democrático de Direito com seus cidadãos deve ser analisado em sentido amplo. Atualmente clama-se por efetividade das normas constitucionais não sendo suficiente apenas estarem na Constituição se não são respeitadas como a lei posta manda.

Argúi Bacellar (1998, p.185) que “o servidor público não pode mais camuflar-se sob o manto da conveniência e do segredo administrativo - a transparência é exigência do exercício da cidadania.” Ademais cabe referir que a publicidade é um dever cuja inobservância implica em ato de improbidade administrativa como proclama o inciso IV do artigo 11 da Lei 8429/92.

Assumindo caráter material a publicidade proporcionará a viabilização do exercício da cidadania por meio da participação popular. Com isto, qualquer pessoa seja física ou jurídica que desenvolver atividade pública ou prestar serviço para a Administração Pública manuseando recursos públicos terá que dar publicidade do destino desses valores, com o fim de garantir o controle sobre os atos da administração por qualquer cidadão (FERREIRA, 2009)

Para por fim ao estudo dos princípios do artigo 37 caput da Constituição Brasileira será analisado o Princípio da Eficiência, que foi o último a ser colocado no documento constitucional. Na doutrina internacional segundo a visão de Agustín Gordillo, a eficiência é:

Constitui-se num novo princípio de direito administrativo supranacional, [...] especialmente em matéria de contratações públicas [...] impõe uma obrigação de resultado, qual seja, a eficiência no gasto ou inversão pública na contratação estatal [...] e gera responsabilidade [...] em direito administrativo interno e internacional. (GORDÍLLO, 1998, p. 17)

Na realidade nacional o Princípio da Eficiência significou a caminhada do país para avanços na economia e na prestação de serviços públicos, de maneira mais célere. Foi após quase 10 anos da promulgação da Carta Magna de 1988, que houve a inserção no texto do artigo 37 da Eficiência. O que ocorreu por intermédio

da Emenda Constitucional de número 19 de 1998. Essa inclusão, conforme Pinto, representou:

a Emenda Constitucional n. 19, de 04.06.98 eleva à condição de princípio constitucional a eficiência, que passa a fazer parte do caput do art. 37 como um dos princípios que regem a Administração Pública brasileira. Isto ocorre fundamentalmente na medida que tal Emenda conforma as diretrizes governamentais de implementação do modelo gerencial na Administração Pública, assim como perfaz toda a "Reforma Administrativa" propriamente dita da Constituição de 88. (PINTO, 2001, sp)

Graças a isto, fica perceptível que o Estado começa a se adaptar às novas idéias de reorganização do aparelho estatal. Nesse sentido, o entendimento de Justen Filho é o seguinte:

O direito administrativo é o conjunto das normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 01)

Em consonância a idéia supra, Meirelles (1999) referia que o direito constitucional traz normas de organização estrutural do Estado. Já o direito administrativo, se presta a cuidar do funcionamento da máquina pública. De acordo com este raciocínio de transformações que surgem nos países e em especial no Brasil, estudam-se, no próximo item, os modelos que os Estados utilizaram e as crises que os mesmos enfrentaram até chegarem ao Neoliberalismo.

2.3 MUDANÇAS NO APARELHO ESTATAL

O movimento de Reforma do Estado em nível global teve seus primórdios ainda no século XIX (Estado Liberal). O assunto não se esgotou naquela época, tanto é que somente se difundiu no final do século XX. Foi em virtude da Globalização, que os países sentiram a necessidade de se adequarem à nova ordem mundial, iniciando com mais afinco um processo de reestruturação de suas Administrações Públicas (MACHADO, 2011).

Na realidade nacional, como exemplo de reorganização estatal, houve a criação de autarquias e empresas estatais. No entanto, o modelo burocrático ainda

persistia. “Exemplo disso, no Brasil, fora à criação de autarquias (instituto do açúcar e do álcool, instituto do café) e empresas estatais (RFFSA – Rede Ferroviária Federal S/A, bancos, indústrias, etc.)” (MACHADO,2011. sp)

Reforça Machado (2011, sp) que um dos vetores para a reformulação da Administração Pública ocorreu no Estado Social, “ isto porque [...] As obrigações assumidas foram tantas que hoje não mais consegue prestar nem mesmo os serviços públicos mais básicos de forma eficiente.” Isto é, o Estado se sobrecarregou e o modelo burocrático não podia responder de maneira positiva as funções assumidas pelo modelo do Estado Social.

Como dito, a Globalização foi o fenômeno que mais acelerou o processo de Redefinição do Aparelho Estatal nacional. A mundialização almejou extinguir o Estado Burocrático, que na nova era não teria mais espaço. Logo, no raciocínio do professor Coelho:

A globalização iria resultar da combinação entre a implementação das reformas neoliberais em escala mundial e as mudanças tecnológicas trazidas pela terceira revolução industrial já em curso nas últimas décadas do século passado, como o desenvolvimento da informática e das tecnologias da comunicação.(COELHO, 2009, p. 104)

O formalismo do modelo burocrático, na sociedade atual, dá lugar ao chamado modelo Gerencial. Quando o método extremamente burocrático da administração pública surgiu se justificava sua intensa ação, pois “na época de sua formulação havia sim um fundado receio de arbítrio por parte dos governantes e a influência destes na atividade administrativa” (MACHADO, 2011, sp). Nos dias de hoje, deve-se ter controle sobre os atos da coisa pública, no entanto, prima-se por um sistema mais flexível e eficiente sem excessos formais como havia outrora.

Ocorre que, na realidade brasileira, se observa ainda a existência do modelo burocrático, como bem afirma Machado (2011), esse autor sustenta que a utilização daquele modelo persiste para “controle dos abusos porventura praticados por agentes públicos e políticos”. Ainda comenta que

Ocorre, que a Constituição Federal de 1988 abarcou essa velha concepção de modelo de Estado (burocrático)[...] Outra característica marcante desse modelo é o autoritarismo excessivo do Poder Estatal em face dos administrados. Obviamente, há justificativas para tanto: o Brasil apresenta elevadíssimos índices de corrupção, assim, o formalismo e autoritarismo existentes no Estado representariam *garantias* à malversação da *coisa pública*.(MACHADO, 2011, sp)

Analisando-se a Constituição de 1988 a qual proclama que o Brasil é um Estado Democrático de Direito logo em seu artigo primeiro, como já referido no item anterior. Logo, não seria um retrocesso um país nesses moldes ainda ser burocrático, contrariamente ao novo modelo emergente em âmbito global que é o gerencial? Segundo a explanação de Justen Filho (2005, p. 18-19)

No Brasil, em especial, é imperioso destacar a necessidade de revisão do direito administrativo, que ainda está entranhado de concepções não democráticas, provenientes do passado. A Constituição Federal de 1988 coroou um lento processo de aperfeiçoamento democrático da nação brasileira. Consagrou o Estado Democrático de Direito (...) Apesar disso, a atividade administrativa estatal continua a refletir concepções personalistas de poder, em que o governante pretende imprimir sua vontade pessoal como critério de validade dos atos administrativos e invocar projetos individuais como fundamento de legitimação exercitada. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 18-19)

Assim percebe-se o porquê da Administração pública pátria ainda apresentar características do modelo burocrático mesmo com a nova Constituição. Especialmente tendo em vista, que necessitava coibir práticas nas quais os administradores públicos podiam impor sua vontade, à contramão do interesse público.

Paralelo a isto, não se pode preterir o que ocorria no mundo mais especificamente nas décadas de 80 e 90, o Reino Unido sob o comando de Margareth Tachter, e nos Estados Unidos governado por Ronald Reagan, preconizaram uma Administração Pública, com objetivos de reestruturação do Estado Social. Estes governantes tiveram papel fundamental no incentivo ao modelo gerencial. O modelo burocrático estava desgastado e acabou sendo visto como sinônimo de ineficiência estatal. Por conseqüência, isso gerou descontentamento geral, por emperrar o desenvolvimento daqueles países. Foi assim que emergiu a bandeira do Neoliberalismo que se ajusta ao fenômeno da Globalização e capitalismo. Para que esses novos paradigmas fossem aceitos pelos demais países era necessário que houvesse a implantação de um novo modelo de Administração Pública, ao qual pudesse suprir as falhas do modelo burocrático que já estava em crise. E foi assim que o Modelo Gerencial ganhou espaço a partir do momento que o Estados passaram a enxergar que deveriam reformular suas bases.

O Neoliberalismo surge também como resposta as transformações drásticas que a economia global impõe aos países. Dessa forma, conceitua-se o Neoliberalismo na visão de Anderson como:

[...] um movimento ideológico, em escala verdadeiramente mundial, como o capitalismo jamais havia produzido no passado. Trata-se de um corpo de doutrina coerente, autoconsciente, militante, lucidamente decidido a transformar todo o mundo à sua imagem, em sua ambição estrutural e sua extensão internacional. Eis aí algo muito mais parecido ao movimento comunista de ontem do que ao liberalismo eclético e distendido do século passado. [...] Economicamente, o neoliberalismo fracassou, não conseguindo nenhuma revitalização básica do capitalismo avançado. Socialmente, ao contrário, o neoliberalismo conseguiu muitos de seus objetivos, criando sociedades marcadamente mais desiguais, embora não tão desestatizadas como queria. Política e ideologicamente, todavia, o neoliberalismo alcançou um êxito num grau com o qual seus fundadores provavelmente jamais sonharam, disseminando a simples idéia de que não há alternativas para os seus princípios, que todos, seja confessando ou negando, têm de adaptar-se a suas normas [...] Este fenômeno chama-se hegemonia. (ANDERSON, 1995, p. 22-23)

Esse autor mostra-se totalmente avesso, a idéia do Neoliberalismo, que para ele, só serviu para acentuar as disparidades econômicas e sociais existentes entre os países e que uma minoria continuou a dominar o capital mundial em nome do mercado de consumo. Nessa mesma linha de raciocínio discursa Giddens (2001, p. 80), sendo contrário as correntes do neoliberalismo afirmando que “[...] os neoliberais querem encolher o Estado; os social-democratas, historicamente, têm sido ávidos para expandi-lo. A Terceira Via afirma que é necessário reconstruí-lo.”

Sobre o Neoliberalismo, infere Modesto:

A Administração é cada vez mais dependente do particular, sendo carente não apenas de recursos privados, mas de informação e de colaboração, encontrando-se crescentemente fragilizada em face da multiplicidade e força de interesses em conflito afetados pela própria atividade administrativa e pela dimensão e variedades das demandas que lhe são dirigidas cotidianamente. O aparato público diminui [...] mas são ampliadas suas responsabilidades, dilatando-se a interferência do Estado tanto na regulação de mercados quanto no plano de fomento das atividades de interesse social. A Administração Pública internacionaliza-se, integrando-se com Administrações de outros Estados soberanos. (MODESTO, 2005, p. 468-469)

A partir daí, nota-se que era necessário um modelo de Administração que abarcasse as necessidades do Estado, o que foi denominado de gerencial. Aponta Machado as características básicas do modelo gerencial as quais são: “[...] o Estado como uma grande empresa, em que os clientes seriam todos os cidadãos, sendo a

eficiência, avaliação de desempenho e controle de resultados [...]”(MACHADO, 2011, sp).

Já, nas palavras de Mafra Filho (2005, sp) , o modelo gerencial da Administração Pública pode ser definido nos seguintes termos:

A administração gerencial repousa em descentralizações política e administrativa, a instituição de formatos organizacionais com poucos níveis hierárquicos, flexibilidade organizacional, controle de resultados, ao invés de controle, passo a passo, de processos administrativos, adoção de confiança limitada, no lugar de desconfiança total, em relação aos funcionários e dirigentes, e por último, uma administração voltada para o atendimento do cidadão e aberta ao controle social.(MAFRA FILHO, 2005, sp).

Logo, entende-se sobre esse conceito, que o modelo gerencial representa eficiência estatal. Uma vez que este trabalhará em conjunto com os diversos setores da sociedade, isto é, a iniciativa privada terá maior participação, e a prestação de serviços públicos a comunidade poderá ser melhorada, havendo mais formas de controlar o que o Estado, não estava conseguindo.

A título de curiosidade, em âmbito nacional houve uma tentativa no ano de 1967, sob a égide do regime militar através do Decreto-Lei nº 200, de se fazer a Reforma de Estado. Na oportunidade, buscavam-se as características do modelo gerencial. Ocorre que a proposta do documento não teve aceitação, devido à incompatibilidade com os preceitos do regime de exceção (MACHADO, 2011, sp).

Mais tarde, já na década de 80, foi criado para tentar promover a eficiência no setor público, o Programa Nacional de Desburocratização, que tinha como escopo “[...] à reformulação da estrutura estatal burocrática” (PINTO, 2001, sp). Infelizmente, essa ideia não obteve êxito, motivo pelo qual os constituintes de 1988 não aderiram ao molde Gerencial, engessando o Aparelho Estatal. Bresser-Pereira foi o primeiro que fervorosamente criticou a Constituição Federal de 1988, no que tange ao Capítulo da Administração Pública, tendo em vista que as normas constitucionais são dotadas de rigor formal, preconizando um modelo ultrapassado que é o da Gestão Burocrática. A cerca disto, Bresser-Pereira inferiu:

Em síntese, o retrocesso burocrático da Constituição de 1988 foi uma reação ao clientelismo que dominou o país naqueles anos, mas também foi uma afirmação de privilégios corporativistas e patrimonialistas incompatíveis com o *ethos* burocrático. Foi, além disso, uma consequência de uma atitude defensiva da alta burocracia, que, sentindo-se acuada, injustamente acusada, defendeu-se de forma irracional. (BRESSER-PEREIRA, 1996, p.10)

Refere Pinto (2001) que a Constituição de 1988 atrapalhou o desenvolvimento do Plano de Desburocratização, uma vez que resultou em “retrocesso burocrático de 1988” apontado no próprio Plano de Reforma de 1995, o qual é objeto de discussão nas próximas linhas.

Em 1995 foi aprovada pela Câmara da Reforma do Estado e publicado, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho Estatal. Este documento inaugurou no Brasil, o recomeço para uma nova Gestão Pública Gerencial. Desse modo, esta deveria se adequar ao fenômeno da mundialização e as exigências que a sociedade contemporânea lhe impunha. A nova Gestão Pública necessitava ser mais dinâmica e menos rígida, de acordo com as modificações socioeconômicas que o Estado passava, e foi assim que se alicerçaram as bases da Administração Gerencial.

É o que se entende da Apresentação do Plano de Reforma do Aparelho do Estado na seguinte frase: “a reforma do Estado passou a ser instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia. Somente assim será possível promover a correção das desigualdades sociais e regionais.” (CARDOSO, 1995. p.06)

Ainda o Plano de Reforma do Estado quer superar a Crise com a proposta de promoção do desenvolvimento como forma de corrigir dívidas históricas do país com sua sociedade, logo:

O grande desafio histórico que o País se dispõe a enfrentar é o de articular um novo modelo de desenvolvimento que possa trazer para o conjunto da sociedade brasileira a perspectiva de um futuro melhor. Um dos aspectos centrais desse esforço é o fortalecimento do Estado para que sejam eficazes sua ação reguladora, no quadro de uma economia de mercado, bem como os serviços básicos que presta e as políticas de cunho social que precisa implementar. (CARDOSO, 1995. p.06)

Para enriquecer o debate a cerca da reestruturação estatal, Chauí aduz:

A Reforma tem um pressuposto ideológico básico: o mercado é portador de racionalidade sócio-política e agente principal do bem-estar da República. Esse pressuposto leva a colocar direitos sociais (como a saúde, a educação e a cultura) no setor de serviços definidos pelo mercado. Dessa maneira, a Reforma encolhe o espaço público democrático dos direitos e amplia o espaço privado não só ali onde isso é previsível (nas atividades ligadas à produção econômica), mas também onde não é admissível, no campo dos direitos sociais conquistados. (CHAUÍ,1999, p. 03)

Nestes termos, no modelo gerencial o controle é *a posteriori*, enquanto que no burocrático é *a priori*. Este tem por premissa maior, dificultar ao máximo o andamento de procedimentos baseado na desconfiança que repousa ante aos agentes públicos (PINTO, 2001, sp).

Importante referir que a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em 1995, bem como a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, solidificaram e positivaram a nova Administração Pública no país.

Nestes parâmetros o Plano de Reforma do Aparelho Estatal em seu documento é clarividente ao explicitar que

O objetivo central é o de reforçar a governança, mediante transição programada, de um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão. (CADERNO DO MARE, 1998, p. 11)

Os legisladores, ao aprovarem tanto o Plano de Reforma, quanto a Emenda Constitucional de nº 19, colocaram em prática instrumentos para resolver os problemas de ineficiência do Estado. Bem como, buscaram contribuir para que princípios e direitos, tais como a participação popular na tomada de decisões, fossem efetivamente implementadas. Assim, ficou demonstrado que o ente estatal realmente passou por alterações e que o autoritarismo e burocracia foram sendo reduzidos paulatinamente.

Os estudos sobre a Reforma do papel do Estado não podem ser desvinculados da análise sobre o Modelo Gerencial, que começou a solidificar-se em virtude dos novos pensamentos a cerca das mudanças que o Plano sugeriu. Tais mudanças foram implantadas com mais entusiasmo no país, a partir de 1995.

Dessa maneira, o documento de Reforma do Aparelho Estatal preocupou-se em fazer a distinção entre as três formas de Administração Pública as quais são: Administração Pública Patrimonialista, Administração Pública Burocrática e Administração Pública Gerencial (BRASIL, 1995)

Conforme o Plano de Reforma das funções do Estado, a Administração Pública Patrimonialista era aquela que “ Estado funciona como uma extensão do poder do soberano”(BRASIL, 1995, p. 15), isto é, impera o soberano de maneira absoluta não existindo distinção da sua riqueza e da coisa pública. Este tipo de Administração existiu na época das monarquias não constitucionais. Com o

surgimento de ideais capitalistas, bem como de democracia, o poder do soberano foi enfraquecendo. Em contrapartida, os problemas de nepotismo e corrupção passaram a não ser mais tolerados. Foi necessário um novo modelo de Administração Pública, o qual tinha o papel de controlar os problemas acima mencionados. Os processos administrativos passaram a ter rigor formal e legal, esse tipo de Administração Pública foi denominado Modelo Burocrático. Com isto, entre os tipos de Administrações Públicas destaca-se o modelo Gerencial, devido às diversas mudanças que foram ocorrendo tanto na realidade mundial como na nacional.

Segundo o Plano de Reforma do Aparelho Estatal o modelo gerencial surge:

na segunda metade do século XX, como resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado, e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior (BRASIL, 1995).

Disto entende-se que o modelo gerencial vem para substituir o modelo burocrático o qual não estava sendo suficiente para suprir a expansão das funções estatais e o surgimento do fator globalização, como já referido anteriormente.

Em decorrência disto, no Plano de Reforma do Aparelho Estatal é apresentado que o Modelo Gerencial é um avanço necessário, e que com sua adoção não significa que está se negando os benefícios que o modelo burocrático conseguiu realizar, segundo o documento: “[...] a administração pública gerencial está apoiada na anterior [...]”(BRASIL, 1995)

O Plano de Reforma do Aparelhamento Estatal refere que: “ a administração pública gerencial nega essa visão do interesse público, relacionando-o com o interesse da coletividade e não com o do aparato do Estado” (BRASIL, 1995). Isto é, o modelo gerencial é mais flexível que o modelo burocrático, em razão de pensar no interesse coletivo, enquanto que no modelo antecessor o interesse público muitas vezes chega a se confundir com o Estado.

O modelo gerencial previsto no Plano de Reforma Estatal tem suas bases alicerçadas nos princípios da confiança, descentralização das funções e das decisões, formas flexíveis de gerir a coisa pública, horizontalização das estruturas e incentivos à criatividade (BRASIL, 1995). E é em razão disto, que o modelo gerencial é visto como melhor alternativa na atualidade, isto porque diferente do burocrático,

não é dotada de apego ao formalismo, que desqualifica a dinâmica do desenvolvimento das atividades do Estado.

Refletindo sobre a Reforma Gerencial de 1995, Bresser-Pereira (1999) menciona a substituição de um modelo de Administração Pública obsoleto para um modelo mais flexível e moderno, que é o gerencial. É o que se extrai dessa explicação:

A Reforma Gerencial de 1995 está substituindo a atual administração pública burocrática misturada a práticas clientelistas ou patrimonialistas por uma administração pública gerencial, que adota os princípios da "nova gestão pública" (new public management). (BRESSER-PEREIRA, 1999, p. 06)

Em razão das modificações ocorridas por força do Plano de Reforma do Aparelho Estatal, e da Emenda Constitucional n° 19, Bresser-Pereira ressalta que o resultado foi positivo. É o que se vislumbra no seguinte fragmento:

Vários indicadores mostram que a Reforma Gerencial brasileira é uma história de sucesso, pelo menos por enquanto. Em primeiro lugar, implementaram-se os dispositivos básicos necessários para uma Reforma Gerencial: a emenda constitucional que a imprensa e a opinião pública chamaram de "reforma administrativa" foi aprovada pelo Congresso com pequenas mudanças em relação à proposta original do governo; as leis que definem as duas principais instituições organizacionais da reforma - "agências executivas" e "organizações sociais" - foram adotadas; (BRESSER-PEREIRA, 1999, p. 07)

Desse modo, surgem as agências reguladoras (estado regulador), agências executivas, organizações da sociedade civil, fundações de apoio, organizações sociais e contrato de gestão, concessões de serviço público na modalidade de parcerias público-privadas dentre outros institutos que auxiliam o poder estatal. Estes dois itens, constituem-se no elemento de discussão principal do terceiro capítulo deste trabalho.

3 AS PPPs E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Neste capítulo, são analisados os tipos de contratos administrativos que os entes federados celebram. Dessa forma, importante é observar aquelas modelagens que se encontram amparadas pela Lei 8.666/93, que trata sobre as Licitações e Contratos da Administração Pública.

3.1 NOÇÕES GERAIS

Antes de iniciar o estudo a respeito dos Contratos convém salientar que a prática e a Lei exigem que seja feita a Licitação antes da celebração de qualquer contrato com a Administração Pública.

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (BRASIL, 1993)

De acordo com a Lei 8.666/93 é aberto um processo Licitatório antes do contrato administrativo, tratando-se todos os participantes com isonomia para escolher a proposta mais vantajosa para a Administração.

Segundo Dallari (1997, p. 191), “licitação é um procedimento administrativo unilateral, discricionário, destinado à seleção de um contratante com a Administração para a aquisição ou a alienação de bens, a prestação de serviços e a execução de obras”. Desta forma, a lei refere à necessidade de se licitar, salvo em caso de dispensa ou inexigibilidade da Licitação como expresso no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal.

Conforme o art. 22, inciso XXVII do texto constitucional compete privativamente a União legislar sobre as normas de licitações e contratos administrativos.

Na atualidade existe a Lei 8.666/93 a qual disciplina as regras gerais daqueles e também os princípios da Probidade Administrativa e da Vinculação ao Instrumento Convocatório. Ademais, são aplicáveis aos contratos e as licitações os princípios expressos no caput do art. 37 da Carta Magna como já estudado no item

(2.2) do capítulo anterior juntamente com os princípios implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade.

Convém explicar que a Licitação comporta modalidades, Tarso C. Violin (2006, p. 167) refere que ela “é o gênero que se subdivide em várias modalidades”, estas são: concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão, conforme o artigo 22 da Lei nº 8.666/93. Assim dispõe o artigo 22 da Lei de Licitações:

Art.22. São modalidades de Licitação:

- I– concorrência;
- II– tomada de preço;
- III– convite;
- IV- concurso;
- V– leilão (BRASIL, 1993)

Além destes, inclui-se, ainda a modalidade chamada de Pregão. Esta modalidade nova foi criada pela Lei nº 10.520/2002. Segundo as especificações contidas nessa lei, a modalidade serve “**Art. 1.** Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei” (BRASIL, 2002)

Portanto, deve-se fazer a licitação usando uma de suas modalidades, visando selecionar a proposta mais favorável ao ente público antes da celebração de qualquer contrato, conforme a regra. Exceto nos casos que a lei deixe de exigir ou dispense a sua realização.

Com isto, é relevante explicitar o conceito do Contrato Administrativo, ou seja, no âmbito da gestão pública, é um acordo que a Administração Pública celebra com terceiros para a execução de objetivos de interesse público. Corrobora com este entendimento, Bacellar Filho (1998, p. 113) conclui que

[...] no cenário brasileiro, tomando-se por base o regime de direito público constitucionalmente demarcado, o contrato administrativo define-se como toda avença travada entre a Administração Pública e terceiros na qual a permanência do vínculo e as condições de seu cumprimento estão sujeitas a imposições de interesse público, assegurada, em qualquer circunstância, a proteção do patrimônio privado contratante.

Dessa maneira, aplicam-se nos Contratos Administrativos, normas de direito público e as regras gerais sobre contratos do Direito Civilista de maneira subsidiária.

Importante referir, que nos Contratos Administrativos há uma diferença em relação aos contratos de direito privado, que é a questão da Administração Pública possuir privilégios que são enumerados no artigo 58 da Lei 8.666/93, dentre as quais também são denominadas como Cláusulas Exorbitantes.

Sobre essa questão que emana da Supremacia do Interesse Público, Jean Rivero aduz que nos contratos administrativos o ente público se cerca de certas prerrogativas que se ligam ao interesse coletivo sob sua responsabilidade e que assumem caráter superior sobre o contraente (RIVERO, 1991)

Neste contexto, convém citar o artigo 58 e seus incisos que trazem as prerrogativas da Administração Pública em seus contratos, assim dispõe:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
 I- modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
 II- rescindí-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
 III- fiscalizar-lhes a execução;
 IV- aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste
 V- nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.(BRASIL, 1993)

Na mesma Lei em comento, o artigo 55 preceitua as cláusulas que o contrato deve conter dentre as quais: o objeto, o regime de execução, o preço e condições de pagamento, prazos dentre outras. Há uma preocupação do legislador quanto ao prazo, pois jamais haverá contrato com prazo indeterminado, em consequência disto há previsão no artigo 57 em seu parágrafo terceiro que é proibido aquele tipo de contrato (BRASIL, 1993).

3.2 CONCESSÕES NA LEGISLAÇÃO

Em atenção ao Princípio da Legalidade em que o administrador público somente poder fazer o que a lei permite, surgiram Decretos e Leis para regulamentar os novos modelos de serviços públicos prestados pelos entes privados, dentre as quais se destacam as Leis Federais nº 8.987/95 (Lei das Concessões Comuns) e a nº 9.074/95 (Ato Regulatório das Concessões).

Em 1995 surge a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 que trata das Concessões. Até antes da publicação desta Lei, as concessionárias de grande porte não tinham número expressivo no país.

Assim começou haver mudanças de paradigmas nos moldes nos quais o país estava acostumado a conduzir sua política econômica-social. Surgindo novos instrumentos para tornar concreto o desenvolvimento almejado na economia nacional.

E isto só foi possível com a Lei das Concessões juntamente com a Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995 que dispõe sobre serviços e obras públicas de competência da União. Nesta última lei trata-se do regime de concessão ou de permissão e também legisla sobre os serviços de energia elétrica.

Segundo o inciso II do artigo 2º, da Lei nº 8.987/95 a concessão:

Art. 2º [...]

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;

Diante disto, cabe referir que existem na realidade brasileira cinco tipos de concessões, conforme leitura realizada da apresentação de Furlan (2011), as quais são:

- a) **concessão de serviço público** onde o particular se obriga a fazer determinado serviço por sua conta e risco mediante pagamento de tarifa pelos usuários;
- b) **concessão de serviço precedida de obra pública** é aquela na qual o concessionário compromete-se a executar, conservar, reformar ou melhorar obra de interesse público por tempo determinado, no final desse prazo será devolvida à Administração sem qualquer ônus;
- c) **concessão de uso de bem público** é aquela cuja aquisição por parte do particular do direito de instalar-se em determinado bem da Administração explorando ali uma atividade lucrativa por tempo determinado;

d) a **permissão de serviço público**, entende-se como a delegação a um ente particular para execução de determinado serviço, através da percepção de uma tarifa paga pelo usuário, a qual se materializa via ato unilateral e discricionário do Poder Público, em via de regra não implica em exclusividade e pode ser revogada a permissão a qualquer momento;

e) e por fim tem-se a **Parceria Público-Privada** que será tratada mais adiante.

Neste viés, a título de conhecimento existem as autorizações de serviços públicos que é uma modalidade que gera muitos questionamentos na doutrina, e é bastante semelhante à permissão desse modo, não está sendo analisada neste trabalho.

3.3 AS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS COMO CONTRATOS DIFERENCIADOS

As Parcerias Público Privadas serão detalhadas nas próximas linhas deste trabalho, para que seja esclarecidas dúvidas quanto sua origem e conceitos. Por óbvio que também não foi preterida a Legalidade do Instituto, desse modo é trazido ao debate à legislação que trouxe para o cenário brasileiro a figura das PPPs. E no último subitem do estudo é apresentada uma ferramenta cuja função é propiciar ao gestor público maiores esclarecidos a cerca das PPPs.

3.3.1 Aspectos Históricos

Na contemporaneidade a relação público-privada assume nova feição, isto porque já há legislações que amparam esse novo sistema que permite essa convivência harmônica nas relações entre instituições públicas e privadas vice-versa. Desta maneira, pontua Drabach (2010, p. 135) que

era uma relação opositiva tornou-se uma simbiose[...]. Esta nova faceta da relação público-privado, porém, não pode ser entendida como algo natural, evolução de uma prática. Ela é intencional, provocada e necessária como mecanismo.

Logo esse processo simbiótico emerge na atualidade como fruto de uma evolução nos tratos entre os entes públicos e privados desde quando o homem passou a entender o jogo político, e por isto que em torno de tal assunto cresceu a especulação e dúvidas quanto sua implementação e desconfiança. Foi desta maneira que surgiram as Parcerias Público Privadas, em meio das mudanças econômicas que ocorriam na década de 80 e nos anos 90, mais especificamente no Reino Unido e nos Estados Unidos. Margareth Tachter e Reagan na frente das modificações promovendo o que Brito e Silveira (2005, p. 07) chamam de “desregulamentação setorial, reversão na progressividade da ordem tributária e competição internacional”, entenda-se que isto era o começo do que hoje chamamos de Globalização do mercado. Com isto, inaugura-se um novo padrão nas relações entre público e privado.

Diante disto, salienta Souza (2007) que foi necessário pelo menos três fatores para que se adotasse as Parcerias Público Privadas os quais: “[...](a) sobrecarga do Estado, (b) necessidade de recursos para dar continuidade a investimentos e (c) crença de que a gestão privada é a mais eficiente (SOUZA, 2007, p. 64)”

Segundo Brito e Silveira (2005) o que deu impulso para as parcerias foi a redefinição patrimonial do setor público e o reconhecimento de que este não poderia financiar grandes obras sem se socorrer de capital externo.

O Reino Unido como precursor das Parcerias Público Privada, no ano de 1992 sob o comando de John Major, inaugura o programa de parceria inglês, tendo como base projetos desenvolvidos sob a forma de Iniciativa para o Investimento Privado(em inglês, PFI de *Private Finance Initiative*)

Nesse formato, tem-se a associação público-privada, onde o setor público se ocupa de prestar o serviço, enquanto que o setor privado de alcançar o capital para construção da infra-estrutura. É o que se extrai do exemplo apresentado por Lima, Paula e de Paula (2005): “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).”

Segundo Pereira (2006), o modelo britânico é diferente do modelo americano tendo em vista que naquele o risco do empreendimento é transferido ao agente privado observando-se o imperativo do bom emprego. Ainda refere o mesmo autor que o modelo americano de PPP “são uma característica primária da política e do

sistema de bem-estar norte-americano” significa que a relação do público e privado naquele país é inerente a sua formação histórica-política e econômica.

A idéia dos financiamentos privados se consolidou devido à diminuição na capacidade do setor público poder efetivar alguns serviços e obras públicas. Logo com o Tratado de *Maastricht*¹ haveria imposições de diversas restrições no Reino Unido.

Em 1996 no governo de Tony Blair, várias falhas foram corrigidas nas PFI e algumas adaptações além da mudança de nomenclatura, as PFI passam a se chamar de *Public Private Partnership* ou em Português, Parceria Público Privada - PPP.

Brito e Silveira (2005, p. 08) referem acerca do Programa de Parceria do Reino Unido, o seguinte:

[...] o programa tinha por objetivo mudar a forma de contratação de obras e serviços públicos, saindo da maneira tradicional de aquisição de ativos para uma lógica de compra de serviços. A busca por alternativas de financiamento permanecia no centro da questão, mas o objetivo maior passou a ser a eficiência na contratação de serviços públicos.

Neste prisma, o modelo inglês foi evoluindo como já mencionado anteriormente e passou a servir de modelo para os outros países, como: Portugal, Holanda, Irlanda, África do Sul, Canadá, Chile, dentre outros da América Latina. Acerca disto, argumenta Patrícia de Carvalho Moreira (2007, p. 80):

principalmente pelo respaldo político e legislativo vigente, a experiência da realização de Parcerias no Reino Unido tem resultado em melhorias no desenvolvimento dos contratos de longo prazo pela presença de um marco político que oferece um contínuo fluxo de projetos de Parcerias Público-Privadas, visando a obtenção de economia de escala e, por conseguinte, a melhoria do conhecimento e da capacitação do setor público, para a formulação e a gestão dos contratos.

A exposição dos dados históricos das PPPs organizou-se a Tabela 1, que categoriza as experiências no tema, sintetizando dados do BNDES:

¹ O Tratado de *Maastricht* estabeleceu fundamentos para a futura integração política da União Européia-UE, onde se destacam acordos de segurança e política exterior, assim como a confirmação de uma Constituição Política para a União Européia, a integração monetária e o disciplinamento da política fiscal dos países da Zona do Euro para a introdução de uma tarifa única. Entre as medidas impostas, está o teto de 3% do PIB para o déficit público, para países membros da UE.

Tabela 1 - Categorias de países em relação às práticas de PPP

Países maduros	Países com potencial futuro	Países iniciantes
Inglaterra, Austrália e Japão.	Índia, Canadá, França, Brasil, EUA, México e África do Sul.	China e Marrocos.
Inglaterra distingue-se dos outros países estudados pela grande quantidade de contratos assinados (cerca de 48 por ano) e pela antiguidade dos primeiros projetos. Austrália e Japão assinaram um número importante de contratos em um lapso curto de tempo. No Japão, destaca-se o fato de pouquíssimos contratos ultrapassarem €100 milhões. Nesses três países, a utilização de contratos de PPP já se generalizou, e o número de contratos anuais está estabilizado.	Em geral, as legislações específicas sobre PPP desses países são posteriores a 2003 e é preciso, pelo menos, mais de dois anos para seguir todos os passos necessários para vir a contratar um projeto de uma parceria dessa natureza. São países que embora tenham poucos contratos já assinados, têm perspectivas muito boas de desenvolver essa modalidade de investimento.	Estão com projetos-piloto de PPP em fase de experimentação e seus resultados condicionarão a perspectiva de seu desenvolvimento. O Estado ainda encontra-se muito “fechado” para essa discussão de repasse de responsabilidades para um segundo ator.

Fonte: Adaptado de dados do BNDES, 2007.

Seguindo o exemplo dos outros países o Brasil também se inspirou no modelo do Reino Unido para a criação das Parcerias Público Privadas, também tendo como objetivo o financiamento de obras públicas e garantir maior eficiência ao serviço público, corrobora com este pensamento Ritchie (2006, p. 13) “[...] assim, surgiu a Iniciativa de Finanças Privadas (Private Finance Initiative – PFI), parte do programa de parcerias públicas-privadas, que é o modelo que está sendo seguido mais de perto pelo Brasil”.

3.3.2 A Lei 11.079/2004 e Seus Conceitos Principais

Em 31 de dezembro de 2004 surge a Lei das Parcerias Público Privada Lei n. 11.079 que advenho do Projeto de Lei 2.546/2003 após amplos estudos e processo de amadurecimento do assunto no Congresso Nacional. Neste viés, comenta Furlan em relação ao Projeto de Lei 2.546/2003 (que originou a Lei das Parcerias):

o nascimento do Projeto de Lei nº 2.546/2003 advêm não só da necessidade de o Poder Público não conseguir mais sanar as carências e necessidades de sua população, mas também do fato de já ocorrer no Brasil práticas semelhantes às PPPs ainda não normatizadas. (RITCHIE, 2006. p. 13)

Neste contexto, pode-se inferir que as PPPs já estavam incluídas na realidade nacional, no entanto não havia uma legislação que amparasse e desse legalidade a esse novo instituto, que em outros países já era utilizado mais rotineiramente desde meados da década de 90 tendo como precursor a Inglaterra. Com a aprovação do projeto e após da publicação da Lei de PPP, passou a desenvolver-se as questões relativas a esse novo instituto no país, principalmente para a viabilização de grandes obras como bem pontua Poltroniére:

Exemplos das primeiras “Parcerias Público-Privadas” no Brasil foram (a) a instalação das redes ferroviárias, cujo capital privado implantava e operava as redes, como a São Paulo Railway Company, e (b) a distribuição da energia elétrica e gás, pela Companhia Light and Power, que controlou durante décadas em São Paulo e no Rio de Janeiro o fornecimento daqueles serviços. O fornecimento de água e de transporte público em geral também receberam fortes investimentos do capital privado. (POLTRONIERE, 2005, p. 09)

As variadas transformações que ocorreram mais especificamente a partir da década de 1980 no Estado Brasileiro, propiciaram evoluções dentro da máquina pública e suas relações com os entes privados. O sistema burocrático estruturado no Brasil não permitia que entes públicos e privados realizassem ações em conjunto, por considerar tal prática como algo prejudicial para o sucesso da administração.

Neste contexto, dadas as dificuldades que o Estado enfrentou no momento pós Ditadura, inicia-se um novo período, onde a economia do país necessitava se desenvolver, e as empresas públicas que estavam quebradas deviam se recuperar, desta maneira o caminho foi a desestatização de alguns serviços públicos através das autorizações, permissões e concessões, feitas nesta época por simples contratos administrativos. A Administração Pública fragilizada pela ausência de tecnologia e da sofisticação de seus serviços viu-se obrigada a sanar seus defeitos estabelecendo contratos com os entes privados com a finalidade de prover o que no momento não podia cumprir.

A partir da Constituição Federal de 1988, surge uma Administração Pública repleta de Princípios os quais já foi estudado no capítulo anterior.

Posterior a isso, com a Emenda 19 de 1998, é inserido no art. 37 “caput” da Constituição mais um Princípio, o da Eficiência da Administração Pública, onde inaugura-se o modelo gerencial, demonstrando que o país por mais burocratizado

que fosse necessitava flexibilizar-se para atender os anseios da sociedade e cumprir os preceitos fundamentais da Carta Magna.

Com todas estas evoluções e com a economia do país voltando a crescer, foi necessário que houvesse também modificações nos tratos das concessões com as empresas privadas, desta maneira se observou que as relações entre pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado passaram a ter maior interação. Esta nova percepção surge de forma mais latente com a Lei 11.079/2004 que versa sobre as Parcerias Públicas Privadas.

Com base, nestes aspectos introdutórios o presente trabalho versa sobre as Parcerias Públicas Privadas nas Administrações Municipais, tratando das modalidades de Concessões que são permitidas em decorrência da Lei 11.079/2004. Bem como, serão elencados no trabalho os aspectos (des) favoráveis as Parcerias devido a confusões quanto sua conceituação. De antemão, pode-se referir que as Parcerias Públicas Privadas bem como preceitua sua lei, são contratos administrativos de concessão como foi referido no item 3.1 e agora será estudado com mais profundidade.

Não é de hoje, que as Parcerias Público Privadas geram polêmicas nos âmbitos das administrações públicas independentemente de qual esfera se federal, estadual ou municipal. O objeto deste trabalho é abordar as Parcerias no âmbito municipal, e com isto é pertinente já se referir o que vem a serem Parcerias, para que já se distancie de outros conceitos que a mesma possa ser confundida. Nas palavras de Odete Medauar:

vinculado à contratualização, para abranger os diversos ajustes que expressam a colaboração entre entidades públicas ou entre entidades públicas e setor privado, ou, ainda, entre todas estas partes, envolvendo, assim, uma pluralidade de atores. (MEDAUAR, 2003, p. 213)

O que significa que é negociação entre o público e privado ambos interagindo para realizar interesses para o bem comum. Já para Di Pietro a Lei 11.079/2004 em seu art. 2º, já revela o que são as parcerias “a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa (2006, p. 161-162) ”

Nas palavras de Modesto as Parcerias são

[...] contrato administrativo de longo prazo, celebrado em regime de compartilhamento de riscos, remunerado após a efetiva oferta de obra ou serviço pelo parceiro privado, responsável pelo investimento, construção, operação ou manutenção da obra ou do serviço, em contrapartida a garantias de rentabilidade e exploração econômica assegurada pelo Poder Público. (MODESTO, 2007, p. 480-481)

É oportuno referir que as Parcerias Público Privada se destinam a ajudar o poder público na realização de uma obra ou prestação de outro serviço como o fornecimento de material e envio de pessoas para a realização do serviço como construções de pontes tanto no âmbito federal e estadual quanto no municipal.

Oportuno trazer a conhecimento o que Meirelles define as PPPs:

é uma nova forma de participação do setor privado na implantação, melhoria e gestão da infra-estrutura pública, principalmente nos setores de rodovias, ferrovias, hidrovias, portos, energia etc., como alternativa à falta de recursos estatais para investimentos nessas áreas. (MEIRELLES, 1999, p. 386)

Nisto, insta destacar, que a Parceria se presta a fornecer recursos à administração para que esta consiga prover os serviços essenciais para a comunidade. Convém ressaltar que a PPP é diferente da Privatização, esta se conceitua da seguinte forma: “Privatização é o ato de transferência de uma área de competência institucional, exclusiva do Setor Público para o Setor Privado, com a finalidade de não mais onerar o Estado com as devidas limitações previstas em Lei” (PPP Porto Alegre,[2010]). As privatizações diferentemente das Parcerias não são concessões para o setor privado, entretanto é a transferência da competência originária do setor público definitivamente para o setor privado.

Corroborando com este entendimento Brito e Silveira ao diferenciar privatização de PPP logo:

Nesse contexto, as parcerias não devem ser confundidas com as privatizações. Embora resultantes de um mesmo processo de reforma e modernização do Estado, as privatizações implicam a alienação de ativos públicos ao setor privado, enquanto nas PPP ocorre o inverso: ao término do contrato, a infra-estrutura implementada é transferida ao setor público. (BRITO; SILVEIRA, 2005, p. 09)

Em outras palavras, convém afirmar que nas privatizações ocorre a venda de um bem estatal para a iniciativa privada, enquanto que nas PPPs há uma adequação da infra-estrutura a qual é devolvida ao parceiro público ao final do contrato (BRITO; SILVEIRA, 2005).

A PPP é uma interação entre Administração Pública e o setor privado, comenta Furlan que “a PPP é uma nova forma de relacionamento entre o governo e o setor privado” (FURLAN, 2011, sp). No entanto, o referido autor apenas faz uma pequena confusão ao utilizar o termo “governo” em seu comentário, quando o termo mais correto a ser usado é administração pública ou setor público. Como dito no início deste trabalho, há confusões quanto a denominação das PPPs e um exemplo disto, observa-se no seguinte argumento de Silvera e Borges (2003, sp):

O Brasil já teve práticas antigas e recentes definíveis como PPP. Desde os tempos de colônia, passando pelo Império, as ordens e irmandades religiosas cuidam de assistência social, cemitérios, orfanatos e educação, recebendo dotações de cofres públicos e outras contribuições privadas. Sindicatos e órgãos de classe ou patronais também atuaram e ainda atuam assim. Empresários recebiam títulos de nobreza em função de investimentos em áreas de atuação do Estado. Entretanto, na experiência histórica brasileira, essas parcerias em áreas não assistenciais ficaram associadas a um Estado fraco, especialmente a partir do Estado Novo, tornando muito difícil, hoje, a superação de entraves culturais de alguns dos agentes políticos à sua reintrodução em projetos de larga escala.

Discordando do ponto de vista desse autor, é oportuno referir que a PPP é recente e os exemplos apontados no trecho do artigo supra, era o que se chamava de entidades filantrópicas ou na atualidade de locais comunitários. A respeito disto, cabe referir o que Marília Sposito e Vera Ribeiro, em pesquisa realizada na década de 1980, assim concluíram sobre os locais comunitários:

Algumas consideram-se comunitárias porque não têm fins lucrativos, outras porque desenvolvem trabalhos de natureza assistencial ou educativa para comunidades, entendidas como setores da população desprivilegiada, ou mais comumente, a “população carente”. Outras são comunitárias porque se voltam para uma integração com o seu entorno, entendido como a população local possivelmente atingida de forma mediata ou imediata, incluindo muitas vezes a ideia de região, figurada como espaço circunscrito geográfica ou culturalmente. Outras são comunitárias porque se estruturam “comunitariamente”, ou seja, seus integrantes participam de objetivos comuns e mantêm sua interação em função da comunidade de ideias, o que não significa necessariamente gestão democrática ou participativa das instituições. Finalmente, há uma parcela que se autodenomina comunitária porque em certa medida a instituição respondeu a demandas de grupos mais ou menos organizados, articulados em movimentos dos setores espoliados da sociedade brasileira (SANTOS, 2007. p. 88-89)

Outro erro absurdo se registra quando uma Prefeitura Municipal, no caso específico trata-se da Cidade de Santa Maria que publica em seu site oficial como

sendo uma Parceria Público Privada a pintura de algumas escolas. O caso em comento refere:

Nos próximos meses todas as 80 escolas da Rede Municipal de Ensino terão uma nova identidade visual. As instituições de ensino serão pintadas com as cores laranja e palha. A revitalização será possível com a aquisição de mais de 2 mil galões de tinta pela Secretaria de Município de Educação. Destas, 912 são da cor palha e 1.140 laranja. As tintas foram doadas às escolas que ficarão responsáveis pela pintura através de parcerias com a comunidade escolar ou com instituições públicas ou privadas.(SANTA MARIA, 2011)

Ora segundo o inciso I do §4º do artigo 2, da Lei 11.079/2004, a PPP constitui-se de ente público e privado cuja obra ou prestação de serviço a ser auxiliado custe pelo menos o valor de 20 milhões de reais, o que não se verifica no caso em tela.

Por óbvio que estas ações modificaram os ambientes escolares proporcionando um local de estudo mais agradável aos professores e alunos, bem como a comunidade local. No entanto, não se deve banalizar o conceito legal que foi dado à interação do público e privado. Sabe-se que os municípios atualmente operam com escassez de recursos principalmente na educação e na saúde, mas os gestores públicos nem por isto devem denominar toda doação que recebem de entidades particulares como Parceria. Ainda sobre essa questão é oportuno referir que um ótimo exemplo de PPP, fácil de ser observado, é a concessão das rodovias brasileiras, segundo Bruno S. Camacho (2008) “aproximadamente 10.000 quilômetros da malha rodoviária brasileira são gerenciados por concessionárias privadas, todas constituídas em Sociedades de Propósito Específico”, esta será estudada mais adiante.

Desta maneira, quando surge uma PPP, ocorre a manifestação da iniciativa privada através de investimento e financiamento, e a forma diferenciada de gerenciar, em contrapartida o setor público garante o Interesse Público. Conforme a operação poderá haver um complemento de recurso público na remuneração do parceiro privado, assegurado invariavelmente por garantias que impeçam os futuros governos de descumprirem o combinado.

Neste contexto, constitui-se uma alternativa a outros regimes de investimentos, na PPP o parceiro privado assume os riscos com a obra (projeto e construção) até sua conclusão, para que depois mediante contrato de operação em

longo prazo, possa explorar esse investimento colocando a disposição do setor público ou da coletividade.

Senso similar é apresentado, considerando-se que as PPPs surgem como uma modalidade de contratação em que os entes públicos e as organizações privadas, mediante o compartilhamento de riscos e com financiamento obtido pelo setor privado, assumem a realização de serviços e empreendimentos públicos (LIMA; PAULA; DE PAULA, 2005).

A PPP é uma modalidade de contrato a ser desenvolvida em paralelo aos contratos de concessão já existentes, permitindo um amplo leque de atividades que incluem principalmente projetos de infra-estrutura. Em sentido mais amplo, representa o trabalho conjunto dos setores público e privado, em cooperação, para oferecer infra-estrutura e serviços à população alcançada pelo empreendimento (LIMA; PAULA; DE PAULA, 2005).

Continuando a análise da Legislação que instituiu a PPP, em seu art. 2º no §1º (BRASIL, 2004) é dito que a **concessão patrocinada** nada mais é que a concessão comum prevista na Lei 8.987/95 com a diferença que a patrocinada traz consigo o adicional de tarifa que será cobrada do usuário, sendo uma contraprestação assumida do parceiro público com o privado. Reitera o §3º do art. 2º (BRASIL, 2004) que se não houver a cobrança de tarifa e contraprestação não se trata de PPP por concessão patrocinada e sim da concessão da Lei Concessões.

Sobre as Concessões Patrocinadas aduz Pedro M. Niebuhr (2009, sp)

são aquelas em que a Administração paga ao concessionário contraprestação pecuniária **ao lado** das tarifas cobradas dos usuários do serviço público, de modo a **complementar** a remuneração do particular. Destina-se, sobretudo, às atividades de saneamento básico financeiramente insustentáveis, onde existe o plausível risco do concessionário assumir uma atividade deficitária. Para, portanto, viabilizar os investimentos particulares e aproveitar o ganho de eficiência da atividade empresarial privada nos serviços de saneamento básico que seriam, a princípio, desinteressantes ao mercado, o Poder Público garante o pagamento de determinada demanda.

Seguindo o estudo ainda resta tratar do § 2º ainda do art. 2º (BRASIL, 2004) da referida Lei dispõe da PPP **por concessão administrativa**, que é quando a Administração Pública é a usuária direta ou indireta, pois fecha a Parceria com o ente privado para prestar serviço público seja de execução de obra ou de instalação ou fornecimento de bens. Depreende-se disto, que nas concessões administrativas a

Administração Pública fazendo às vezes de usuário paga integralmente o parceiro privado, comenta Pedro M. Niebuhr (2009, sp):

É o modelo ideal para as atividades que não comportam cobrança direta de tarifas dos usuários, seja pela impossibilidade de se identificar uma relação contratual entre o tomador e o prestador do serviço, ou pelos interesses sociais envolvidos na questão. A Administração concede a prestação do serviço ao parceiro privado, e, no lugar do usuário ou beneficiário direto da atividade, aquela própria remunera o concessionário na exata proporção dos serviços prestados.

No parágrafo 4º do art. 2º (BRASIL, 2004), enumera as hipóteses que são proibidas celebrar contrato de PPP. Assim dispõe que o valor do contrato tem que ser superior a 20 milhões de reais, o período da prestação de serviço não pode ser menor que 5 anos e por fim que tenha objeto único, ou seja, o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Outro aspecto relevante é a questão que os contratos de Parceria Público Privada diferente das concessões comuns prevêem a repartição de riscos entre as partes, conforme o inciso III do seu art. 5º do dispositivo legal. De acordo com isto Rodrigo L. B. Andrade (2007, sp) traz a seguinte contribuição:

Nota-se mais uma vez, que os riscos do empreendimento serão compartilhados entre os parceiros público e privado, diferentemente do que ocorre com as espécies de concessões anteriormente estatuídas (concessão de serviço público comum e concessão de serviço público precedida da execução de obra pública), haja vista que nestes casos o particular assumirá integralmente os riscos do projeto, de tal maneira que se ao término da vigência do contrato administrativo o particular não tiver recuperado o investimento inicial, terá que suportar o prejuízo.

Verifica-se, um ponto positivo no contrato de PPPs que reside nesse compartilhamento dos riscos, isto porque, na concessão comum o concessionário arcará com os prejuízos sozinho. Assim percebe-se que na PPP o parceiro privado tem menos a perder do que na concessão. Além disto, dentre as diretrizes a serem observadas nessa contratação as repartições de riscos é uma das mais importantes. Lembrando-se que para um contrato poder ser celebrado sob a forma de PPP observa os requisitos já supra-referidos.

Não obstante a isso, o legislador fez questão de colocar os princípios da eficiência, supremacia do interesse público, segurança jurídica e da publicidade

entre os seus critérios de instrumentalização. A respeito da eficiência e do interesse público na PPP acentua Margarida M. M. Araújo (2005, sp):

Eficiência no sentido de assegurar a presteza, a perfeição e o rendimento dos contratos celebrados não só em relação à sua execução e controle, como à utilização de recursos públicos. Busca-se evitar obras inacabadas, uso indevido de recursos, qualidade na execução e cumprimento de prazos. Quanto à supremacia do interesse público, entende-se por obras de grande apelo social. O Estado desonera-se do custo da construção, evitando os riscos naturais e tão comuns de paralisação, suplementações de créditos, etc., e só concorrerá com os gastos proporcionais aos serviços oferecidos.

Para encerrar a análise do art. 4º e incisos da Lei em comento, somente para conhecimento serão citados outros requisitos para a concretização de uma PPP (BRASIL, 2004) :

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

- I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
- IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- V – transparência dos procedimentos e das decisões;
- VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;
- VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Outra curiosidade que a legislação das Parcerias traz é o dever de se criar uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), previsto no art. 9º e seus parágrafos (BRASIL, 2004). A regra dispõe sobre o momento oportuno para a constituição que é antes da celebração do contrato. O objetivo da (SPE) é promover maior segurança às sociedades patrocinadoras e com isto impede que no caso de prejuízo a empresa responda com seu patrimônio.

Nestes termos, afirma Furlan (2011, sp):

[...] abre-se, então, a oportunidade para que elas constituam uma sociedade subsidiária que ofereça responsabilidade limitada aos seus acionistas, com o propósito específico de explorar o empreendimento idealizado, segregando-o das demais atividades conduzidas pelas sociedades patrocinadoras.

Com relação ao parceiro público este não pode ser titular da maioria do capital votante, tendo em vista que esta prática é vedada expressamente por força do § 4º do art. 9º da Lei de PPP. Ocorre que no § 5º do mesmo artigo, aquela vedação torna-se inaplicável, quando a SPE fica inadimplente nos contratos de financiamento, no caso em que uma instituição financeira do Poder Público poderá constituir a maioria do capital votante (BRASIL, 2004).

De acordo com a Lei 8.666/93 todo contrato administrativo antes de ser celebrado deve passar por processo licitatório, salvo quando a lei expressamente previr sua dispensa ou inexigibilidade como já foi dito no item Noções de Contratos. Como o contrato de PPP não é exceção, cai na regra geral é o que está expresso no artigo 10 caput da Lei de PPP, por isto, deve ocorrer à licitação na modalidade concorrência, em virtude da principal característica do contrato que é o seu grande valor (BRASIL, 2004).

No inciso I do artigo em análise, a licitação na PPP (BRASIL, 2004) deve ser autorizada por autoridade competente condicionada a avaliação técnica demonstrando-se: a) a conveniência e a oportunidade (o chamado poder discricionário da Administração pública) fundamentado; b) que as despesas criadas não afetem outros compromissos assumidos e que os efeitos desse novo contrato constem nas despesas dos anos posteriores; c) a secretaria do tesouro Nacional editará lei de normas relativas a consolidação das contas públicas no caso das PPPs sendo aplicáveis também os artigos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

A questão do licenciamento ambiental nas obras que envolvam os recursos naturais ou que objeto do contrato exija, é um outro requisito que não pode ser preterido para que o contrato de PPP aconteça. Essa disposição está expressa no inciso VII ainda do art. 10 (BRASIL, 2004). A ausência de licença ambiental prévia na atualidade tem embargado diversos contratos, uma vez que tal documento é indispensável para que o procedimento licitatório não tenha seu andamento prejudicado, ou seja, caso não haja licença ambiental o objeto não poderá ser executado.

Salienta Furlan (2011, sp) que outros requisitos também devem ser observados além dos que estão elencados na Lei Especial, como por exemplo: “obediência a uma série de princípios orçamentários e previa inclusão dos projetos no Plano Plurianual (PPA) e na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).”

Dessa forma, a Legislação que trata sobre as PPPs (BRASIL, 2004) é uma novidade na Gestão Pública atual, isto porque, é mais um instrumento que surgiu para ajudar a Administração Pública a concretizar serviços e obras de grande vulto. É certo que a Lei é eivada de critérios que ora seguem a Lei 8.666/93 dos contratos e licitações e algumas regras das concessões comuns. Além de se utilizar dos princípios constitucionais da Administração Pública.

Em detrimento disto, foi analisado que após 1995, a Gestão Pública iniciou um novo ciclo. Ele envolvia, segundo os seus idealizadores a necessidade de instaurar definitivamente bases de eficiência no setor público brasileiro. A Emenda de 1998 coloca a Eficiência na Constituição Federal. A inclusão desse princípio significou uma mudança bem vinda, nos parâmetros burocráticos que vinham sendo utilizados até aquele momento.

O Estado tem a necessidade de se desenvolver na atual sociedade da informação, com o capital Globalizado, a maioria dos países emergentes como o caso do Brasil, viram a necessidade de se aperfeiçoar e desenvolver suas estruturas e com a ausência de recursos financeiros seria quase que impossível tal expansão, somente a interação público privada possibilitariam essas transformações.

A sociedade da informação na atualidade faz com que a Gestão Pública dê publicidade de todos seus atos. Embora nem todos as Cidades e Estados cumpram com este Princípio cada vez mais a sociedade e setor privado exigem da Administração Pública transparência.

E assim com a busca por conhecimento e por informações o setor público precisou se informatizar e usar a tecnologia a seu favor, a Sociedade passa por diversas transformações, e uma delas vem sendo pautada pelas novas formas de se transmitir informações e conhecimento, é neste contexto que surge a chamada “Era da Informação”. Sobre esse tema, Castells (1999) aponta que acúmulo de conhecimento é a base da sociedade de informação.

É possível vislumbrar nas palavras de Giddens este processo de mudanças na sociedade até chegar na Era da Tecnologia da Informação, assim:

[...] nas sociedades pré-modernas, espaço e tempo coincidem amplamente, na medida em que as dimensões espaciais da vida social são, para a maioria da população, e para quase todos os efeitos, dominados pela "presença" – por atividades localizadas. O advento da modernidade arranca crescentemente o espaço do tempo fomentando relações entre outros "ausentes", localmente distantes de qualquer situação dada ou interação face a face (GIDDENS, 1991. p. 26)

Sob esta ótica, explica-se que o tempo e o espaço das relações entre as pessoas coexistiam nas sociedades pré-modernas. Além disso, a presença das pessoas permitia a propagação da informação. No entanto, ainda havia barreiras geográficas, que com o passar dos anos foram se atenuando. E é apenas com a pós-modernidade que elas efetivamente caem.

Importante, nesse contexto é destacar o papel desempenhado pela tecnologia. A tecnologia tem sido uma importante aliada dos setores públicos nestas últimas décadas. Ela vem servindo para que as informações referentes às contas públicas, os projetos, bem como todas as formas de contratos e editais da Administração sejam publicizados, por intermédio da Internet.

Ocorre que ao mesmo tempo em que as veiculações dos atos públicos são expostas de modo mais simplificado e rápido, também, o gestor público deve cuidar para que a publicidade não seja transmitida ao cidadão minada de equívocos. Para elucidar esta situação, tem-se o caso da Revitalização da Vila Belga de Santa Maria,

Projeto “Tudo de Cor para Santa Maria” transformará a paisagem da Vila Belga. Outro importante projeto, que integrará a revitalização da Vila Belga, consiste em uma parceria público-privada entre o Executivo e as empresas Tintas Coral e Falk Tintas. ‘Tudo de Cor para Você’ irá pintar 84 casas históricas da Vila Belga, além da Gare da Viação Férrea.(SANTA MARIA, 2011)

O caso supra não se configura como Parceria Público Privado, pois não se encaixa no requisito legal, isto porque, o valor tem que ser superior a 20 milhões, o valor de investimento no Projeto foi de R\$ 988.312,60 (novecentos e oitenta e oito mil trezentos e doze reais e sessenta centavos).

Apesar desses enganos na divulgação dos contratos administrativos entre setor público e privado como se vislumbrou na Cidade de Santa Maria, pode-se referir que as PPPs em linhas gerais estão cada vez mais inseridas no contexto da sociedade brasileira. Expressa esta questão a Tabela 2, organizada a partir de dados do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (2007):

Tabela 2 - Experiências de PPPs nas Regiões Centro-Oeste, Sudeste e Sul

Região	UF	Amparo Legal	Experiências Estaduais
Centro	Distrito	Lei nº 3.792, 2006	Instituição do Programa de PPP.

Oeste	Federal	Decreto nº 25.835, 2005	Criação do Conselho Gestor de PPP.
	Goiás	Lei nº 14.910, 2004	Instituição do Programa de PPP e constituição da Companhia de Investimentos.
Sudeste	São Paulo	Lei nº 11.688, 2004.	Institui o Programa de PPP.
		Decreto nº 48.867, 2004	Regulamenta a Lei que institui o PPP.
	Minas Gerais	Lei nº 14.868, 2003	Institui o Programa de PPP.
		Lei nº 14.869, 2003	Criação do Fundo de PPP.
		Lei nº 14.892, 2003	Alteração da denominação e o objeto da Companhia Mineradora de Minas Gerais COMIG
Decreto nº 43.702, 2003.	Instalação do Conselho Gestor de PPP (CGPPP).		
Sul	Rio Grande do Sul	Lei nº 12.234, 2005	Normas para licitação e contratação de PPPs, institui o Programa de PPP/RS - e dá outras providências
	Santa Catarina	Lei nº 12.930, 2004	Marco regulatório dos programas de PPP/SC.
		Lei nº 13.335, 2005	Autoriza o Poder Executivo a constituir empresa para os projetos de PPPs e de concessões.
		Lei nº 13.342, 2005	Dispõe sobre o Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense - PRODEC - e do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Catarinense - FADESC
		Decreto nº 1.932, 2004	Regulamenta a Lei nº. 12.930, 2004, que institui o marco regulatório dos programas PPP/SC.

Fonte: Adaptado de dados do BNDES, 2007.

Em Porto Alegre já há Leis municipais a cerca das PPPs a título de conhecimento Decreto Municipal nº 15370/2006, Lei Municipal nº 9.875/2005, Decreto Municipal nº 15.448/2007² além da Lei Estadual do RS que trata do assunto e a própria Legislação Federal a qual foi objeto de pesquisa neste trabalho.

Resta apresentar as experiências de PPPs realizadas na Região Nordeste. Tais dados foram organizados na Tabela 3.

Tabela 3 - Experiências de PPPs na Região Nordeste

Estado	Amparo Legal	Experiência
--------	--------------	-------------

² PPP, Porto Alegre. **Parcerias Público Privadas** Porto Alegre. Disponível em: <http://www.ppp.portoalegre.rs.gov.br/default.php?p_secao=20>. Acesso em: 01 mar. 2012, s. p.

Bahia	Lei nº 9.290, 2004	Instituição do programa de PPPs no estado
	Decreto nº 9.322, 2005	Conselho Gestor do Programa de PPP/BA
Ceará	Lei nº 13.557, 2004	Instituição do Programa de PPP/CE.
Pernambuco	Lei nº 12.765, 2005	Normas gerais para licitação e contratação de PPP no âmbito da administração pública estadual.
	Lei nº 12.976, 2005	Fundo Estadual Garantidor das PPPs e modificações nos artigos 4, 12 e 19 da Lei 12.765/2005.
	Lei nº 13.070, 2006	Inclui os projetos prioritários do Programa PPP/PE.
	Decreto Estadual nº 29.348, 2006	Instala a Comissão Permanente de Licitação - CPL/PPP
	Decreto Estadual nº 28.844, 2006	Comitê Gestor do Programa Estadual de Parceria Público-Privada – CGPE
	Resolução Normativa RN/CGPE-001/2006, 2006	Procedimentos gerais para registro e aprovação de Estudos de Viabilidade e Projeto Básico para Empreendimentos de PPP
	Instrução Normativa IN/CGPE-001/2006	Estabelece competências para a atuação da Unidade Operacional de Coordenação de PPP.
Piauí	Lei ordinária nº 5.494, 2005	Institui o Programa de PPP/PI e dá outras providências.
Rio Grande do Norte	Lei complementar nº 307, 2005	Normas específicas para licitação e contratação de PPP/RGN, o Programa Estadual de PPP, na Administração Pública Estadual.
Sergipe	Lei 6.299, 2007	Programa de PPP/SE - PROPPPSE.
	Decreto nº 24.876, 2007	Secretaria de Estado da Casa Civil - SECC, Comissão Especial de Trabalho Técnico.
	Decreto nº 25.289, 2008	Regimento Interno do Conselho Gestor do Programa Estadual PROPPPSE.
	Resol. 01 do Comitê Gestor do PPP, 2008	Institui o Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI – de projetos a serem implementados no âmbito do PROPPPSE
	Resol. 02 do Comitê Gestor do PPP, 2008	Solicitação de Manifestação de Interesse - SMI e manutenção do novo Centro Administrativo do SE.

Fonte: Adaptado de dados do BNDES, 2007.

Portanto, verifica-se que as Parcerias Público Privadas estão sendo bem recepcionadas pelas as Administrações Públicas, a interação público privado tem ocorrido para que haja a concretização do interesse público. É óbvio que a legislação deste novo instituto também possui entraves burocráticos, mas isto é dessa forma justamente para cercar o processo de segurança jurídica e para que não seja configurado como PPP qualquer concessão tendo em vista que aquele instituto traz algumas vantagens que não são contemplados na Lei de Concessões comuns.

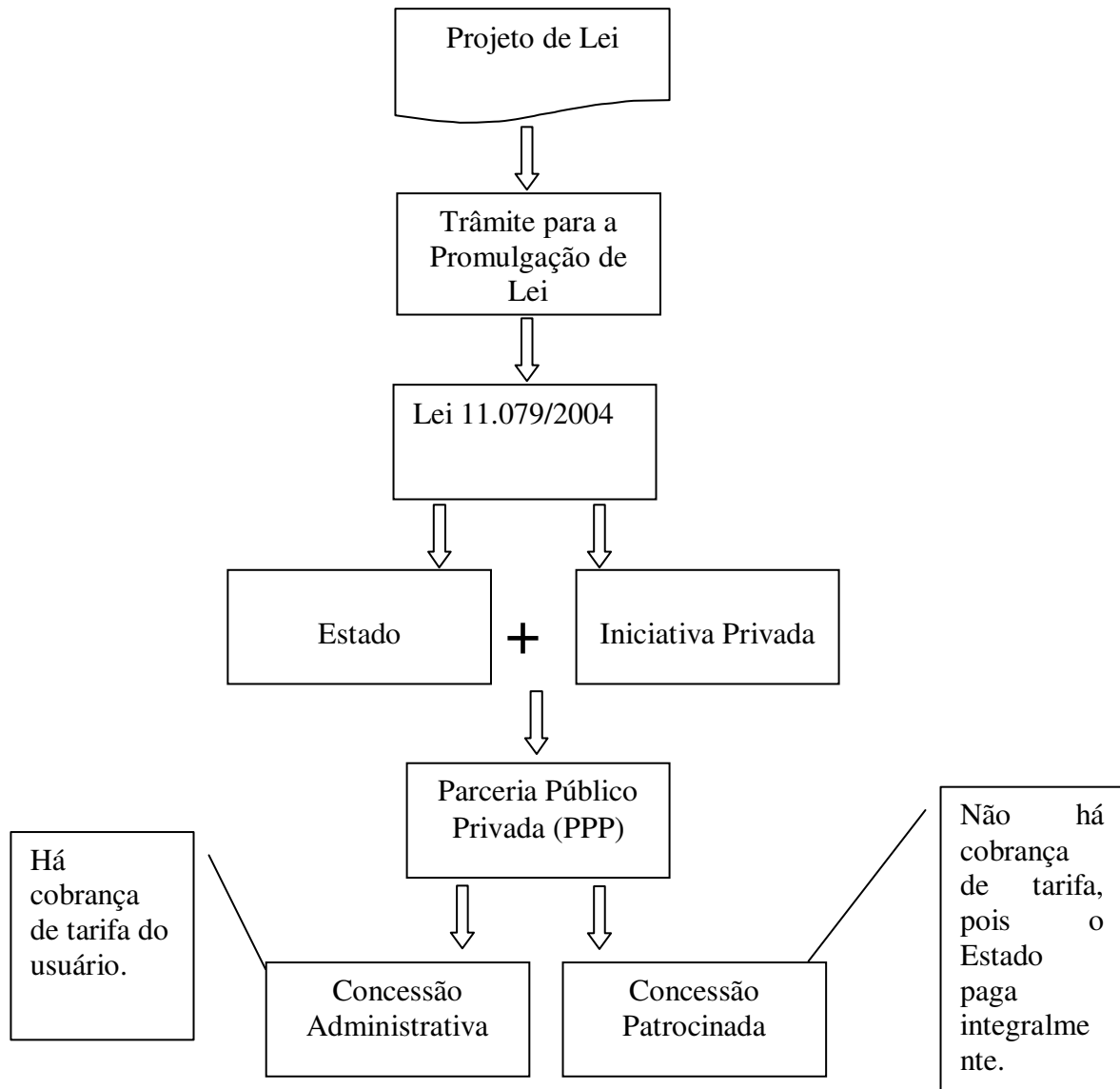


Figura 1 - Diagrama Simplificado do Processo de Elaboração de Parceria Pública Privada (PPP)

Como se pode perceber, não basta simplesmente tratar-se de uma relação de cunho econômico, na qual há uma interação entre o Público e o Privado. Deve esta estar abarcada pelos requisitos legais, que são imposto pela Lei 11.079/2004, que o diferenciam dos demais Contratos Administrativos. Essa ideia, resumida na Figura 1, bem expressa o cunho especial, que este tipo de parceria possui.

Ela envolve, como visto, o repensar do papel do Estado, o que se coaduna com as reformas que foram impostas nas últimas décadas. Ao mesmo tempo, possibilita uma forma diferenciada de organização do Espaço e das Atividades que

as Empresas e demais instituições privadas podem realizar, no que se refere ao desenvolvimento do país. Dessa forma, resta demonstrado o quanto é importante conseguir realizar a diferenciação entre as PPPs e os demais Contratos Administrativos, uma vez que suas especificidades são de tal teor e característica, que geram uma nova forma de interação do Público e do Privado.

Tendo sido feitas tais observações e considerações acerca do funcionamento e características das PPPs, torna-se necessário finalizar o presente trabalho.

3.3.3 Elaborando Ferramentas para Gestão Pública: A Cartilha sobre PPPs

Dessa maneira, ao longo do trabalho foi analisado os conceitos a cerca da diferenciação entre o público e privado, após apontamentos relativos ao Capítulo da Administração Pública na Constituição Federal de 1988 também se estudou a Reforma do Aparelho Estatal surgindo com modificações pertinentes de acordo com a nova realidade socioeconômica nacional. No desenrolar do estudo passa-se a explicar os contratos administrativos e uma forma diferenciada do mesmo que é a Parceria Público Privada como se pode perceber foi comentado nos itens anteriores.

Nesse viés, surgiu à necessidade de criar uma ferramenta que propiciasse ao Gestor Público e também ao ente privado maior discernimento sobre as Parcerias Público Privadas, em razão disto para sanar esta lacuna foi criada uma Cartilha de caráter informativo e didático.

A Cartilha sobre as Parcerias Público Privadas é uma forma de auxiliar a todos que desejam se informar acerca deste tema. Tendo em vista várias confusões quanto à conceituação deste Instituto bem como erroneamente intitular outros tipos de contratos administrativos como se fossem PPPs.

A elaboração da Cartilha sobre a interação do Ente Público com o Ente Privado que possui amparo na Lei 11.079/2.004 é um elemento rico que possui o papel de informar de maneira correta o que vem a ser PPP..

Neste contexto, a Cartilha possui uma Introdução apresentando a ferramenta que instruirá principalmente o Gestor Público quando o mesmo necessitar sanar suas dúvidas. Além disto, a Cartilha elenca a Reforma do Aparelho Estatal e algumas questões sobre este tema. Em consonância ao que foi estudado neste trabalho, a Cartilha passa a explicar as principais dúvidas referentes as Parcerias Público Privadas, no sistema de perguntas e respostas.

Os questionamentos que há na Cartilha são divididos em questões teóricas e práticas com a finalidade de simplificar o entendimento sobre as PPPs tornando dessa maneira o conteúdo da Lei 11.079/2004 mais dinâmico e didático. Tendo em vista, que a Lei quando é lida por leigos na maioria das vezes pode ser mal interpretada causando diversos problemas, tal como: má-fé na destinação dos recursos públicos, contratos redigidos sobre uma forma quando deveriam ser de outra e tantas outros erros que não só na forma como na execução do contrato.

Indubitavelmente, a Cartilha elaborada tem o mérito de maneira básica explicar a Lei de PPPs que é assunto novo e polêmico no Brasil.

4 CONCLUSÃO

A evolução nas questões referentes ao Estado propiciaram grandes transformações nos conceitos de alguns institutos que não podiam interagir na Antiguidade. Assim foi o que ocorreu com o Público e Privado havia uma dicotomia em tempos remotos que aos poucos foi se dissipando com o desenvolvimento de novos estudos e teorias sobre o Estado, Direito, Economia e Política. Com o Neoliberalismo surgiu à questão do público e o privado agindo em simbiose se tornou latente, espalhando-se essa nova visão por todo o mundo.

Neste contexto, é visto neste trabalho que as mudanças foram amoldando as concepções tanto na esfera global quanto nacional. Chega-se na realidade brasileira que possuía uma Administração Pública Burocrática que necessitava reformar suas estruturas. Mesmo com a Constituição Federal de 1988 inovando ao tratar em um Capítulo inteiro sobre a Administração Pública, ainda percebia-se que o Estado estava em parâmetros burocratas. Somente em 1995 e 1998 quando se teve respectivamente, o Plano de Reforma do Aparelho do Estado e a Emenda Constitucional de nº 19 que o país pode ver bases de uma Administração Gerencial surgindo. Assim, com o Princípio da Eficiência incluso no texto constitucional os órgãos estatais passaram a agir com mais rapidez e foi necessário que o Estado se desenvolvesse cada vez mais para poder efetivar o interesse da coletividade.

Assim foi estudado que o Estado Brasileiro, a exemplo de outros países, como Estados Unidos e Inglaterra, incorporou em seu sistema, mesmo que tardiamente em relação aos países desenvolvidos, aparatos de um modelo de Estado Gerencial. O Brasil fez isso visando uma ampliação no bem coletivo.

Dessa forma, o Neoliberalismo fez com que o setor privado fosse visto como a solução para os problemas do setor público, e com isto foi que surgiram as legislações para reger essa relação entre o público e privado. No Brasil, foi criada a Lei 8.666/93 que versa sobre as regras gerais dos Contratos Administrativos e Licitações, após foram instituídas as Leis 8.987/95 e a Lei 9.074/95 ambas tratando dos Contratos de Concessão de serviços dos mais variados. O concessionário era o ente privado não tendo qualquer forma de repartição de riscos entre este e a Administração pública.

Os Contratos Administrativos devem observar os princípios que regem a Administração Pública e também os expressos na Lei 8.666/93. Antes que haja a

celebração do contrato o Poder Público é obrigado a realizar a Licitação nas suas diversas modalidades, exceto em caso de dispensa ou inexigibilidade. Na licitação vence a proposta que for mais vantajosa para o interesse público.

Logo quando se estuda os Contratos de Concessões das Leis 8.987/95 e Lei 9.074/95, observa-se que eles seguem a maioria dos ditames da Lei de Licitações. Saliaram-se no trabalho as cinco formas de concessões possíveis dentro do que a lei permite. E assim com as transformações do Aparelho Estatal foi sendo aberto espaço para que cada vez mais o setor privado pudesse celebrar contratos com o setor público.

E foi assim que surgiu a Lei 11.079/2004 que dispõe sobre os contratos de concessões através das Parcerias Público Privadas. As PPPs nesse trabalho são tratadas como contratos administrativos diferenciados, devido suas características peculiares que o fazem ser uma concessão especial diversa da disposta na Lei de Concessões.

Na Parceria Público Privada há de um lado o Estado, de outro, está o setor privado. Estes parceiros passam a agir conjuntamente, por intermédio de um acordo formal, visando à prestação de serviços. Esse é um modelo de interação que foi importado do Reino Unido. Considerando-se esse contexto, a PPP surge em um momento em que a Gestão Pública começa a consolidar as novas diretrizes da política socioeconômica nacional.

Ingressando na análise da Lei das PPPs foi importante descobrir as principais características desse instituto, dentre elas é que existem duas formas de contratos de PPPs que podem ocorrer por concessão administrativa ou por concessão patrocinada. Ainda, foi abordado ao longo do trabalho que a parceria só pode ser licitada na modalidade de Concorrência, devido seu valor de contrato ser superior a 20 (vinte) milhões de reais. Outra característica das PPPs é que a prestação de serviços não pode ser inferior a 5 (cinco) anos e o contrato só pode ter objeto único.

Cabe ressaltar que foi levantada nesse trabalho a importância dos requisitos para que se configure uma PPP. Além disso, focalizou-se a atenção que o gestor público deve dispensar a esse assunto, no momento de informar à sociedade os contratos administrativos que vem realizando. É inadmissível denominar qualquer concessão de PPP, tendo em vista que esta forma de contrato geralmente compreende obras públicas que exigem bastante capital no seu investimento.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: GENTILI, Pablo; SADER, Emir (Orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 9-23.

ANDRADE, Rodrigo Lo Buio de. **Distinções Entre Parcerias-público-privadas, Licitações e Concessões Públicas**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/distin-ccedil-otilde-es-entre-parcerias-p-uacute-blico-privadas-licita-ccedil-otilde-es-e-concess-otilde-es-p-uacute-blicas/2068>>. Acesso em: 27 fev. 2012. sp.

ARAÚJO, Margarida M. M. **Parcerias Público Privadas**. Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_1311/artigo_sobre_parceria_publico-privada>. Acesso em: 28 fev. 2012.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 77

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BNDES. Uma visão da aplicação da parceria público-privada no mundo em 2006. **Revista do BNDES**. Rio de Janeiro, x. 14, N. 27, P. 323-330, jun. 2007.

BRASIL. Constituição Federal do Brasil (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 28 dez. 2011.

BRASIL. **Lei 8.492**, de 2 de Junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.leis/L8429.htm>. Acesso em: 03 fev. 2012.

BRASIL. **Lei 8.666**, de 21 Junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em : 20 jan. 2012

BRASIL, **Lei 8987**, de 13 de Fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 29 fev. 2012.

BRASIL, **Lei 9.074, de 7 de Julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm>. Acesso em: 24 fev. 2012.

BRASIL, **Lei 11.079**, de 30 de Dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 04 out. 2011.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995.

BRESSER-PEREIRA. Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerenciall. In **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, n.47,p.1-28 janeiro1996.

_____. Reflexões sobre a Reforma Gerencial Brasileira de 1995. . In **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, n.50(4), 1999: p. 5-30.

BRITO, Barbara Moreira Barbosa de; SILVEIRA, Antonio Henrique Pinheiro. Parceria público-privada: compreendendo o modelo brasileiro. In **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, n. 56, p. 7, jan./mar. 2005.

Cadernos do MARE da Reforma do Estado - Vol. 5 - Plano de Reestruturação e Melhoria da Gestão do MARE - 1998. Plano de Reestruturação e Qualidade. Brasília, MARE, 1998.p. 11

CAMACHO, Bruno Sanna. Parcerias Público-Privadas. Conceito, princípios e situações práticas. **Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/34139>>. Acesso em: 01 mar. 2012.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Apresentação**. In: Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Câmara de Reformado Estado/Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, 1995.

CASTELLS, Manuel. A **Era da Informação**: economia, sociedade e cultura, v. 3, São Paulo: Paz e terra, 1999.

CHAUÍ, Marilena. A Universidade Operacional: a atual reforma do Estado ameaça esvaziar a instituição universitária com sua lógica de mercado. In: **Folha de São Paulo**. Caderno Mais!, São Paulo: 09 mai. 1999.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COELHO, Ricardo Correa. **Estado, Governo e Mercado**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; Brasília: CAPES, UAB, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989.

_____. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Parceria Público-privada e outras Formas**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

DRABACH, Neila Pedrotti. **A modernização da gestão da escola pública estadual do Rio Grande do Sul: a democracia na “porta giratória”**. Dissertação de Mestrado Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2010.

ETZIONI, Amitai. **La Tercera Via hacia una buena sociedad**. Madrid: Minima Trota, 2000.

ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 1996.

FERREIRA, Mara Angelita Nestor. **Fundamentos éticos para a Administração Pública**. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19424/completa.pdf;jsessionid=9C16EA4D3F69CDB10FCE902FD805E488?sequence=1>>. Acesso em: 30 jan. 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FURLAN, Thomas Clemente. **Superando a Inoperância Estatal: As Parcerias Público Privadas** como alternativa à exploração unilateral do setor privado. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/THOMASCLEMENTEFURLAN.pdf>>. Acesso em: 01 jan. 2012.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

_____. **A Terceira Via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social democracia. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: parte general. 5ª. Ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. SP: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad.: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LIMA, Jacqueline Baptista de Souza; PAULA, Luciane Maria Argenta de Mattes; DE PAULA, Rogério Carvalho. **Entendendo a Parceria Público Privada no Brasil: Uma Análise Preliminar**. Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/.../publicacoes/Entendendo_PP...>. Acesso em: 01 dez.2011.

MACHADO, Rafael Uberti. Parcerias Público Privadas como forma de diminuição do aparato estatal. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 95, 01 dez. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10803>. Acesso em: 15 fev. 2012.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. Administração pública burocrática e gerencial. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 21, 31 mai. 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=503>. Acesso em: 01 fev. 2012.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev. atual e amp. São Paulo: RT, 2003.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26^a. Ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 24^a edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, SP: Malheiros, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. tomo 1, Coimbra: Coimbra, 1990.

MODESTO, Paulo (Org.). **Novos Rumos do Direito do Estado**. Três volumes. São Paulo: Editora Max Limonad, 2005.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de “Serviços de Relevância Pública” e “Serviços de Exploração Econômica” para as Parcerias Público-Privadas. In: Carlos Ari Sunfeld (Coor.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. “Princípio da moralidade e seu controle objetivo”. PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. Corrupção, ética e moralidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, Patrícia de Carvalho - **Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia: PROINFA**: Um exemplo de Parceria Público-Privada. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes, 2007.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. As vantagens das concessões públicas e PPP's no saneamento básico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2155, 26 mai. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12839>>. Acesso em: 29 fev. 2012.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. Os princípios reitores do direito público e do direito privado e o princípio da autonomia da vontade regrada. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 63, 01 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3871>>. Acesso em: 21 dez 2011.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Princípios de Derecho Público Económico**, Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Granada: Comares, 1999.

PASQUALINI, Alexandre. **O Público e o Privado. O Direito Público em Tempos de Crise**: Estudos em homenagem a Rubem Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PEREIRA, Carlos Eduardo de Queiroz. **Parcerias Público-Privadas**: Novo modelo brasileiro de concessão de serviços públicos e novos desafios para o controle. Dissertação de Mestrado. Brasília: UnB, 2006. Disponível em: <<http://www.portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053230.PDF>>. Acesso em: 05 Jan. 2012.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Percorso Teórico da Boa-fé e sua recepção jurisprudencial no Direito Brasileiro**. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2004.

PINTO, Élide Graziane. Plano diretor da reforma do aparelho do estado e organizações sociais. Uma discussão dos pressupostos do "modelo" de reforma do Estado Brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 01 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2168>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. **Vademecum compacto**. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito Adquirido e ordem pública**: segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

POLTRONIERI, Renato. **Parcerias público-privadas e a atuação administrativas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA MARIA. Disponível em: <<http://www.santamaria.rs.gov.br/index.php?secao=noticias&id=1792&sub=13>>. Acesso em: 06 out. 2011

PPP, Porto Alegre. **Parcerias Público Privadas** Porto Alegre. Disponível em: <http://www.ppp.portoalegre.rs.gov.br/default.php?p_secao=54>. Acesso em: 06 out. 2011

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho** México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

RITCHIE, Daniel *in* As PPP's no contexto internacional - Parcerias público-privadas – Sérgio Augusto Zampol, Rogério Emilio de Andrade (coord) – São Paulo: MP Editora, 2006.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994

SANTOS, Marlene S. **Formação continuada e professores de escolas comunitárias: sentidos do percurso formativo**. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2007.

SILVERA, Alfredo Maciel da; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A definição de PPP-Parceria Público Privada no Brasil. Disponível em: <proxy.furb.br/ojs/index.php/rn/article/.../303>. Acesso em: 25 fev. 2012.

SOUZA, Paulo Fernando Mohn e. O modelo nacional de parcerias público-privadas (PPP). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, v. 860, jun. 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**, 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

VASCONCELOS, Edson Aguiar. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Dissertação de Mestrado Uma Análise Crítica do Ideário do “Terceiro Setor” no contexto Neoliberal e as Parcerias entre a Administração Pública e a Sociedade Civil Organizada no Brasil**. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2920/DISSERTAÇÃO%20UFPR%20TARSO%20BANCA%20pdf.pdf;jsessionid=7EFD142D51387DB7CAFE2D70736EB69F?sequence=1>>. Acesso em: 09 fev. 2012.

ZANCANER, Weida. **Limites e confrontações entre público e o privado**. Disponível em: <http://www.ppp.portoalegre.rs.gov.br/default.php?p_secao=20> Acesso em: 01 mar. 2012.

ANEXO

ANEXO I

CARTILHA ELABORADA COMO UMA FERRAMENTA PARA AUXILIAR O GESTOR PÚBLICO

Introdução

Esta Cartilha foi elaborada com a finalidade de ajudar o Gestor Público, quando este tiver dúvidas quanto às denominações jurídicas e correta aplicação da Legislação das Parcerias Públicas Privadas. Desta maneira, parte-se para a diferenciação do que são público e privado, sendo ponto relevante para a compreensão das Parcerias Públicas Privadas, no contexto das mudanças que foram ocorrendo no país principalmente em decorrência da Reforma do Aparelho Estatal a qual fez emergir a ideia da eficiência Estatal.

Diferenciando o Público do Privado para fins didáticos

O Público é a esfera burocratizada que representa a figura Estatal, enquanto que o Privado é o não Estatal. Conforme a evolução da sociedade e do próprio Estado em sentido lato, as relações entre público e privado foram se aproximando para que houvesse flexibilização nas mais diversas formas de interação entre esses entes, com isto foi emergindo, a idéia de desburocratizar o Estado com a finalidade de conferir mais celeridade e eficiência nas suas funções. Dessa maneira, o Estado vê a necessidade de Reformar seu Aparelho. Para tanto, foi criado o Plano de Reforma, bem como foram promulgadas Emendas Constitucionais. O conjunto destes mecanismos tem por finalidade efetivar a implantação de um novo modelo de Administração menos burocrático e mais ágil. Nesse cenário é que foram surgindo Legislações que permitiram que público e privado pudessem interagir, respeitando a legalidade dos atos públicos e os demais princípios constitucionais elencados no art. 37 caput da Carta Magna.

A Gestão Pública com o Plano de Reforma do Aparelho Estatal deu um significativo passo para avançar na mudança do Estado Burocrático para um Estado Gerencial. Esse último, pautado pelo Princípio da Eficiência, o qual só foi inserido na Constituição Federal por força da Emenda n° 19/98.

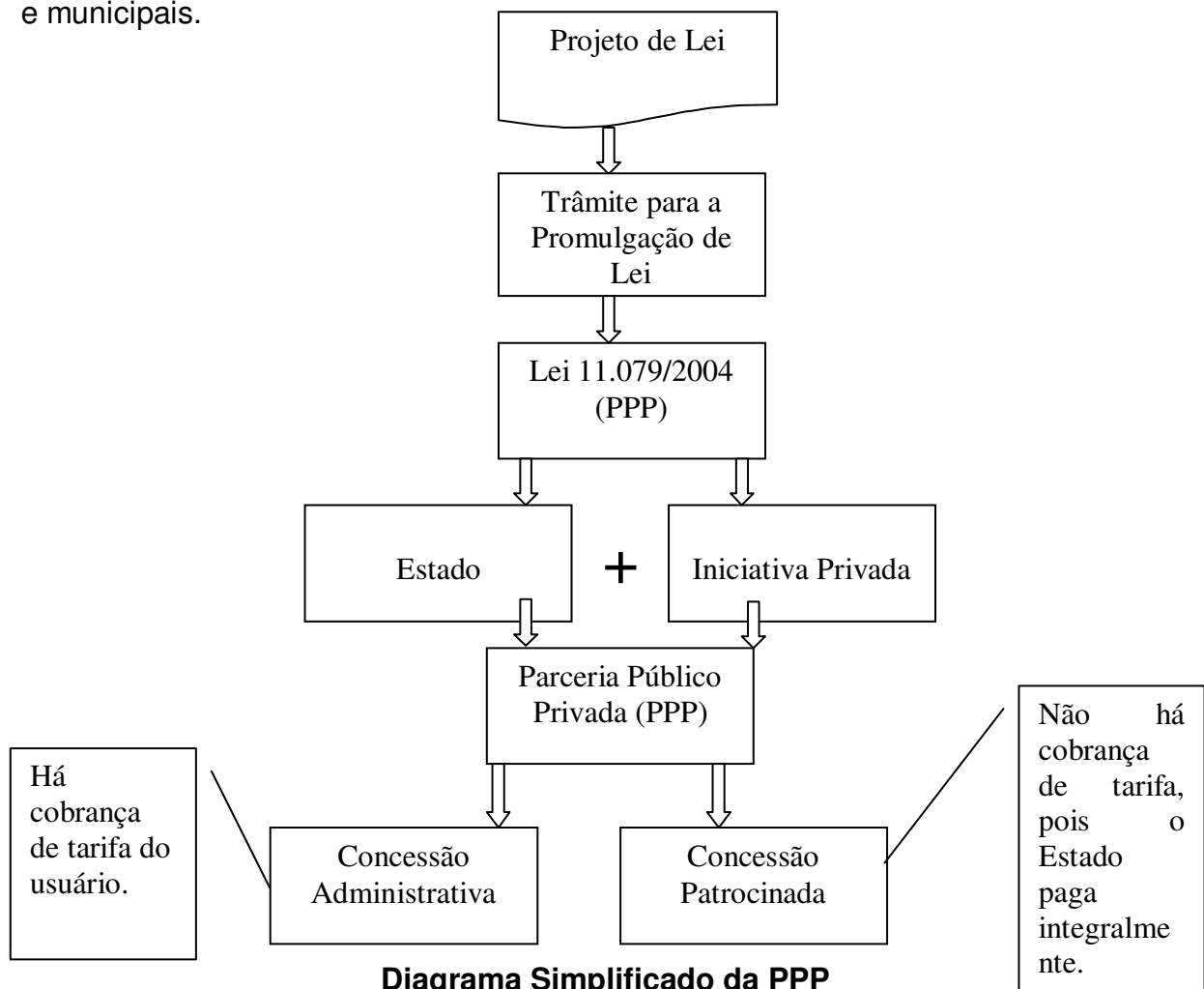
Mas o que foi esse Plano de Reforma do Aparelho Estatal?

O Plano de Reforma do Aparelho Estatal consiste em um “Manual” com objetivos de melhorar a Gestão Pública, determinando critérios para a implantação de uma Administração Pública Gerencial, em lugar da Burocrática.

PERGUNTAS TEÓRICAS

1. O que são as PPP há Legislação a respeito desse assunto?

As Parcerias Público-Privadas são a interação entre o setor público e privado em cooperação para a concretização de obras de grandes valores tais como: construções de estradas, escolas, estádios de futebol e pontes além de serviços públicos, quando o Poder Público não possui capital suficiente para custeá-los. Em outras palavras, são contratos administrativos celebrados entre a Administração Pública em qualquer âmbito com a iniciativa privada quando aquela não tem dinheiro suficiente para suportar uma obra necessária sozinha. Existe Legislação que ampare as PPPs em âmbito nacional é a Lei 11.079/2004 além de diplomas legais estaduais e municipais.



A figura acima é o resumo da Movimentação efetuada a época da idealização da Lei 11.079/2004. Nasceu de um Projeto de Lei que tramitou no Congresso Nacional , foi aprovada, promulgada e publicada surgindo a Lei de PPP. Basicamente, a PPP é a interação entre público e privado cujos contratos administrativos podem ocorrer na modalidade de concessão administrativa ou por concessão patrocinada.

2. Quem são os parceiros?

São Parceiros Públicos a União, Estados, Municípios, autarquias e fundações públicas. São Parceiros Privados, as Empresas particulares (privadas).

3. Quais as características das PPP?

- ✓ Contratos Administrativos que pode ser na modalidade de concessão administrativa ou concessão patrocinada;
- ✓ Obra pública ou serviço público com investimento superior a vinte milhões de reais;
- ✓ Prazo do contrato superior a cinco anos;
- ✓ Os riscos entre parceiro público e privado são compartilhados;
- ✓ Dever do parceiro privado criar uma Sociedade de Propósito Específico (SPE);
- ✓ Respeito aos Princípios da Eficiência, transparência, sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas.

4. Quais são os instrumentos de regulação jurídica de uma PPP?

Constituem instrumentos de regulação jurídica a Lei 11.079, a Lei 8987/95 e a Lei 8.666/93.

5. Para que não haja vulgarização sobre o que realmente vem a ser a PPP o que se deve fazer?

Deve-se esclarecer que há legislação que regula este tema e que o gestor público deve se informar a cerca das peculiaridades e vantagens dos contratos de PPPs. Diferenciando-a das demais Concessões e Contratos Administrativos.

PERGUNTAS PRÁTICAS

6. Posso contratar recursos humanos por meio de uma empresa terceirizada e considerar uma PPP?

Não. Isto porque, a contratação de recursos humanos por meio de uma terceirizada não é uma PPP, e sim o instituto da terceirização. Como visto, a PPP se presta a atender basicamente obras de grandes valores.

7. A Administração Pública pode contratar uma OSCIP como mantenedora de um hospital público e isso ser chamado de PPP?

A contratação de uma OSCIP para manter um hospital pode ocorrer, no entanto, esse contrato não pode ser denominado de PPP. A doutrina diverge quanto a denominação desse contrato se o mesmo é apenas um Termo de Parceria ou um Convênio. Entretanto a Lei nº 9.790/99 refere que a OSCIP além de ter que ser registrada no Ministério da Justiça, o seu contrato é um Termo de Parceria que nada tem a ver com a Parceria Público Privada.

8. Meu município possui um antigo cinema que foi reformado. Se eu como prefeito contratar uma Associação Civil sem fins lucrativos para administrar as operações, instalando um novo cinema posso considerar essa situação como uma PPP?

Não se trata de uma PPP, a administração do cinema pelo ente privado trata-se de uma Concessão da Lei 8.987/1995 mas também poderia ser uma Terceirização, dependendo de como seja redigido o instrumento contratual e/ou a delimitação das funções a serem desempenhadas pela Associação.

9. O Município “X” quer construir um Centro Comunitário no Bairro “A”. Se a construção tem o valor estimado de 10 milhões, for realizada por um terceiro particular, em troca de isenção de imposto isso pode ser considerado uma PPP?

Não pode ser considerada uma PPP, isto porque a obra deve ser superior a 20 milhões, devendo obrigatoriamente existir um contrato formal entre empresa privada e o município com prazo superior a 5 anos.

10. A escola estadual de ensino fundamental e médio Senador Severiano Malta Cabeleira precisa de reformas. O Estado pode receber recursos coletados entre os alunos e a Associação de pais e mestres e considerar essa situação uma PPP?

O Estado pode coletar recursos da Associação de pais e Mestres para realizar a reforma na escola, no entanto essa situação jamais será chamada de PPP. Podendo ser chamada de doação voluntária, ação entre amigos ou ajuda da comunidade.