

O MECANISMO DE GESTÃO E REGULAÇÃO NAS PARCERIAS PUBLICO PRIVADAS – PPP`s: AÇÕES NECESSARIAS.

Marcelo Lima dos Anjos ¹,

Resumo: Este artigo científico tem o intuito de apresentar os principais meios de controle e os aspectos das Parcerias Público-Privadas – PPPs, no âmbito da Gestão Pública, fazendo uma análise das leis vigentes, em suma a Lei nº 11.079 de 2004, visando demonstrar o enredo teórico realçado no contexto das parcerias diante o Estado. Por meio dele se pretende evidenciar as parcerias, suas vantagens e desvantagens, com base inicial em riscos gerados no instrumento focal da parceria. Assim, o artigo consiste em atribuir a necessidade analítica da viabilidade no instituto da parceria, com enfoque na necessidade da implementação das políticas e regulação nas ações do programa de PPP`s. Com instrumentos regulatórios eficientes, a sociedade cobra providencias efetivas do Estado de maneira multilateral, através do Controle Social, embora a maioria dos tópicos sejam definidos por Lei.

172

Palavras-Chave: Controle Social. Regulação. Parcerias Público-Privadas. Direito Público.

Abstract: This scientific article aims to present the main means of control and the aspects of Public-Private Partnerships (PPPs), in the scope of Public Management, making an analysis of the current laws, in short Law 11,079 of 2004, aiming at demonstrating the plot emphasized in the context of partnerships with the State. It is intended to highlight the partnerships, their advantages and disadvantages, based initially on risks generated in the partnership's focal instrument. Thus, the article consists of attributing the analytical need for feasibility in the institute of the partnership, focusing on the need to implement policies and regulation in the actions of the PPPs program. With efficient regulatory instruments, the society charges effective measures of the State in a multilateral way, through Social Control, although most of the topics are defined by Law.

Keywords: Social Control. Regulation. Public-Private Partnerships. Public right.

INTRODUÇÃO

Atualmente, a falta de controle e capacidade técnica na Administração Pública, gera impactos negativos para o Estado, uma vez que a prestação de serviços no âmbito público está

¹ Professor Universitário; Pesquisador da ENSP/FIOCRUZ e da Universidade de Buenos Aires; Graduando em Ciências Sociais (UNICSUL); Jurista; Tecnólogo em Gestão Pública (FACINTER); Historiador (FACIG); Especialista em Direito Público (FACEI); Especialista em Controladoria e Gestão de Negócios (FAIARA); Especialista em Educação e Patrimônio Cultural e Artístico (UnB); Mestre em Gestão e Regulação de Serviços Públicos em Saneamento Básico (ENSP/FIOCRUZ); doutorando em Direito do Trabalho (UBA).

intimamente ligada ao anseio social, criando uma situação de vulnerabilidade. Logo, essa vulnerabilidade se torna cada dia mais crescente, e com o seu crescimento surge a necessidade de proteção por parte do Estado, pois a sociedade, em sua grande maioria, não sabe lidar com a eficiência na administração pública, gerando uma complexidade formal, bem como o desconhecimento prático, traz a vulnerabilidade a prestação do serviço público.

Cabe ao Gestor Público, por meio dos controles de: risco, regulatório, financeiro e recursos humanos, por meio da análise de dados coletados nos mais diversos fluxogramas existentes na base organizacional, quer seja na personalidade jurídica privada ou na pública, pretendendo estudar qual o real motivo da incapacidade na administração pública, o que se torna o objeto de estudo deste trabalho. Enquanto o Estado estiver nesse estado vulnerável, é dever do gestor público adotar determinadas ações ou atos que demonstrem nitidamente sua diferença perante os demais grupos da sociedade.

Com a gestão de conhecimento a partir da nova concepção da inteligência comportamental as organizações diminuem os gastos em produtos e começam a investir maciçamente em capital intelectual, o que exprime o melhor custo-benefício, pois o capital intelectual dos colaboradores é o maior patrimônio que a empresa possui.

Logo, conforme descrito acima, o escopo dessa pesquisa busca, nitidamente, delinear a possibilidade de parceria entre entes públicos e privados, com base na legislação, gerando grande repercussão e significativa mudança na Administração Pública Brasileira, para execução de serviços públicos.

Entende-se como parceria público-privada um contrato de prestação de serviços de médio e longo prazo (de 5 a 35 anos) firmado pela Administração Pública, cujo valor não seja inferior a vinte milhões de reais, sendo vedado a celebração de contratos que tenham por objeto único o fornecimento de mão-de-obra, equipamentos ou execução de obra pública. Na PPP, a implantação da infraestrutura necessária para a prestação do serviço contratado pela Administração dependerá de iniciativas de financiamento do setor privado e a remuneração do particular será fixada com base em padrões de performance e será devida somente quando o serviço estiver à disposição do Estado ou dos usuários.

1. ANÁLISE DO DISPOSITIVO LEGAL (LEI Nº 11.079/2004)

Os direitos são mutáveis e alguns deles nascem como frutos das iniciativas e forma atuais das relações entre os indivíduos, com estas atividades, surgem hábitos ou convivência e

maneiras particulares de lidar com a vida. Assim, é necessário perceber, que o rótulo das parcerias público-privadas (PPPs), está amparada pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu no Estado Brasileiro duas novas maneiras de se contratar um gestor público, sendo uma concessão patrocinada e a concessão administrativa. Assim sendo, essas duas modalidades contratuais estão inseridas no ordenamento jurídico brasileiro e reservada no emprego de maneira *nomen iuris*.

No Brasil, após um ano de tramitação legislativa e intenso debate público propiciado por Governo, parlamentares e pela sociedade em geral, a Lei das Parcerias Público-Privadas - PPP – foi sancionada em 30 de dezembro de 2004 (Lei nº 11.079).

O texto da Lei incorporou conceitos aplaudidos pela experiência internacional e garante que as parcerias público-privadas sejam um instrumento efetivo na viabilização de projetos fundamentais ao crescimento do país e sejam balizadas na atuação transparente da Administração Pública e nas regras de responsabilidade fiscal.

Antes da instituição da Lei nº 11.079/2004, o termo PPP's era utilizado dentro do direito brasileiro propriamente dito de maneira ampla, que era tratado de maneira unilateral por sofrer influências estrangeiras, gerando certa desorganização entre os tratados que eram estabelecidos entre entes privados e públicos, antes da promulgação desta Lei. Mais tarde, após o instituto da Lei, as PPP's tiveram mais amparo jurídico em suas concessões dos serviços públicos, antes regidas pela Lei nº 8.987/95.

A Lei prevê uma concessão administrativa em seu Art. 2º, parágrafo 2º, onde o objeto do acordo é a prestação de serviço (atividade material prestada à Administração e que não tem as características de serviço público) mesmo se a modalidade de administrar do poder público seja a direta ou indireta, ficando facultado a abrangências na execução de obra e o fornecimento e instalação de bens, ao contrário da concessão patrocinada que tem por objeto a execução de serviço público. Nessa linha de entendimento Neto (1997, p.75), define a Parceria Público-Privada como:

modalidade de colaboração entre o setor privado e o setor público em que entidades não estatais participem em atividades estatais de índole econômica, auferindo lucros em sua execução.

Vale ressaltar que a Lei nº 11.079/2004 não definiu literalmente as PPPs em seu teor, cabendo aos juristas a responsabilidade de operar a Lei. Com base nisso, Marçal Justen Filho (2005, p. 549), diz que:

Parceria público-privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infraestrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para obtenção de recursos no mercado financeiro.

Dentro deste parâmetro legal o aparato estatal visando proporcionar mais eficiência, há uma certa liberdade nos contratos. Visando trazer avanços, sobretudo o de extirpar equívocos e manter situações hipoteticamente incompatíveis com o sistema administrativo, que por sua vez deve estar em consonância com a Constituição.

A definição legal de um valor mínimo para o firmamento de contratos sob a modalidade de PPP, se faz necessária em função da complexa estrutura contratual, a qual envolve elevados custos de transação, não sendo, portanto, adequados a projetos e serviços de pequena escala, em que um potencial ganho de eficiência não comportaria os custos de transação associados (BRITO & SILVEIRA, 2005).

De forma geral, o setor público indica os resultados esperados, ou serviços e obras pretendidos e o setor privado concebe o projeto no contexto da tecnologia por ele julgada mais adequada, executa, financia e opera pelo tempo e nas condições definidas contratualmente. Vale ressaltar aqui que segundo o artigo 7º da Lei nº 11.079/04 a contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço, objeto do contrato, ou seja, a remuneração somente será devida ao parceiro privado, após a entrega da obra ou do serviço licitado, podendo variar de acordo com as metas e padrões de desempenho (parágrafo único do art. 6º).

O regime aplicável às PPPs adota ainda, uma estrutura conceitual que define como Parceria Público-Privada o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

O § 1º do Art. 2º prevê que na concessão patrocinada, poderá haver adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, uma complementação de receita pela autoridade pública em forma de contraprestação pecuniária. Neste caso, por se tratar de prestação de serviço público ao usuário, aplica-se subsidiariamente o disposto na lei de concessões. Para exemplificar citamos o caso de uma concessão de rodovia, onde a cobrança de tarifa módica não seria suficiente para recuperar o investimento e remunerar o capital, sendo necessário, portanto, a complementação de receita pela autoridade pública para tornar o empreendimento viável.

No que se refere a concessão administrativa, o § 2º do Art. 2º define-a como sendo um contrato de prestação de serviços que a administração pública seja usuária direta ou

indiretamente, cabendo a ela o pagamento integral ao parceiro privado. Como exemplo, citamos contratos para construção, manutenção e gestão de hospitais e escolas públicas que, embora exista um beneficiário, no caso o cidadão, é a própria administração a usuária indireta do sistema, por ser ela a compradora do serviço prestado pelo parceiro privado.

Outro ponto importante de que trata a Lei das PPPs é acerca da repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato príncipe e álea econômica extraordinária, prevista no inciso V do artigo 4º e inciso III do artigo 5º. Para Brito & Silveira (2005), este dispositivo representa uma alteração significativa do regime tradicional de repartição de riscos entre a administração e os entes privados, uma vez que nos contratos administrativos em geral, regidos pela Lei 8.666/93, o poder público arca com o ônus integral desses riscos, e, no caso da Lei nº 8.987/95, os riscos dos contratos são transferidos para o ente privado.

A cooperação direta entre o parceiro público e o parceiro privado no quadro de uma entidade dotada de personalidade jurídica permite ao parceiro público manter um nível de controle relativamente elevado sobre o desenrolar das operações, que pode adaptar ao longo do tempo, em função das circunstâncias, através da sua presença entre os acionistas e nos órgãos de decisão da entidade comum. Permite igualmente ao parceiro público desenvolver a sua experiência própria da exploração do serviço em causa, com recursos ao apoio de um parceiro privado.

A lei traz a possibilidade de combinar a remuneração tarifária com o pagamento de contraprestações públicas e define PPP como contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. Na concessão patrocinada a remuneração do parceiro privado vai envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público. A concessão administrativa, por sua vez, envolve tão somente contraprestação pública, pois se aplica nos casos em que não houver possibilidade de cobrança de tarifa dos usuários.

Dentre outros aspectos, incorporou-se a possibilidade de inversão das fases de habilitação e julgamento no procedimento licitatório e a de repartição dos riscos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe e álea econômica extraordinária do contrato. A lei autoriza, ainda, a arbitragem para solução de conflitos e a constituição de fundos ou instituição de seguros para garantir o pagamento devido pelo poder público ao parceiro privado.

Com relação à União, a Lei da PPP estabeleceu que a abertura da licitação pelo órgão competente estará condicionada à autorização prévia do Comitê Gestor das PPP - CGP, formado pelos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão (coordenador), Fazenda e Casa Civil.

Este órgão é quem dará as diretrizes para contratação das PPP no âmbito federal e estabelecerá os critérios para seleção dos projetos sujeitos a esse novo regime.

2. ESCORÇO FATICO DAS PPP's NO BRASIL

Por volta dos anos 30, o Estado brasileiro era o principal agente produtor e fomentador da economia nacional, via industrialização. A montagem desta infraestrutura coube ao Estado, primeiro porque o volume de investimentos a ser aplicado era altíssimo e seu retorno muito lento e, segundo, porque o setor privado nacional não tinha condições de fazê-lo, bem como inexistia a ideia de investimento internacional que se têm hoje (POLTRONIERI, 2004).

O governo era responsável por quase todos os setores da economia. Fornecia bens e serviços e realizava investimentos diretamente ou através de empresas estatais. Para tal, usava tanto recursos fiscais, como recursos próprios das empresas, mas também recorria a empréstimos e financiamentos internacionais e nacionais, fator esse responsável pelo alto grau de endividamento do setor público nacional. Assim, até fins da década de 80 não existia motivo para suspeitar da atuação da administração pública na prestação direta de serviços públicos. A realidade mudou com o esgotamento das fontes internacionais de recursos disponíveis nas décadas de 50 e 70 e a estagnação estrutural da Administração como um todo.

André Franco Montoro Filho, em artigo publicado no Boletim da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FINE, assim comenta acerca do esgotamento das fontes de recursos:

Na verdade, desde a década dos oitenta, o governo, em todos os seus níveis e em suas empresas, passou a conviver com acentuadas restrições de crédito, praticamente inviabilizando os investimentos nestes setores. Houve assim uma drástica redução no volume de investimentos, gerada tanto pela incapacidade de financiamento como pelas dificuldades de geração de recursos próprios, em grande parte comprometidos no pagamento do serviço da dívida contraída anteriormente.

Como se verifica, dentro deste cenário o Estado brasileiro após algumas décadas passou a sofrer um processo de paralisia dos serviços públicos essenciais de infraestrutura e, pelo quadro que se apresenta hoje, podemos dizer que os setores mais atingidos foram os de transporte, energia, telecomunicação e saneamento básico. O Estado chegou ao limite da responsabilidade da administração, uma vez que esses serviços estavam próximos de um colapso na sua disponibilização para a sociedade em geral.

A década de 90 foi marcada pela tentativa de transformar o Estado e racionalizar o setor público, implantando a privatização e mantendo na administração pública apenas os meios institucionais de controle e regulação. Portanto, o Estado assume um papel de mediador de forças entre os vários segmentos sociais e econômicos. Nesse contexto, como atrair o investimento privado para auxiliar o Estado no cumprimento de suas obrigações legais no que se refere às necessidades básicas e fundamentais da sociedade? As PPPs surgem como alternativa.

No Brasil, inúmeras são as causas determinantes do surgimento da Parceria Público-Privada, a qual decorre mais do que de uma opção de natureza político-ideológica da própria crise do Estado brasileiro, cuja vertente financeira o incapacita a realizar os investimentos que a sociedade requer. Se, de um lado, o setor público não tem condições de atender às demandas sociais, a iniciativa privada busca mercados alternativos para utilização de sua capacidade empresarial, financeira e administrativa ociosa, em função do longo período recessivo que o país vem atravessando (LODOVICI & BERNAREGGI, 2005).

Neste sentido, 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.

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 infraestrutura. Em sentido mais amplo, representa o trabalho conjunto dos setores público e privado, em cooperação, para oferecer infraestrutura e serviços à população alcançada pelo empreendimento.

Para Brito & Silveira (2005) duas questões permeiam o debate econômico em torno da justificativa de se adotar um programa de Parceria Público-Privada, qual seja, *a obtenção de espaços orçamentários para viabilizar investimentos em um quadro de restrição fiscal e a eficiência na prestação de serviços públicos.*

Pelo ponto de vista dos citados autores, a PPP pode ser uma alternativa para viabilizar investimentos, frente a uma escassez de recursos gerada pela necessidade de contenção de gastos públicos, em confronto com a crescente demanda pela oferta de serviços de boa qualidade, como contrapartida à pesada carga de impostos a que o contribuinte brasileiro é obrigado a arcar, devido a tais circunstâncias é inevitável o processo regulatório para o equilíbrio das ações pré-estabelecidas.

Para o Departamento de Assessoria Econômica do Ministério do Planejamento, por meio de seu gestor Demin Fiocca, o trabalho elaborado acerca do papel das PPPs na retomada do Crescimento sustentável, afirma que o Brasil precisa elevar o nível de investimentos em infraestrutura, uma vez que a crise energética de 2001 causou a perda de 3% do PIB e, segundo sua análise o novo modelo de concessão a ser adotado no Brasil poderá, por exemplo, estimular o investimento em geração de energia, setor estratégico para dar suporte à retomada do crescimento, o acompanhamento da evolução das ações contidas no instrumento validador da parceria é crucial para o ganho financeiro e social.

Assim, levando-se em consideração o cenário internacional que já contava com uma considerável experiência nos programas de parceria como forma de suprir as necessidades de investimento, também o Brasil, frente ao quadro econômico que se encontrava, iniciou em 2002 a discussão sobre a adoção de um programa de parcerias público-privada, discussão essa que culminou na elaboração do Projeto de Lei nº 2.546, de 2003, que buscou adaptar o atual marco legal de contratação previsto na Lei de Licitações e de Concessões de serviços Públicos², de forma a permitir alterações que potencializasse o sistema de parceria e o seu elemento de distinção, qual seja: *o compartilhamento dos riscos e o financiamento privado*. Desta forma e, após mais de um ano de discussão em torno do referido Projeto de Lei, foi editada em 30 de dezembro de 2004 a Lei nº 11.079³ a qual instituiu normas gerais para a licitação e contratação de Parceria Público-Privada no âmbito da Administração Pública.

3. AS MODALIDADES DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COM BASE NA LEI Nº 11.079/2004

Com a modernização e o aprimoramento do sistema admirativo do estado brasileiro, no que diz respeito as parcerias público-privada, se fazem necessário investimentos por parte do Estado diante as parcerias e recursos privados na sua infraestrutura, afim de coibir possíveis reduções no crescimento econômico.

No Art. 2º da Lei nº 11.079/2004, as PPPs podem ser pactuadas em modalidades diferenciadas, sendo elas: concessão patrocinada ou concessão administrativa.

3.1. Concessão Patrocinada

² Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações) e Lei nº 8.987/95 e 9074/95 (Lei de Concessão de Serviços Públicos).

³ Publicada no Diário Oficial da União em 31/12/2004

A Lei retro citada, prevê no §1º do Art. 2º, que se tratando da Concessão Patrocinada, já foi positivada outrora, em sua essência como uma concessão comum expressa pela Lei nº 8.987/1995, sendo que a Lei posterior, 11.079/2004, trouxe apenas detalhes esquecidos no texto anterior.

Grande parte dos juristas dizem não haver obstáculos para liberação de subsídios no instituto da PPP, inclusive, pelas disposições da Lei nº 8.987/95. Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto (2004, p. 341) relembra que o valor da tarifa deve atender a capacidade do usuário:

De outro lado é possível que o serviço público seja explorado pelo particular delegatário do poder público e sua remuneração não seja atribuída exclusivamente pelo usuário do serviço. É o que ocorre frequentemente, nas hipóteses de subsídio tarifário quando define-se que, por ser o valor da tarifa economicamente justa (ou seja, aquela que remunera o investimento, os custos da prestação e uma razoável margem de lucro ao particular) excessivamente alto para a capacidade de pagamento dos usuários potenciais do serviço público, o poder público subsidiará a tarifa, concorrendo para que o valor cobrado de quem dele se utiliza seja inferior àquele calculado economicamente.

Corroborando com essa afirmação, o mesmo autor, Floriano de Azevedo Marques Neto (2004, p. 349), também já dizia que:

Não me parece existir argumento suficientemente forte para impedir que o poder público, no exercício de suas competências materiais, formule um modelo de concessão pelo qual o concessionário seja encarregado de prestar um serviço público, oferecendo-o diretamente aos indivíduos, mas remunerando-se não mediante a cobrança de tarifas diretamente destes usuários, mas por fontes alternativas. Dentre estas fontes alternativas pode, sim, estar o pagamento pelo Estado de um valor (inclusive com natureza tarifária) definido em lei, no edital ou no contrato por unidade de serviço utilizado.

Confirmando com a ideia citada anteriormente, o autor Marçal Justen Filho (2003, p. 93), diz que:

(...) será vedada a subvenção quando configurar uma forma de benefício injustificado para o concessionário. Não se admite, em face da própria constituição, é o concessionário receber benesses do poder concedente, com pagamentos destinados a eliminar de modo absoluto o risco intrínseco e inafastável. Mas não haverá inconstitucionalidade quando a contribuição

estatal for instrumento para assegurar a modicidade da tarifa, valor fundamental para o cumprimento das destinações do serviço público, ou a realização das funções estatais inerentes à persecução do interesse coletivo.

Com base nisso, fica nítido que para que haja a instituição da PPPs, são necessários métodos sistêmicos que conduzem a estrutura organizacional, desenvolvendo áreas que são de suma importância a administração pública. Assim, entende-se que os anseios do Estado e as diretrizes podem ser demandadas por qualquer escala hierárquica, quer seja de topo ou de base, mas sempre com a função de desenvolvimento institucional e o crescimento da parceria público-privada.

3.2. Concessão Administrativa

No caso da Concessão Administrativa, o § 2º do art. 2º da Lei nº 11.079/2004, trata deste método de concessão como um “contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

Essa modalidade de concessão se difere das outras por se tratar de isenção de cobranças tarifárias dos seus usuários por parte do Estado. Di Pietro salienta que a conceituação “aproxima-se bastante, sob certos aspectos, dos contratos de empreitada, ficando a meio caminho entre a concessão de serviço público e a terceirização”. (DI PIETRO, 2005, p. 83)

Já na ótica de Celso Antônio Bandeira de Mello é indispensável que o concessionário seja remunerado por meio de tarifas ou outra forma advinda da exploração do serviço concedido, mesmo que acrescido por fontes complementares de receita, pois é o aspecto remuneratório que distingue o instituto das concessões de outras modalidades contratuais. (MELLO, 2005)

Ademais, o autor Mello (2005, p. 724-725) acrescenta que:

dificilmente se poderá conceber um serviço que possa ser mantido por meras tarifas nas quais a Administração compareça como simples usuária, (...) maiormente se envolverem também a execução de obras ou implantação de bens”, (...) “não basta chamar um contrato de prestação de serviços como concessão para que ele adquira, como em um passe-de-mágica, esta qualidade.

Já de outro lado, Benedicto Porto Neto (1998, p. 76) assegura não haver necessidade de tarifas, conforme segue:

A Administração Pública pode transferir a prestação de serviço público a terceiro, sob o mesmo regime jurídico da concessão, sem que sua remuneração guarde relação com o resultado da exploração do serviço. É o caso do pagamento de preço diretamente pela administração à concessionária ou, ainda, quando a receita deste provém de renda auferida na exploração de projetos associados.

Carlos Sundfield diz que há possibilidade de desvinculação da remuneração com o resultado da exploração dos serviços, inclusive que a remuneração do concessionário nessa modalidade pode não ser em pecúnia, ficando a mesma descaracterizada pelo recebimento de tarifas pelos seus serviços. (SUNDFIELD, 2005)

Mas esses não são os únicos questionamentos acerca da Concessão Administrativa, pois nessa modalidade de instituição de serviços públicos, existe a necessidade de relações jurídico-contratuais.

Nesse sentido, pode-se entender que a concessão administrativa, criada pela Lei de PPP, não abre brecha para uma relação triangular, de modo em que quem concede será o próprio usuário do produto final (serviço), conforme sustenta Juarez Freitas (2005, p. 31):

Não se trata a rigor de concessão, mas de contrato de prestação à Administração Pública. Dessa maneira, figurando a Administração como usuária (direta ou indireta), não acontece, em sentido próprio, delegação, por conta e risco. Logo, não se está diante de concessão em linha conceitual apurada (que implica delegação pelo titular), mas de mera contratação administrativa peculiar (com prazo mais longo, entre outras distinções), que se deve encapsular no conceito elástico e abrangente do art. 2º da Lei de Licitações, com o leque de consectários em matéria de regime aplicável.

Ainda assim, o autor Carlos Sundfield (2005, p. 29) divide a modalidade de concessão administrativa em duas formas de prestação de serviços:

(...) a concessão administrativa de serviços públicos (Administração é usuária indireta) e a concessão administrativa de serviços ao Estado (usuária direta). A concessão administrativa de serviços públicos é aquela em que, tendo por objeto os serviços públicos a que se refere o art.175 da CF, estes sejam prestados diretamente aos administrados sem a cobrança de qualquer tarifa, remunerando-se o concessionário por contraprestação versada em pecúnia pela concedente (...). Nesse caso, embora os administrados sejam os beneficiados imediatos das prestações, a Administração Pública será havida como usuária indireta, cabendo a ela os direitos e responsabilidades econômicas que, de outro modo, recairiam sobre eles.

Por fim, essa modalidade de concessão, se tratando de remuneração, está intimamente ligada com o acordado no instituto. Porém, é salutar dizer que no ponto de vista jurídico, a delegação de poder existe somente apenas quando a Administração é usuária indireta do produto final contratado.

4. NORMAS E DIRETRIZES: A GESTÃO E A LEI Nº 11.079/2004

A Lei nº 11.079/2004, em seu Art. 1º, trata da necessidade de instituir “normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, justo quando a competência legislativa conferida privativamente à União, pelo Art. 22, inciso XXVII, da CR/88. Nesse sentido, Justen Filho (2002, p. 21) esclarece que a edição de normas gerais busca:

assegurar, por um lado, a manutenção da competência legislativa da União, sem suprimir o poder de cada ente federativo, para dispor sobre determinados ângulos da mesma matéria. Através de fórmula dessa ordem, evita-se a proliferação de regras distintas no âmbito de cada entidade federativa. (...) Os entes federativos podem produzir regras próprias apenas naquilo que não infringir essa espécie de núcleo irredutível produzido pela lei federal.

No Art. 4º da Lei nº 11.079/2004, existe várias de diretrizes que devem ser analisadas principalmente pelo responsável jurídico do instituto da contratação da PPPs que, segundo Vanice Lírio do Valle, (2005, p. 39), são padrões de conduta para garantia de legitimidade e adequação da contratação:

Em verdade, também quando o art. 4º da Lei 11.079/04 menciona diretrizes aplicáveis à contratação de PPPs, enuncia valores que se revestem de fundamentalidade quando se cogita daquela específica atividade do Estado; traduzindo, em última análise, parâmetros para a aferição da legitimidade de sua opção negocial e dos atos de execução dessa mesma escolha.

Quando se analisa a Lei mencionada, o jurista tem a obrigatoriedade de entender e executar as diretrizes determinadas para concessão das PPPs, onde se deve buscar um melhor resultado de execução do serviço, justo quando esse deve satisfazer as necessidades contratadas pelos usuários, bem como com a devida qualidade em sua prestação.

Assim, na Administração Pública deve se prezar pela formalização da contratação da PPP. Nesse sentido, Marçal Justen Filho (2005, p. 85-86), adverte que:

eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica”, visto que a atividade estatal deverá traduzir valores de diversa ordem, não apenas de cunho econômico” e, na hipótese de conflito “entre eficiência econômica e certos valores fundamentais, deverá adotar-se a solução que preserve ao máximo todos os valores em conflito, mesmo que tal signifique redução da eficiência econômica.

Quando se faz análise das diretrizes e metas mencionadas nesses dispositivos legais, percebe-se que estas têm a responsabilidade de manter em constante evolução dentro da organização, seja pública ou privada, e suas particularidades que se presumem. Nas questões financeiras, não se resume apenas em receita e débitos, tendo uma função crucial na organização que vai de ativos, porcentagens, lucros, dividendos, débitos, remuneração, solidez e a sobrevivência da organização, questões de recursos humanos que vão além da compreensão generalista do nome, que aliás vem sendo debatido e combatido, pois por se tratar da necessidade de ações motivacionais, de qualificação e incentivo na produção e perpassa a nomenclatura de produção, que aborda a capacidade organizacional do produzir, seja serviços ou produtos e com essa produção vem a qualidade e o aperfeiçoamento do que se é produzido, sempre pautando a satisfação dos envolvidos na Parceria Público Privada no Direito Brasileiro.

5. GESTÃO E CONTROLE DAS DAS PPPs

Conforme visto até aqui, o modelo de cooperação entre o setor público e privado preconizado pela PPP, apresenta-se como alternativa as necessidades sociais principalmente em infraestrutura e serviços públicos. No plano internacional, as PPPs têm, de forma geral, atendido às demandas. Não sem, contudo, ter sido preciso sanar algumas falhas encontradas no decorrer da implementação. No Brasil, as parcerias já nascem com a vantagem de poder implementar este novo modelo de contratação, considerando como bússola os erros e acertos observados nas experiências externas. Assim, a partir desta percepção, trazemos neste capítulo, síntese de estudos sobre o tema que nos mostram pontos de riscos e benefícios que se pode ter com as PPPs, e que para o caso Brasil, em suas esferas governamentais, poderão servir como referência em suas ações.

Como caso prático, utilizaremos o Serviço Social Autônomo denominado Agencia Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural (ANATER), agencia instituída pelo Decreto nº 8.252 em 26 de maio de 2014, com diversas competências públicas, mas entre as principais: a promoção da universalização dos serviços de assistência técnica e extensão rural para os

agricultores familiares e os médios produtores rurais; credenciar e acreditar entidades públicas e privadas prestadoras de serviços de assistência técnica e extensão rural. Tais mecanismos legais estabelecem a necessidade da universalização e aferição da qualidade na prestação de serviços públicos.

A institucionalização da agencia por meio de instrumento organizacional se deu no segundo semestre de 2016 e seu funcionamento prático em 2017, o aparelhamento político era evidente, todos apadrinhados pelo Deputado Federal mineiro Zé Silva, que indicou a maioria dos Dirigentes e transformou a agencia em feudo político, nomeando Valmissoney Moreira Jardim, Diretor Presidente, Ricardo Peres Demichelli, Diretor Administrativo e Jose Maria Pimenta, Diretor Técnico, nenhum dos diretores nomeados dispunham de formação técnica ou experiencia com regulação ou aferição de qualidade em serviço público, transformando a gestão da ANATER por mais de 2 (dois) anos em catástrofe institucional e feudo empregatício mineiro.

As diretrizes e políticas para atuação da acreditação e posterior credenciamento foram completamente ignorados pelo dirigentes que fizeram da gestão um instrumento supérfluo, apesar da acreditação ser um mecanismo rentável para agencia, que não deveria requerer recursos públicos para sua manutenção ou manutenção de pessoal e despesas administrativas, gerando renda a administração pública e conseqüentemente ao Estado. No primeiro semestre de 2019, o aparelhamento político na agencia foi desfeito, restando lapso temporal para analise situacional e retomada das ações para o efetivo funcionamento da agencia. Novos gestores foram empossados, com compromisso e disposição para fazer funcionar a engrenagem e levar serviço público de qualidade aos agricultores familiares, os relatórios do TCU e CGU em especifico o Relatório de Trimestral de Atividades do TCU referente ao 4º Trimestre de 2018, apresentou inconsistência e incapacidade de gestão em diversas áreas da ANATER.

5.1. Riscos

Sobre as dificuldades de se formatar as parcerias público-privadas, a pesquisadora do Departamento de Administração da UNB, professora Joslin (2004) bem resume como sendo uma das complicações o fato das parcerias serem de naturezas distintas e terem atores diferenciados (setor público e privado). Nessa relação é importante ressaltar a responsabilização e os pesos atribuídos a cada parceiro. Aqui faremos um breve relato dos principais pontos críticos atribuídos sob o ponto de vista do setor público.

5.1.1. Eleição de Prioridades

A experiência portuguesa nos traz um outro ponto que compromete o resultado da parceria na modalidade de PPP: o lançamento independente de projetos. Sem gerenciamento sobre o orçamento do Estado, lançaram-se todos os projetos independentes de sua importância, acarretando renegociação de contratos e adiamento de planos de ação. A lição que se tira, como forma de conter riscos, é que as principais decisões sobre investimentos governamentais obedçam a um planejamento capaz de sinalizar os objetivos da ação governamental e as prioridades de alocação dos recursos públicos no médio e longo prazo.

Os critérios na escolha de projetos devem obedecer a um programa de investimento para assegurar o melhor uso dos recursos públicos na execução da provisão de serviços públicos. Assim devem ser considerados na contratação de uma PPP: a demanda social, as opções de contratação, e a estimativa do montante mínimo de recursos públicos capazes de viabilizar o projeto.

5.1.2. Ações de importância estratégica

No que se refere às ações de importância estratégica Juruá (2004) lança importante questionamento acerca da possível cobiça internacional sobre rios e florestas, ou ainda sobre recursos minerais e energéticos, podendo haver o aproveitamento desse tipo de contrato para garantir o usufruto de nossas riquezas naturais por um longo período de tempo, a título de contraprestação dos contratos de parceria.

Este é um importante ponto de reflexão que a Administração Pública deverá observar para que as contratações não se revistam de instrumento para o crescimento sustentável e encontrem espaço para interferir em matérias de soberania nacional. Esta possibilidade está disposta no Art. 6º, incisos III e IV, da Lei nº 11.079/04, que aduz que a contraprestação da Administração Pública poderá ser feita por outorga de direitos em face da Administração Pública; e, por outorga de direitos sobre bens públicos dominicais⁴. É bastante razoável, então, que não se perca de vista as ações de importância estratégica e assim sejam tomadas medidas que resguardem áreas vitais de interesse nacional, por exemplo: exploração e produção de

⁴Bens públicos dominicais, também chamados domínios – são os próprios do Estado como objeto real, não aplicados nem ao uso comum, nem ao uso especial, tais os terrenos ou terras em geral, sobre os quais tem senhoria, à moda de qualquer proprietário, ou que, do mesmo modo, lhe assistam em conta de direito pessoal. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Editora Malheiros. São Paulo: 1999.

petróleo e gás natural; e, setor elétrico com a instalação de usinas hidroelétricas e termoeletricas. Vale lembrar que a transferência de domínio dos bens dominicais exige lei autorizativa, avaliação prévia e licitação.

5.1.3. Garantia aos investidores

O financiamento privado das parcerias não elimina a possibilidade de que o parceiro privado busque financiar-se junto a organismos oficiais de crédito. Assim, do que se entende do disposto no Art. 5º, §2º, Inciso III, da Lei nº 11.079/04, as obrigações constituídas pelos financiadores do projeto junto aos fundos e empresas estatais garantidores das parcerias, poderão ser repassadas ao governo como resgate de operações. Neste caso, não nos parece que os riscos estejam efetivamente sendo compartilhados, restando ao Estado arcar, em verdade, com os riscos de crédito.

5.2. Benefícios

De início ressaltamos a proposta original das PPPs que é tornar viáveis economicamente projetos de investimento de interesse da administração pública, de forma a atrair capitais privados para o seu financiamento. À vista desta propositura e diante das evidências internacionais, foram notados os principais aspectos positivos, representativos da inovação que poderá trazer essa nova modalidade de contratação. Abaixo elencamos:

- a) **Alternativa à necessidade de investimentos** - como condição á retomada e sustentação do crescimento econômico do país;
- b) **Recursos significativos com a captação de recursos privados** – permite ao governo aumentar o investimento em infraestrutura sem aumentar seu endividamento, pelo menos em curto prazo;
- c) **Ampla leque de investimentos** – permite suprir demandas em variadas áreas como segurança pública, habitação, saneamento básico, infraestrutura viária ou elétrica;
- d) **Capacidade gerencial e tecnológica próprias do setor privado** – maior capacidade administrativa e de inovação tecnológica, o que emprestaria um nível mais elevado de eficiência ao setor público, resultando na reforma e modernização dos serviços;
- e) **Vinculação do retorno financeiro à qualidade da obra e/ou exploração da atividade** – melhoria da relação custo-benefício na prestação dos serviços com o estabelecimento de metas de resultados, que deverão servir de referência para o cômputo da remuneração da entidade privada.

- f) **Compartilhamento de riscos** – cada contrato da PPP deverá definir diferentes níveis de transferência de risco.

Em linhas gerais as PPPs apresentam-se como alternativa positiva à atual situação econômico-financeira e social do Brasil – situação está cultivada a longas décadas de déficit público e a elevado custo social. Assim, representam importante instrumento para viabilizar investimentos em infraestrutura e serviços de utilidade pública, utilizando-se de novo padrão de financiamento. Contudo, para um crescimento sustentável em longo prazo, devem ser observados os parâmetros dispostos na Lei de Responsabilidade Fiscal, como forma de garantir a transparência na utilização de recursos públicos no decorrer de variadas gestões. De fato, as repercussões políticas e econômicas só poderão ser notadas pela sociedade brasileira no decorrer da efetiva implementação de contratações na modalidade de Parceria Público-Privada.

6 – O MARCO CONCEITUAL DO CONTROLE NA PPS's

Seguindo o preceito legal, insculpido na Lei das PPP, o Decreto 5.385, de 4/3/2005, traz a inovação a nível de controle na gestão, instituindo o Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas Federais (CGP), que se compõe pelos representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), coordenando o Comitê, do Ministério da Fazenda (MF) e da Casa Civil da Presidência da República, competindo, primordialmente, (i) definir os serviços prioritários para a execução no regime de PPP, (ii) disciplinar os procedimentos para a celebração desses contratos, (iii) autorizar a abertura da licitação e aprovar os instrumentos convocatórios e de contratos, (iv) apreciar os relatórios semestrais de execução dos contratos, enviados pelos ministérios e agências reguladoras, em suas áreas de competência, (v) elaborar e enviar ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União relatório anual de desempenho dos contratos e disponibilizar, na Internet, as informações nele constantes. Ainda nesse diapasão e integrante da estrutura de apoio, o CGP dispõe da Comissão Técnica das Parcerias Público-Privadas (CTP), com representantes de organismos intersetoriais com a função central de nutrir o grupo do Comitê de assessoramento técnico, e ainda compõe a organização a Secretaria-Executiva, responsável pelo apoio à execução dos trabalhos do CGP e da CTP. As pautas serão deliberadas, a partir do pronunciamento prévio provocado por pedido, com fundamentação conclusiva do MPOG sobre o mérito e a viabilidade do projeto, bem como com a anuência do MF, quanto as garantias financeiras apresentadas pelo

empreendedor privado com o intuito da análise na viabilidade da concessão, incluindo os riscos, atendimentos aos liites fiscais e orçamentários previstos na Lei de PPP e o resguardo do Tesouro Nacional, para assim cumprir os mecanismos mínimos de controle e endividamento público, sempre na preservação do anseio coletivo e dos recursos estatais.

O CGP será, senão de direito, de fato, um órgão vinculado ao MPOG, a cuja autoridade titular caberá a designação de todos os seus membros, o que denota o enorme poder político do ministério. A acentuada proeminência dos membros do CGP no plano político os sujeitará a “inúmeras pressões e atuação de poderosos lobbies de empreiteiras que rondam nebulosamente o universo licitatório do país”.¹⁶ Destaque-se que todos os instrumentos de contrato, bem como suas alterações, deverão ser antes aprovados pelo CGT, o que inclui revisões tarifárias e da contraprestação pecuniária da Administração Pública. Requer-se especial atenção do controle sobre esse ponto, o que já ocorre com relação às concessões tradicionais, mas agora com foco não apenas na atuação das agências reguladoras, de quem se vê mitigada a competência para estabelecer ou homologar esses preços. Como possui funções executiva, fiscalizatória e consultiva em relação aos contratos de concessão de que trata a Lei das PPP, o órgão federal de administração das parcerias deverá “prestar contas” ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União por meio de relatórios anuais, em que deverá constar as atividades exercidas pelo órgão e o desempenho dos contratos de concessão.¹⁷ A propósito, o TCU deve antecipar-se em disciplinar, mediante instrução normativa, os procedimentos para a elaboração, entrega e apreciação das informações que deverão constar nos relatórios de desempenho dos contratos de PPP, aplicando-se, no que couber, as regras estabelecidas nos normativos já em vigor, que dispõem sobre a fiscalização, prévia e concomitante, da outorga da concessão à execução contratual.¹⁸

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contudo, este artigo acadêmico, através das pesquisas de aspectos técnicos, práticos, teóricos e funcionais, vem enriquecer o conhecimento, bem como induzir cada vez mais a necessidade da formação do operador da Gestão Pública propriamente dita, bem como da noção do que é público por parte dos seus leitores, como elemento propulsor das diversas carências da sociedade contemporânea.

Traz também à baila a contribuição das entidades privadas ao melhoramento da sociedade, fazendo surgir uma nova formula para solução pragmática de mazelas existentes, a

parceria entre o público e o privado, pois quem tem a ganhar é a sociedade que vem passado por transformações drásticas e alheias a sua própria vontade.

Com essa união público-privado, a Administração Pública passa a garantir a execução com qualidade de serviços públicos necessários a sociedade. O Poder Público tem obrigação de fiscalizar os serviços e a realização de obras, minimizando, dessa forma, o risco do déficit público.

Adotando com responsabilidade e controle, as PPPs trazem bons resultados para o desenvolvimento interno, fornecendo serviços públicos de qualidade, atendendo as necessidades imperiosas da sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto n. 8.252, 26 de maio. 2014. Institui o serviço autônomo denominado Agencia Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural – ANATER. Disponível em: https://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/_Ato2014/Decreto8252.htm. Acessado em 15/05/2019

BRASIL. **Lei n. 11.079**, 30 de dez. 2005. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília. Disponível em: https://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acessado em 18/07/2018.

BRITO, Bárbara Moreira Barbosa. SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. Parceria Público-Privada: Entendendo o Modelo. **Revista do Servidor Público**, Brasília, nº 1, Vol. 56. p. 7-21. Jan/Mar. 2005.

Confederação Nacional da Indústria-CNI. **Experiência Internacional das Parcerias Público-Privadas: O exemplo Inglês**.

COSTA, Álvaro. SILVA, Cecília. **Parceria Público-Privada em Portugal: O caso das estradas em portagem**. Seminário Internacional Parceria Público-Privada (PPP) na Prestação de Serviços de Infraestrutura, realizado pelo MRE-BID-BNDES. Novembro, 2003.

CRETELLA NETO, José. Comentários à lei das parcerias público-privadas - PPPs. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Dicionário Aurélio Eletrônico – Séc. XXI

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FREITAS, Juarez. Parcerias Público Privadas (PPPs): Características, regulação e princípios. **Interesse Público**. n. 29. jan/fev 2005.

FÉRES, Marcelo de Andrade. **As Sociedades de propósitos específicos (SPE) no âmbito das parcerias público-privadas (PPP).** Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrinas.asp?id=6804>.

FILHO, André Franco Montoro. **Parceria Público Privada considerações de um economista.** Boletim FIPE, 285, jun/04.

FIOCCA, Demian. **O papel das Parcerias Público-Privadas na Retomada do Crescimento Sustentável.** Senado Federal. Brasília, 2004.

GOLDSMITH, Hug. *In: Seminário sobre a experiência das Parcerias Público-Privadas na Europa.* Disponível em: www.planejamento.gov.br/planejamento_investimento/conteudo/noticias/noticia2005/experiencias_de_parcerias_publico_privadas_na_europa.htm

GRIFFITHS, Nigel. *In: Seminário Internacional “Parceria Público-Privada na Prestação de Serviços de Infra-estrutura”.* Disponível em: www.bndes.gov.br/conhecimento/publicacoes/catalogo/s_PPP.asp

JOSLIN, Janann. **PPPs: uma boa idéia.** Jornal de Brasília: 31/11/2004.

JURUÁ, Ceci Vieira. **PPP – Os contratos de Parceria Público-Privada.**

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo: Dialética, 2003.

LODOVICI, E. Samek. BERNARGGI, G. M. FINGERMANN, Henrique (orgs.) **Parceria Público-Privada: Cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e administrações públicas locais.** São Paulo: Summus Editorial, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessão de Serviço Público sem ônus para o Usuário.** In: WAGNER JR, Luiz Guilherme Costa (Org.). **Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Administrativo.** 19. ed. ver. e atualiz. até a emenda constitucional 47, de 05.07.2005. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **O Sistema da Parceria Entre os Setores Público e Privado - Execução de Serviços Através de Concessões, Permissões, Terceirizações e Outros Regimes.** *Boletim de Direito Administrativo.* São Paulo. Ano XIII, n.2, 75-81p. fev. 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** Editora Malheiros. São Paulo: 1999.

POLTRONIERI, Renato. **Retomada das Parcerias Público-Privadas no contexto histórico Brasileiro.**

PORTO NETO, Benedicto. **Concessão de Serviço Público no regime da lei 8.987/95: conceitos e princípios.** São Paulo: Malheiros. 1998. 140p.

SUNDFIELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFIELD, Carlos Ari. (org.). **Parcerias Público-Privadas.** São Paulo: Malheiros, 2005.

VASSALLO, José Manoel. **A experiência espanhola em indicadores de qualidade em projetos de PPPs.**

VALLE, Vanice Lírio do. **Parcerias Público-Privadas e Responsabilidade Fiscal: Uma conciliação possível.** Rio de Janeiro: LumenJuris. 2005.