

LORENA ABREU AGUIAR

**Contribuição ao estudo das Parcerias Público Privadas na
Administração Pública**

**A experiência no Estado de Minas Gerais sob o enfoque das
modalidades e do controle.**

BELO HORIZONTE

2008

LORENA ABREU AGUIAR

**Contribuição ao estudo das Parcerias Público Privadas na
Administração Pública**

**A experiência no Estado de Minas Gerais sob o enfoque das
modalidades e do controle.**

**Monografia apresentada ao Curso Superior de
Administração Pública da Escola de Governo Paulo
Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro, como
requisito parcial para a obtenção do título de
Especialista em Políticas Públicas e Gestão
Governamental.**

Orientadora: Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto

BELO HORIZONTE

2008

Monografia apresentada ao Curso de Graduação de Administração Pública da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

Banca Examinadora

Prof. Paulo de Tarso, Fundação João Pinheiro

Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto, Orientadora

Belo Horizonte
2008

AGRADECIMENTO

Aos professores do Curso Superior de Administração Pública da Fundação João Pinheiro que enriqueceram meu conhecimento a cada período que se passou.

À meus colegas de trabalho, que tanto me ensinaram nesse período, em especial à Mônica, à Junia e ao Marco Aurélio, por toda a paciência com que me orientaram dentro da Unidade PPP.

À minha família e aos meus amigos pelo apoio incondicional nos momentos de angústia e ansiedade, necessários para a boa execução deste trabalho.

RESUMO

Uma nova realidade econômica e social se apresenta e impõe mudanças de comportamento da Administração Pública. Também a sociedade brasileira está a exigir uma nova forma de administrar, com mais responsabilidade, transparência e voltada à concretização dos direitos e garantias fundamentais e eficiência na prestação de serviços públicos. Esta monografia realizou um estudo sobre uma nova forma de concessão introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, as Parcerias Público Privadas. Foi analisado o modelo brasileiro de PPP de acordo com a Lei Federal 11.079/04 e com a Lei Estadual Mineira 14.868/03. O tema estudado trata de uma nova ferramenta que representa uma alternativa para enfrentar os graves problemas de infra-estrutura e de prestação de serviços públicos. A Parceria Público Privada trouxe grandes inovações em relação aos contratos administrativos anteriores, suscitando instrumentos de compartilhamento de riscos e de garantias entre o parceiro público e o privado. Após a contextualização inicial, são discutidos os fundamentos que balizam a implantação de um projeto de PPP, bem como sua forma de controle.

Palavras-chave: Parceria Público Privada, Estado Democrático de Direito, Modalidades, Controle.

LISTA DE SIGLAS:

AGE – Advocacia Geral do Estado

BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento

CGPPP – Conselho Gestor de Parcerias Público Privadas

FUMIN – Fundo Multilateral de Investimento

MP – Ministério Público

PFI - Private Finance Initiative

PMI – Projeto de Manifestação de Interesse

PPP – Parceria Público Privada

PPP's – Parcerias Público Privadas

SEAIN – Subsecretaria de Assuntos Internacionais

SEDE – Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico

TCE/MG – Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1- NOÇÕES PRELIMINARES.....	6
1.1- Histórico.....	6
1.2- Conceito em sentido estrito.....	8
2- O INSTITUTO DA PPP E SUA RELAÇÃO COM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	10
3- CORRENTES DOUTRINÁRIAS.....	12
4- MODALIDADES.....	21
4.1- Concessão Patrocinada versus Concessão Tradicional.....	21
4.2- Concessão Administrativa versus Empreitada.....	25
5- CONTROLE.....	31
5.1- Controle Interno.....	33
5.1.1- A Unidade PPP.....	34
5.1.1.2 - A experiência do Estado de Minas Gerais.....	36
5.2 – Controle Externo.....	39
5.2.1 – Controle Social.....	43
5.2.2 – Controle exercido pelo Ministério Público.....	44
5.2.2.1- A experiência no Estado de Minas Gerais.....	44

CONCLUSÃO.....	45
6- ANEXO A.....	48
7- ANEXO B.....	49
8- ANEXO C.....	50
9- ANEXO D.....	51
10- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade trazer uma contribuição para o estudo de alguns aspectos peculiares das Parcerias Público Privadas na administração pública do Governo de Minas Gerais.

Apesar de tratar-se de um assunto ainda insipiente nos meios de estudos jurídicos e administrativos, o que leva à escassez de trabalhos a esse respeito, o tema reveste-se de importância e, nesse momento histórico de inovação na gestão da Administração Pública direta de Minas Gerais, adquire uma relevância ainda maior.

As reflexões aqui apresentadas são o resultado da experiência profissional, adquirida no estágio obrigatório, proporcionado pela Fundação João Pinheiro, dentro da Unidade PPP, da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, bem como no próprio Curso de Graduação em Administração Pública da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho.

O Curso Superior de Administração Pública da Fundação João Pinheiro fornece instrumentos precisos para a discussão do tema ora proposto, vez que trata de matérias muito recorrentes nesse estudo. As disciplinas de Administração Pública, ministrada pelo professor Marcos Siqueira, de Direito Administrativo, ministrada pela professora Maria Isabel Araújo, Regulação, ministrada pelo Professor Paulo de Tarso e Auditoria e Controle, ministrada pela professora Luciana Raso, foram as principais referências acadêmicas para a formação de uma opinião crítica sobre os diversos processos existentes desde a proposição de uma Política Pública.

A atividade por mim realizada, dentro da Unidade, no período de estágio obrigatório, proporcionado pela Fundação João Pinheiro, engloba dentre outras, a experiência de acompanhar um projeto de PPP de perto, contribuindo para seu êxito. Também tive dentro da Unidade PPP a responsabilidade de acompanhar outros processos de parcerias ou convênios que são os primeiros instrumentos contratuais que levarão a todo o arcabouço de montagem da rede PPP (junção dos responsáveis e colaboradores mais diretos dos projetos de parceria). Ajudei também na disponibilização dos dados necessários para a avaliação final do Programa de PPP e sua auditoria externa independente.

O principal motivo para o início do debate público no Brasil, quanto aos méritos da PPP, não se baseia na necessidade de maior eficiência na aplicação dos recursos, como é, por exemplo, o caso da Inglaterra, que foi a primeira a exercer este procedimento inovador como uma tentativa de envolver o setor privado na prestação de serviços de utilidade pública. No caso brasileiro, a criação das Parcerias Público Privadas é fundamentada pela escassez de recursos, ou seja, as PPP's poderiam trazer de volta fortes investimentos privados nas novas concessões, pois o ambiente regulatório seria mais estável e os contratos seriam mais bem desenvolvidos visando à redução dos riscos dos futuros operadores e à conseqüente redução dos custos financeiros associados.

Em um contexto interno de necessidade por serviços essenciais, concomitante ao esgotamento de recursos públicos, falta de flexibilidade e ineficiência do setor público e grande desenvolvimento no capital intelectual da esfera privada, surgem as primeiras iniciativas de Parcerias Público Privadas.

O Estado tende a não investir em setores que não sejam fim, assumindo o papel de indutor e facilitador. Nesse sentido, é necessário que exista um arcabouço jurídico e uma memória de ações capaz de dar sustentação e amparo às teses propostas. Foi por essa razão que o Estado colocou em preparação estudos de projetos diversificados que atendam à infra-estrutura de desenvolvimento, bem como mecanismos de controle de toda a iniciativa de PPP.

Por ser um acordo de longo prazo entre governo e uma empresa privada, a PPP precisa ser montada com muito cuidado. É algo que exige a maior seriedade. Não permite nenhum grau de improvisação. Por isso, o Governo de Minas Gerais tenta tomar todos os cuidados possíveis para construir bases legais sólidas, que protejam amplamente os interesses, não somente do investidor, mas também do cidadão. Minas Gerais, diante dessa circunstância, tomou a dianteira no país, tendo aprovado a sua própria lei de PPP ainda em 2003 (antes da Lei Federal, que só veio a ser aprovada em 2004). Além disso, elaborou uma estrutura administrativa e gerencial específica que vem desenvolvendo e contratando as modelagens dos primeiros projetos; nesse ponto, entra a Unidade PPP.

A Unidade PPP, inserida no âmbito da Subsecretaria de Assuntos Internacionais (SEAIN), da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, foi instituída pelo Decreto Estadual

43.702 de 16 de Dezembro de 2003, e constitui-se como uma estrutura administrativa e gerencial específica, que vem desenvolvendo e contratando as modelagens dos primeiros projetos de Parcerias Público-Privadas.

O objetivo da Unidade PPP-MG é coordenar e apoiar a realização de projetos no âmbito do Programa Estadual de Parcerias Público Privadas, destinados à oferta de infra-estrutura e serviços públicos à sociedade, sob a forma de contratos de prestação de serviços de longo prazo, com a oferta pelo setor privado.

A Unidade tem, também, a missão institucional de disseminar a metodologia própria de contratos de PPP, instituindo um Centro de Referência de conhecimento sobre conceitos, procedimentos e licitação dessa nova modalidade de envolvimento do Poder Público com a iniciativa privada. Como prestadores de serviços, tem-se empresas e/ou consórcios da construção pesada e outros prestadores de serviços. Como usuários finais, a população do Estado em geral.

A função básica de toda a equipe que compõe a Unidade PPP consiste em dar sustentação a todo o trajeto de formação da Parceria, desde a proposta preliminar, que nos é encaminhada por uma Unidade Setorial de uma Secretaria executiva de Estado, através de um Projeto de Manifestação de Interesse (PMI), a realização da modelagem do projeto e de sua adequação à modalidade mais apropriada, as garantias que serão oferecidas por entidades externas, até as licitações e a elaboração do contrato. (Vide anexo A, que apresenta o fluxograma do Programa Mineiro de PPP, e a função da Unidade PPP dentro desse contexto).

Outra função da Unidade é a de assessoramento ao Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas (CGPPP), por meio de pareceres ou da divulgação de conceitos e metodologias próprias dos contratos de parceria. Como a Unidade PPP se responsabiliza pelo arcabouço jurídico e financeiro dos contratos de PPP, as atividades relativas ao estagiário perpassam por estes temas.

Quanto aos aspectos da Parceria Público Privada, sabe-se que existe uma grande lacuna doutrinária no que se refere a alguns dos temas relativos às PPP's, pelo fato de estas consistirem em uma construção jurídica muito nova. Assim, percebe-se que as opiniões de diversos especialistas conceituados no ramo do Direito Administrativo e na Gestão de Projetos e Programas se diferenciam de forma muito clara e insistente.

Portanto, é de extrema relevância a confecção desse trabalho, uma vez que ele decorre da idéia de tentar adaptar a opinião dos professores e especialistas mais expoentes nessas áreas à prática do Programa Estadual de Parcerias Público Privadas que ocorre atualmente e é executado pelo governo de Minas Gerais dentro da Unidade PPP/MG.

As PPP's, como não deixam de ser um tipo de Política Pública, vão desde o momento da criação, que na maioria das vezes vem de cima, ou seja, do alto escalão governamental responsável pela proposição das políticas públicas, passa pela regulação exercida quase que concomitante com a execução, e termina com o controle feito não só pelos órgãos adequados, como também pelo povo. Todo esse processo é feito em consonância com as regras da Administração Pública, tratadas pelo Direito Administrativo. Portanto, as PPP's se adéquam a tudo aquilo que foi estudado no decorrer desses quatro anos do curso de graduação da Escola de Governo.

Por mais que seja perceptível a enorme ocorrência desse tema nos meios políticos, devido ao fato de as Parcerias Público Privadas representarem, de certa forma, um empreendimento público de notável repercussão, este trabalho está embasado em opiniões teóricas, advindas do direito administrativo aplicado.

Delimitando o conteúdo a ser apresentado, através de um conceito mais atualizado de Parceria Público Privada, e considerando-se as atuais demandas públicas que se inserem constantemente nesse contexto, e que direcionam as ações governamentais; e ainda, de acordo com uma análise aprofundada das modalidades de PPP, será realizado um estudo que discuta de forma incisiva os critérios buscados como forma de avaliação da eficácia e da eficiência das parcerias e o motivo pelo qual a discussão sobre a relevância das modalidades de Parcerias Público Privadas gera tantas controvérsias no meio jurídico, e se toda essa contrariedade tem mesmo embasamento para existir.

O objetivo desse trabalho é fazer um paralelo entre as modalidades de PPP e outros instrumentos contratuais utilizados pela Administração Pública que geram polêmica pelo fato de terem conceitos similares. Pretende-se também tratar do controle a que esse novo instrumento se submete, uma vez que visa o interesse público e é exercido dentro dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, probidade, publicidade, igualdade, dentre outros.

Devido à condição já mencionada de falta de uma homogeneidade doutrinária, foi difícil estabelecer um marco teórico, vez que muitos questionamentos aparecem, como por exemplo, a conveniência de se criar este novo instrumento contratual frente à existência de outros muito similares, como a concessão tradicional e a empreitada de serviço público; ou o desafio que este novo instituto representa frente às novas atribuições do controle externo.

De qualquer forma, aponta-se como marco teórico, além das lições aprendidas nas diversas disciplinas do curso de graduação de Administração Pública da FJP, o paradigma do Estado Democrático de Direito, caracterizado por Habermans, e os princípios da Administração Pública estabelecidos na CR/88, bem como a doutrina da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que aponta como solução a todos os conflitos existentes dentro desse tema a necessidade de se proceder da melhor forma possível no tratamento das Parcerias Público Privadas uma vez que tratam de um instituto já criado e que não deve ser a todo tempo alvo de críticas que não sejam construtivas.

A metodologia utilizada será desenvolvida, sobretudo, no âmbito de uma vertente dogmática, com elementos do campo social, jurídico, político e econômico, e sob uma perspectiva crítica, com o escopo de compreender a eficácia de uma Parceria Público Privada, no que concerne às relações entre o Poder Concedente, os órgãos avaliadores, os garantidores e os prestadores de serviço.

Os métodos utilizados serão do tipo exploratório e descritivo, além de pesquisas bibliográficas interdisciplinares e documentais, e o levantamento da legislação pertinente ao assunto.

A presente monografia está dividida em 5 capítulos além desta introdução. No primeiro, inicia um breve histórico sobre o contexto internacional, sobretudo na Inglaterra, propício ao surgimento das PPP's no Brasil, buscou-se mostrar o cenário político e econômico até os dias atuais. Foi necessário ainda, estabelecer, como noções preliminares, um conceito mais estrito do que vem a ser a PPP, de forma a excluir a possível generalização sobre o instituto no que tange às relações entre Estado e Sociedade.

No segundo são apresentadas as características e a evolução do Estado Democrático de Direito e sua relação com esse novo instituto, levando-se em conta a efetiva participação popular na gestão pública. Posteriormente, foram arroladas as principais correntes doutrinárias acerca do novel Instituto da PPP.

No capítulo 4 são apresentadas e analisadas no contexto jurídico as diversas coincidências legais entre as modalidades de PPP e os institutos já anteriormente previstos no nosso ordenamento.

A seguir aborda-se a questão do controle a ser exercido sobre o instituto, levando-se em consideração as aspirações por um Estado eficiente na prestação do serviço público. Para tanto, foram analisados os diversos tipo de controle: controle interno, externo, o controle social e aquele exercido pelo MP.

Por fim, salienta-se a necessária consciência que deve ser criada frente ao cenário nacional que apresenta a PPP, instituto totalmente inovador. No que tange às atribuições dos órgãos gestores, é de se dar grande importância aos desafios ora apresentados e à capacidade da Administração pública de gerir investimentos de grande vulto econômico e social.

1- NOÇÕES PRELIMINARES

1.1- Histórico

As Parcerias Público-Privadas tiveram sua origem na Inglaterra, há cerca de trinta anos, ainda na época de Margareth Thatcher. O modelo inglês de Parceria Público-Privada é conhecido como “*Private Finance Initiative*” (PFI), em que o setor público é responsável por parte dos serviços, enquanto o parceiro privado tem a atribuição de construir e manter a infra-estrutura da obra. Nesse país foram analisados, segundo dados de 2003-2004, mais de 600 projetos, sendo que 450 estão em operação envolvendo 55 bilhões de libras. Depois as PPP’s foram revigoradas pelo premier Tony Blair, no início do século XXI, com o intuito de “privatizar sem privatizar”.

Se, em sentido amplo, as parcerias não são propriamente novas, são um fenômeno crescente que tem gerado soluções normativas peculiares. No período que se enquadra da Primeira Guerra Mundial até o início da Reforma do Estado, vigorou no Brasil a idéia de que o

interesse geral era proporcionado única e exclusivamente pela ação da máquina pública, e a esfera particular era responsável apenas pelo oferecimento dos bens, serviços e capitais ao Estado, sem assumir maiores responsabilidades quanto aos objetivos finais.

A partir dos anos 90, mais especificamente em 1998, a partir da Emenda Constitucional 19, tem início, no Brasil, a denominada Reforma do Estado que diminuiu significativamente o tamanho da esfera pública, sem, no entanto, excluir os objetivos que haviam sido buscados pela mesma. Tudo isso, dentro do enfoque de uma reforma de Estado que se pretende, já superada a fase de Estado mínimo, de Estado grande, ou de Estado pequeno, mas da necessidade de Estado eficiente, fez surgir a idéia de uma associação mais visceral. A alternativa foi criar mecanismos para que os particulares assumissem responsabilidades antes designadas ao governo; em sentido amplo, trata-se das Parcerias Público Privadas.

O governo federal brasileiro começou a estudar o assunto em 2001, embasando-se nas experiências dos países pioneiros; não só a Inglaterra, como Portugal, Holanda, Canadá, Chile e México fazem parte desse rol. Logo após seu surgimento, as PPP's foram incluídas pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional no seu cardápio de recomendações a países subdesenvolvidos (ou em desenvolvimento), como uma forma de requisito imposto para que esses países conseguissem crédito.

A estrutura das PPP's passou a ser vista como uma ferramenta de suma importância para viabilizar a entrada de investimento privado nacional e internacional em projetos de infraestrutura e outros para os quais faltem recursos públicos. Em janeiro de 2004, o presidente da República, juntamente com seus ministros, encontrou com 200 investidores internacionais em Genebra, na Suíça, e apresentaram uma carteira inicial com 24 projetos selecionados para lançar o programa federal de PPP's. Esses projetos foram estimados em R\$ 13 bilhões, dos quais aproximadamente 75% deviam ser financiados com recursos privados. Atualmente foram escolhidos cinco projetos a serem estudados para a implementação numa primeira etapa.

Minas Gerais destaca-se no cenário nacional em termos de preparação para fazer uso das PPP's, tanto que a Lei Estadual 14.868 de 16 de Dezembro de 2003, foi o primeiro instrumento a tratar desse assunto no Brasil, conforme já explicitado. As estruturas estaduais de gestão das PPP's já estão atuando no estado, assim como os primeiros projetos que já foram materializados.

A Lei Mineira de PPP fixou parâmetros que também acabaram por ser adotados pela Lei Federal, em ambas legislações buscou-se implantar uma “cultura PPP”.

A postura de vanguarda do Estado despertou interesse do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), que disponibilizou recursos a fundo perdido para apoiar a Unidade PPP de Minas Gerais a desenvolver a modelagem dos projetos piloto, criar os mecanismos de garantia e difundir o modelo de parceria. Feito este pequeno histórico, passamos a discorrer sobre um conceito mais aprofundado do instituto.

1.2- Conceito em sentido estrito

É importante salientar a questão do conceito das Parcerias Público Privadas, uma vez que não se deve generalizá-lo. Quando se pensa no sentido amplo, as PPP's podem encontrar diversas formas de articulação do Poder Público com a iniciativa privada, como é o caso dos convênios, das sociedades de economia mista, das organizações da sociedade civil de interesse público, dentre outras.

Um conceito mais aprofundado de PPP é tratado pela Lei 11.079/04, que regula as Parcerias Público Privadas, no seu sentido estrito, como um instituto próprio de contratação entre a Administração Pública e o ente privado, com características específicas, princípios e metodologias próprios, que vieram definidos no direito positivo e levaram em conta o aspecto lógico dos contratos de concessão de serviços públicos.¹

A legislação referente às PPP's trata-as como um contrato administrativo de concessão efetuado na modalidade patrocinada, que envolve adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, ou na modalidade administrativa, tratando dos contratos 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. Esse assunto será tratado com mais ênfase no item 5.

De acordo com Carlos Ari Sundfeld, em sentido amplo, “as PPP's são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum

coeficiente de interesse geral”. SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias Público-Privadas. Editora Malheiros. 2008.

De forma muito simplificada, a PPP é exatamente o que diz seu nome. Trata-se de uma parceria entre o governo e a iniciativa privada, com objetivo de fornecer serviços de alta qualidade, durante muitos anos. O programa de Parcerias Público-Privadas (PPP) instituiu as bases para a implantação de um novo modelo de contratação de serviços junto ao setor privado. Considerado estratégico para o desenvolvimento sustentável do Estado, baseia-se em princípios, como o da boa governança e visa a promover a adoção de práticas que resultem no melhor uso dos recursos públicos.

Por meios das PPP's o Estado lança mão de uma forma de financiamento do custo para o caso de infra-estruturas que não possam ser amortizadas apenas com tarifas. Ao invés de realizar uma operação de empréstimo diretamente com a instituição financeira para obter esses recursos, o Estado contrata um empresa privada que, via de regra, vai por sua conta realizar uma similar operação de crédito para efetuar obras e prestar serviços contratados. Mas como a tarifa não é suficiente (como é o caso das concessões patrocinadas) ou é até mesmo inexistente (como é o caso das concessões administrativas), o Estado irá aos poucos, ao longo do prazo de vigência do contrato e apenas depois de disponibilizado o serviço, pagando pelo montante despendido previamente pela empresa privada.

As PPP's estão surgindo ao redor do mundo e chegam ao Estado de Minas Gerais, de acordo com o que almeja a gestão governamental do atual governador do estado, como uma solução eficiente e socialmente vantajosa para engajar o investimento privado na infra-estrutura e em áreas de inquestionável necessidade social.

A PPP significa uma profunda mudança nas culturas administrativa e empresarial, já que é radicalmente diferente dos contratos padronizados, em que o particular é mero executor de tarefas determinadas pela Administração Pública. Além disso, cabe ao contratado assumir o compromisso de criar uma infra-estrutura para depois usá-la como base para vender serviços ao governo, durante um prazo determinado. O investimento, a cargo do parceiro privado, é amortizado pela própria exploração econômica do empreendimento e/ou pela remuneração do governo.

O pagamento da empresa particular, então contratada para a feitura do serviço, só ocorre depois da conclusão das obras necessárias e de efetivamente disponibilizado o serviço almejado. Esse mecanismo torna mais eficiente o emprego dos recursos públicos, uma vez que a contratada torna-se responsável por tarefas-fim e o desembolso público não precisa ser imediato. Desse modo, a execução torna-se mais flexível e até mesmo eficiente, já que o retardamento da prestação do serviço ou da conclusão da obra irá representar prejuízo para a contratada e não para o Estado.

Após estes esclarecimento acerca das PPP's, passamos a analisar a sua contextualização no Estado Democrático de Direito.

2- O INSTITUTO DA PPP E SUA RELAÇÃO COM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado é necessariamente dinâmico e toda sua atividade está vinculada a justificativas e objetivos em função dos quais são estabelecidos e predispostos determinados meios. Assim, com o paradigma delineado pela Constituição da República de 1988, que tem como fundamento o Estado Democrático de Direito, foi necessário agregar aos elementos componentes do Estado a participação efetiva da sociedade, através do sufrágio, da audiência pública e das parcerias entre o setor público e privado.

Habermans desenvolve o seguinte conceito de Estado Democrático de Direito:

O Estado Democrático de Direito tem por base o que chamamos de processo democrático, e este é, necessariamente, um processo continuado e condicionado legalmente. Ele é constituído, por exemplo, por leis que visam uma representação política e eleições, por associações civis, famílias, liberdade de fala, propriedade, acesso à mídia, e assim por diante.

CARVALHO, Maria Beatriz Lopes de. O Estado Democrático de Direito e a Parceria Público-Privada – Coletânea de artigos dos especialistas em Direito público pelo IEC/PUC Minas – p. 305.

A tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a Justiça Social com a efetiva participação popular, inerente ao Estado Democrático de Direito, na gestão pública.

Para que se confira efetividade ao Estado Democrático de Direito, é preciso possibilitar que o particular efetivamente participe da gestão estatal, assumindo riscos e responsabilidades na promoção de ações e serviços de interesse público e social, para o que as Parcerias Público Privadas apresentam como inovador e valioso instrumento, legítimo engajamento entre sociedade e estado, entre o público e o privado.

A democracia de direito, que se adota como sistema de governo pressupõe a efetiva participação de todo cidadão brasileiro, o que deve se dar por diferentes matizes. Essa participação pode ocorrer igualmente na idealização e promoção de ações e serviços que interessam à vida da coletividade, através das Parcerias Público Privadas, o que pressupõe a conjugação de esforços, recursos, riscos e responsabilidades entre o Estado e os empreendedores particulares.

O instituto, a nosso ver, pode ser visto, nesse contexto delineado, como a concretização do preceito constitucional de Estado Democrático de Direito, pois há cometimento de tarefas e objetivos tanto ao ente público quanto ao privado.

A PPP implica o compartilhamento de risco da operação entre o Estado e o investidor privado e na participação do particular na prestação de serviços públicos, resguardados o interesse público e da coletividade. É o esforço colaborativo entre Estado e sociedade civil, no qual melhor atendimento ao interesse público é o denominador comum. É a parceria entre governo e sociedade, não significando que o Estado venha a abdicar de seu dever de definir, coordenar e controlar de que maneira as ações e serviços público deverão ser prestados à sociedade; deverá fazê-lo, todavia, com a efetiva participação da sociedade, que deixa o papel de espectadora e assume o de parceiro.

Espera-se que a sociedade passa a ser co-partícipe pelo sucesso ou fracasso do projeto a ser desenvolvido, com distribuição de tarefas e responsabilidades. A parceria possibilita que o povo compartilhe da res pública com a Administração Pública, opinando sobre prioridades, fiscalizando a aplicação dos recursos, e contribuindo para que as ações e serviços de interesse público sejam melhor prestados à coletividade.

Almeja-se, pois, que a participação popular, por meio de uma fiscalização, de sugestões, ou do envolvimento da sociedade, venha a contribuir para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Após as considerações acerca da caracterização do instituto da PPP no Estado Democrático de Direito passaremos a discorrer sobre o posicionamento dos doutrinadores sobre o tema.

3- CORRENTES DOUTRINÁRIAS

Conforme já dito, não há unanimidade entre os estudiosos do direito no que se refere ao instituto das PPP's. De acordo com a doutrina jurídica, existem algumas correntes referentes a esse tema, de modo que em uma estaria a corrente daqueles que se opõe veementemente, tendo como integrante o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, entre outros. De outra tem-se a corrente a favor, nela se filiando o professor Carlos Ari Sundfeld. Em uma corrente intermediária destaca-se a administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que questiona a existência desse instituto, sem no entanto tentar derrubá-lo, partindo do pressuposto de que as PPP's constituem uma "instituição" já criada, nos cabe dar à elas o melhor direcionamento e proporcionar o melhor entendimento, com vistas à uma aplicação efetiva do Estado nas demandas públicas que surgem.

Um dos argumentos utilizados pela doutrina contrária à existência das PPP's diz respeito a um dos principais objetivos declarados pelo governo e insistentemente aceito e comentado pelos principais meios de comunicação, que se trata da necessidade dessa parceria para a realização de obras de infra-estrutura, as quais a iniciativa pública não teria condições de realizar sozinha, devido à falta de recursos. Sob o enfoque da corrente contrária, quando se observa a previsão da Lei Federal 11.079, de 30/12/2004 para as duas modalidades de parceria (a concessão patrocinada e a administrativa) a forma de remuneração do parceiro privado abrange total ou parcialmente a contribuição pecuniária do poder público. No caso da concessão patrocinada, a tarifa paga pelo usuário é somada a uma parcela da remuneração; já, no caso da concessão administrativa, todo o pagamento sai dos cofres públicos.

Dessa forma, não se pode falar em desoneração do volume de investimentos públicos, ao transferi-los para a esfera privada, já que o custo nunca será unicamente à cargo da empresa contratada.

Nessa mesma linha de raciocínio, questiona-se como o governo terá condições de dispor de recursos para garantir, de acordo com as previsões do art. 5º da Lei 11.079/04,¹ os riscos do empreendimento que dividir com o parceiro privado.

Outro argumento contrário à criação das Parcerias Público Privadas trata-se da suposta privatização da Administração Pública, caracterizada pela transferência para a iniciativa privada de grande parte das funções administrativas do Estado, sejam essas passíveis ou não de cobrança de tarifa dos usuários. Esse fato, segundo os juristas que compartilham dessa doutrina não favorável à PPP, levaria a uma fuga do direito administrativo, já que, sendo as atividades prestadas por empresas privadas, muitos dos institutos próprios desse ramo do direito não precisarão ser utilizados, como a licitação, o controle externo, accountability, entre outros. Ainda que por vezes essa fuga não seja total, o regime jurídico será híbrido, já que a contratada atuará sob o regime das empresas privadas e os bens utilizados na prestação do serviço, pela mesma, serão regidos por normas de direito público, e ainda, pela possibilidade de existência de normas feitas por entes administrativos (as denominadas agências reguladoras e garantidoras).

O regime jurídico híbrido tem chance de compor um direito administrativo de natureza diversa e que imprime menos segurança jurídica, já que tais normas, muitas vezes, não se sujeitam ao processo comum de elaboração normativa, não observam o princípio democrático previsto no processo constitucional do Poder Legislativo.

Celso Antônio Bandeira de Melo, em seu discurso comemorativo dos setenta anos do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em 2005, intitulado “As Parcerias Público-

¹ Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I – (...)

II – (...)

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

(...)

Privadas e a Observância dos Princípios Constitucionais”² começa afirmando que as inconstitucionalidades presentes na Lei 11.079/04 são gritantes, totalmente reconhecíveis *prima facie*. Ele inicia questionando a expressão Parceria, que no seu sentir tem conotação diferente do significado próprio, que seria a associação de dois entes com interesses comuns. As Parcerias Público-Privadas seriam assim, de acordo com o significado corrente da palavra, verdadeiros contratos, em que os objetivos são contrapostos, ainda que estabelecidos diante de um acordo de vontades.

Para o ilustre professor a Lei já começa com uma deslealdade à cidadania ao chamar de Concessão Administrativa um simples contrato de prestação de serviços. E o contratado olha com desconfiança seu contratante (a Administração Pública) dado uma convicção íntima de o Poder Público não pagar o devido a terceiro. O contratado prefere uma remuneração em que ele não precise depender do contratante, e, se ele é um concessionário, ele vai explorar o serviço, normalmente cobrando tarifas direto dos usuários. Assim, para permitir contratos, com uma duração maior que de cinco anos foi que se passou a oferecer as garantias (segundo o professor, absolutamente inimagináveis nos contratos administrativos).

Continua sua argumentação salientando o que ele denominou de “grosseiras inconstitucionalidades”, como ele mesmo intitula, o sistema de garantias abordado pelo art. 8º da Lei Federal.³

Conforme aludido no artigo supracitado, as obrigações pecuniárias da Administração resultantes da parceria poderiam ser garantidas por vinculação de receitas, porém o art. 167, IV da Constituição da República proíbe a vinculação de receitas públicas a garantias de créditos de

² Revista do Tribunal de Contas do estado de Minas Gerais. Ano XXIII, nº 3, 2005.

³ Art. 8º: As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

particulares, portanto, a receita não pode vincular para este Fundo ou para esta Sociedade Estatal que pode ser constituída como entidade garantidora.

Ainda embasando-se na Constituição, o jurista faz referência ao art. 165 § 9º, mostrando que não é possível criar um Fundo Garantidor de Parcerias Público Privadas sem Lei Complementar para disciplinar. No caso do Brasil, o fundo foi criado sem respeitar às formalidades exigidas.

Por conseguinte, esse Fundo Garantidor, previsto pela lei, bate de frente com o art. 100 da Constituição Federal, que trata do sistema de precatórios.⁴ O professor afirma ainda que em alguns estados brasileiros tem gente que está há mais de vinte anos na “fila”; nesse sentido formula a questão: “como é possível que um grande empresário “passe na frente dessas filas” e receba o dinheiro diretamente do Poder Público? Não é possível dar em garantias receitas públicas”. (Revista do Tribunal de Contas do estado de Minas Gerais. Ano XXIII, nº 3, 2005).

Por fim, o jurista termina indagando sobre a serventia do Estado: “Se ele não servir para o elementar, para o básico, serve para quê?... O Estado serve para prestar serviço público e não para proporcionar que o particular ganhe dinheiro nas costas desse mesmo serviço”. (Revista do Tribunal de Contas do estado de Minas Gerais. Ano XXIII, nº 3, 2005).

Ainda no campo daqueles que questionam sobre a efetividade das PPP's tomando por base o regime de precatórios, Marçal Justen Filho aponta a demora no andamento dos processos em que a Fazenda Pública atua como ré, e que quando as sentenças condenatórias transitam em julgado, é estabelecido o pagamento das dívidas do governo mediante o regime de precatórios, em que o montante dos créditos do particular será incluído na Lei Orçamentária do exercício financeiro posterior. O resultado é que esses montantes acabam não sendo pagos ou às vezes são pagos com títulos de liquidez muito baixa, o que estimula a desconfiança entre os investidores.

⁴ Art. 100. à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

A doutrina favorável às Parcerias Público Privadas, que tem participação do professor titular de Direito Administrativo da PUC/SP, e um dos responsáveis pelos estudos que levaram à elaboração do projeto da Lei Estadual 14.868/03, o professor Carlos Ari Sundfeld, argumenta que, quanto ao fato de a contribuição pecuniária que é repassada pelo governo ao parceiro privado, é comprovadamente notado o ganho de eficiência que o serviço prestado pelo particular representa frente ao prestado pelo Estado unicamente.

Tal fato acima exposto é explicado por diversas hipóteses, uma delas é a de que o parceiro privado geralmente tem o recurso financeiro em mãos, diferente do que ocorre com o governo, e, dessa forma, o pagamento dos juros de empréstimos já descarta a preferência pela prestação do serviço puramente público. Outra hipótese é a de que, visando o lucro, a empresa privada, ganhadora do processo licitatório para a PPP, agiria da forma mais eficiente, tentando, dentro dos limites contratuais previamente estabelecidos, fazer o serviço o mais rápido possível, dentro do menor custo, visando o retorno mais imediato; isso é bom para o usuário direto (cidadão) e indireto (governo) do serviço, vez que o produto será apreciado mais rapidamente e o parceiro público só passa a desembolsar a contraprestação quando da execução do projeto.

A eficiência é a razão principal para a contratação das PPP's. Na verdade a contratação das PPP's só se justifica quando os ganhos globais de eficiência esperados a partir dessa formatação contratual superem os custos a serem incorridos na sua estruturação e no acompanhamento, fiscalização e regulação do contrato. Por isso, decidido que um dado projeto é prioritário para o país, o passo seguinte deve ser verificar a conveniência e a oportunidade de sua realização sob a forma de PPP, tanto qualitativa quanto quantitativamente.

A corrente “pro”, para contrapor o argumento de que o Estado nunca estaria dispensado de gastar altas quotas de investimentos no provimento das parcerias, mediante a remuneração do ente privado, tem-se que, de acordo com a Lei Federal das PPP's, a característica central de ambas as concessões (tanto a administrativa como a patrocinada) é de gerar compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo. Como o concessionário fará investimentos logo no início da execução e será remunerado posteriormente, dois objetivos se põem: impedir que o administrador público presente comprometa irresponsavelmente recursos públicos futuros, e oferecer garantias que convençam o particular a investir. Do contrario, no caso das concessões

tradicionais já existentes, além do desembolso de recursos públicos, não há possibilidade de se adotar esse tipo de mecanismo de prevenção.

Sempre existiram no sistema brasileiro normas ou arranjos contratuais que permitiam ao concedente público do serviço ter outras fontes de receita para realizar os pagamentos ao concessionário, prevendo ou não um adicional pago pelo governo. A lei das PPP's só veio criar um sistema adequado de garantias que protegesse o concessionário contra o inadimplemento do concedente e vice-versa. Assim, é aplicada uma lógica econômico-contratual, que visa a estabilidade do contrato, a vigência por longo prazo, para permitir a recuperação do capital, a remuneração vinculada a resultados, a flexibilidade nos meios para atingir os fins previstos no contrato e a viabilização das garantias.

Todo esse arcabouço, como vem sendo comprovado repetidamente na prática, de acordo com os resultados apresentados dentro da Unidade PPP do Estado de Minas Gerais, apresenta melhorias consideráveis de produtividade e de diminuição dos gastos frente às formas tradicionais de concessão até então vigentes na Administração Pública. Isso se dá devido a uma combinação de melhor condição que o parceiro privado possui frente ao público, seja financeira, técnica, gerencial e até institucional, casado com a possibilidade de a Administração Pública poder pular as etapas, deixar de atuar na área meio do projeto e se encabeçar no final, exercendo o papel indelegável do Poder Público.

Já no caso da distribuição dos riscos, tem-se que, ao antecipar e atribuir a cada uma das partes a responsabilidade de assumir as conseqüências de ocorrências futuras, há um incentivo para que sejam adotadas providências para evitar riscos negativos ou suas conseqüências. Nas palavras do professor Antônio Augusto Anastásia:

Dentro de uma sociedade capitalista, o lucro, razoável e com seus critérios sociais, é, evidentemente defendido e deve ser protegido. A vinculação entre esses dois setores da economia (o público e o privado), dentro de critérios e de performance razoáveis, controlados, proporcionais, atendidos todos os critérios necessários, que se sabe relativos a licitação, aos princípios republicanos, se justificaria, em determinados setores e em determinadas áreas onde a iniciativa privada sozinha não tem interesse, e o Poder Público não tem recursos suficientes ou não apresenta um modelo de gestão adequado a conseguir um resultado eficiente em pro da população. (ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. Revista do TCMG. 2005. p. 177)

Em grande parte dos casos, o particular assumirá o risco de qualidade do objeto do contrato. Os pagamentos não serão ligados à utilização real do serviço, mas à sua utilização potencial. O resultado do explorador é subordinado a variações que dependem diretamente da qualidade do serviço prestador. Isso significa que a elevação do nível de qualidade assegurará ao concessionário administrativo resultados econômicos mais satisfatórios. Do mesmo modo, a remuneração passa a ser variável, desvinculada da dimensão de encargos assumidos pelo particular, podendo acarretar a redução de custos do mesmo.

Ainda na defesa ao instituto das PPP's, argumenta-se que as mesmas não se caracterizam em momento algum pela transferência das funções administrativas para a iniciativa privada. Os contratos de Parceria dependem de um procedimento rígido, controlado pelo governo, que garanta a eficiência combinada com a transparência nas decisões. É o que sugere o art. 4º da Lei Federal 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de Parceria Público Privada no âmbito da administração pública.⁵

Para essa corrente, a única possibilidade de que ocorra uma “mistura” entre as diversas normas, como bem havia salientado a corrente contrária ao tratar do perigo de que exista uma legislação híbrida devido à junção de interesses públicos e privados no mesmo projeto, diz respeito ao fato de uma entidade multinacional ser a garantidora dos recursos usados para o tal fim proposto pela Parceria, mas, mesmo desta forma, estão descartadas quaisquer hipóteses de supressão dos instrumentos legais necessários, segundo a legislação nacional. Para que se dê um certame que sugira a segurança jurídica necessária, é óbvio que além do princípio democrático

⁵ 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.

previsto, a constitucionalidade de todas as ações de ser preservada. É o que aduz o art. 42, mas especificamente em seu § 5º, da lei Federal 8666 de 21 de junho de 1993.⁶

Quanto às dificuldades apresentadas pelo risco de insolvência por parte da Administração Pública Fazendária, a legislação das PPP's tentou superar as dificuldades do adotando o instituto da arbitragem para a composição de litígios, o que diminuía morosidade das decisões judiciais. Outra ferramenta adotada constitui a verdadeira inovação no que se refere à idéia das Parcerias, que seria a outorga de garantias mais satisfatórias por parte do Estado, e que compõe o então denominado Fundo Garantidor das Parcerias, a quem incumbirá responder por possíveis créditos dos concessionários.

No caso de Minas Gerais foram também desenvolvidas cooperações técnicas não reembolsáveis (como é o caso do Banco Interamericano de Desenvolvimento) que garantem um financiamento ao Estado, mediante certas condicionalidades exigidas no certame, seja em controle, avaliação, licitação, dentre outras.

O termo “parceria” empregado na lei e tão criticado, a nosso ver, não quis disfarçar a natureza contratual dos ajustes celebrados sob o regime de PPP. Não há motivo para muito alarde, já que a legislação mineira mencionou serem instrumentos de Parceria Público Privada mecanismos contratuais já existentes (aqueles regidos pela legislação de Concessões), e, por conseguinte, a lei federal ao tratar do assunto conceituou uma PPP com um legítimo contrato administrativo de concessão. A idéia de que uma parte é responsável pela prestação e a outra pela contraprestação não significa necessariamente que ambas tenham interesses repelentes, pelo

⁶ Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

§ 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.

contrário, o interesse particular de cada ente terá de se adequar ao outro para que exista êxito na contratação.

Quanto a essas garantias questionadas pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, obviamente, não fosse a tradição de mal pagador do governo brasileiro, seriam desnecessárias as garantias do parceiro público. Além do mais, se as garantias forem ausentes, os credores, ainda que não tenham qualquer dúvida sobre a certeza e a liquidez do crédito, terão de enfrentar o procedimento dos precatórios se não houver o regular pagamento da Administração.

Não estamos aqui defendendo o interesse de empresários em detrimento da população como um todo que fica anos na “fila” esperando o pagamento direto do poder público. Mas, no atual cenário que se instaura, a submissão de créditos oriundos de contratos de PPP ao regime de precatórios desestimula, ou até mesmo inviabiliza, a assunção de obrigações a longo prazo por parte de parceiros privados respaldados em pagamento futuros a serem realizados pela Administração. Isso se torna ainda mais evidente quando pensamos em um projeto de PPP que funcione em uma lógica dependente de um fluxo de pagamento regular para o sucesso do empreendimento.

As garantias têm ainda o objetivo de evitar que eventuais mudanças de orientação política no governo afetem os fluxos financeiros desses projetos, que são de longo prazo. Em face da redução do risco político, há ainda a possibilidade de que sejam feitas melhores propostas pelo parceiro privado.

Como informa Carlos Ari Sundfeld, as PPP's teriam objetivo de complementar a legislação existente no país para viabilizar contratos específicos que, por proibição legal ou insuficiência legislativa, não podiam ser anteriormente realizados. É o que veremos na sessão a seguir que trata das modalidades criadas de Concessão de PPP.

Frente a todas essas correntes teóricas, constata-se que o instituto das PPP's, ícone totalmente inovador frente à Administração Pública, é algo que, sem sombra de dúvida, precisa de todo o amparo legal que pode ser fornecido pelo ordenamento, bem como insumos econômicos, administrativos e políticos que lhe garantam êxito. É certo que não se sabe o resultado concreto de todo o investimento que está sendo convertido para os projetos de PPP no

Brasil, mas vê-se atualmente com bons olhos todo esse empreendimento. Também é esperado que todo esse arranjo careça posteriormente de novos ajustes que lhe garantam com o passar do tempo mais efetividade e segurança na tramitação dos projetos.

Expostas as correntes doutrinárias, passa-se a discorrer sobre as modalidades de PPP, e sua coincidência com institutos jurídicos já existentes na legislação nacional.

4- MODALIDADES

A própria legislação referente às PPP's, conceitua e define a Parceria Público Privada como “o contrato administrativo de concessão” efetuado na modalidade “patrocinada” ou na modalidade “administrativa”.

A definição dessas expressões está expressa nos parágrafos 1º e 2º do artigo 2º da Lei Federal de PPP 11079/04.⁷

4.1- Concessão Patrocinada versus Concessão Tradicional

A modalidade patrocinada é a concessão de serviço público sujeita a regime jurídico parcialmente diverso da concessão de serviço público comum, ordinária ou tradicional. A concessão patrocinada é um contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.

A Concessão Patrocinada é uma espécie do gênero concessão de serviço público

A lei a define como a concessão de obras ou de serviços públicos em que haja a contraprestação da Administração, adicionalmente à cobrança de tarifa dos usuários. Mantém-se,

⁷ §1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

portanto, em relação às concessões patrocinadas, os mesmos direitos e deveres entre concedente, concessionária e usuários que tradicionalmente caracterizam a concessão de serviços públicos (a concessão tradicional). Aponta-se a possibilidade de a concessionária se remunerar não apenas pela cobrança de tarifa do usuário, mas também pela percepção do subsídio público.

A partir daqui, faz-se necessário delimitar a diferenciação entre estes dois tipos de concessão delimitando primeiramente o conceito da concessão de serviço público (tradicional) que é estabelecido pelo professor Marçal Justen Filho:

A concessão de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos.
(MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos. Editora Del Rey. 10ª Edição, Belo Horizonte, 2005. p. 1021)

A principal diferença entre a concessão patrocinada e a concessão de serviço público comum está na forma de remuneração, assim mesmo essa diferença pode desaparecer se, na concessão tradicional, houver previsão de subsídio pelo poder público, conforme previsto no art. 17 da Lei de Concessões 8987/95.⁸

Mas, de qualquer forma, essa contraprestação dependia de autorização legal específica para sua implementação. Agora, a Lei de PPP permite o subsídio independente de autorização legal específica, ou melhor, a Lei de PPP já pode ser entendida como a autorização legal para a previsão da contraprestação pública nas concessões patrocinadas.

Também existe diferença no que diz respeito aos riscos, que nas Parcerias Público Privadas, são repartidos com o parceiro público, às garantias que o poder público presta ao parceiro privado e ao financiador do projeto, e ao compartilhamento entre os parceiros de ganhos

⁸ Art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes.

econômicos decorrentes da redução o risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado.

Sendo a concessão patrocinada uma concessão de serviços públicos, inúmeros são os pontos comuns com a modalidade disciplinada pela Lei 8987. O serviço em si, objeto do contrato é o mesmo para ambos. A idéia de concessão de serviço público voltado para o interesse geral e sob autoridade da Administração, contraposta à idéia de uma empresa capitalista que objetiva o lucro, levam às mesmas conseqüências assinaladas para a concessão de serviços públicos:

- 1- A existência de cláusulas regulamentares nos contratos, resultantes da atividade hoje chamada de regulação e dizem respeito à forma de gestão do serviço. Definem o objeto, a forma de execução, a fiscalização, os direitos e deveres das partes, as hipóteses de rescisão, as penalidades, os direitos do usuário, etc.
- 2- A outorga de prerrogativas públicas ao parceiro privado.
- 3- A sujeição do parceiro privado aos princípios inerentes à prestação de serviços públicos: continuidade, mutabilidade, igualdade dos usuários, e demais, como requisitos de que o serviço seja considerado adequado.
- 4- O reconhecimento de poderes ao parceiro público, como intervenção, uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa concessionária, poder de direção e controle sobre a execução do serviço, poder sancionatório, poder de decretar a caducidade, etc.
- 5- A reversão, ao término do contrato, de bens do parceiro privado afetados à prestação do serviço, ou seja, é a passagem ao poder público dos bens do concessionário ou permissionário aplicados ao serviço, uma vez extinta a concessão ou permissão.
- 6- A natureza pública dos bens da concessionária afetados à prestação do serviço.
- 7- A responsabilidade civil por danos causados a terceiros.
- 8- Os efeitos trilaterais da concessão sobre o poder concedente, o parceiro privado e os usuários.

A quase-totalidade das regras da Lei 8987/95 incide sobre a concessão patrocinada, como é o caso, por exemplo, dos direitos e obrigações do usuário (art. 7º), da política tarifária (arts. 9º a 13º), das cláusulas essenciais do contrato (art. 23º), dos

encargos do poder concedente (art. 29º), encargos do concessionário (art. 31º), da intervenção (art. 32º a 34º), da responsabilidade por prejuízos causados ao poder concedente e a terceiros (art. 25º), da subcontratação (art. 25º), da subconcessão (art. 26º), da transferência da concessão (art.27º), das formas de extinção (art. 35º a 39º), da reversão (art.36º), da licitação (arts. 15º, 18º, 19º e 21º) e do controle da concessionária (art. 30º).

Há algumas diferenças e acréscimos, quanto às quais se afastam as normas da Lei de Concessões e se aplicam aquelas da Lei de PPP:

- 1- A forma de remuneração, como já foi dito anteriormente, que abrange além da tarifa e outras fontes de receita, a contraprestação do parceiro público ao parceiro privado. Mas que pode ser igualada se na concessão de serviço público prever o subsídio pelo poder público, conforme previsto no art. 17 da Lei de Concessões 8987/95.
- 2- A obrigatoriedade, prevista na Lei Federal 11079/04, de se constituir uma sociedade de propósito específico, antes da celebração do contrato, ficando a mesma incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. No caso da concessão tradicional, tal criação não é possível uma vez que existem na prática duas sociedades distintas, com poderes de voto distintos, dependendo do assunto a ser tratado. Elas não agem propriamente em conjunto.
- 3- A possibilidade de a Administração Pública ter de prestar garantias de cumprimento de suas obrigações pecuniárias. Tais garantias podem vir tanto da formação de um fundo garantidor, como de uma organização econômica que subsidie o projeto, e servem para dar ao prestador de serviços (a entidade particular) mais confiança no cumprimento da contrapartida pelo governo, ou seja, do pagamento da remuneração tarifária e subsidiária pela feitura do serviço.
- 4- O compartilhamento dos riscos. A repartição objetiva dos riscos apresenta-s como um fator fundamental para a precificação adequada pelo parceiro privado dos riscos envolvidos na implementação do projeto. Quanto mais confusa a repartição, mais elevado o preço que o parceiro privado cobrará para a implementação do projeto.

Separar o conceito de PPP do conceito de concessão comum foi uma estratégia para, de um lado deixar intacto o direito das concessões comuns, e de outro para permitir à Lei de PPP

apoiar-se na legislação sobre concessões. Com a Lei de PPP, entretanto, a noção de concessão comum se qualifica: não é apenas o que se define por exclusão às concessões previstas na legislação setorial, mas também o que se opõe a concessão patrocinada e administrativa.

Em Minas Gerais já existe uma Concessão Patrocinada em fase de conclusão, trata-se do Projeto PPP da MG-050 que previa a recuperação, ampliação e manutenção da rodovia MG-050 durante os próximos 25 anos, em uma extensão de 372 km, interligando a região metropolitana de Belo Horizonte à divisa com o Estado de São Paulo.

Foi prevista a criação de seis praças de pedágio, sendo o valor da tarifa de R\$ 3,00 por praça para carros de passeio. Somente após 13 meses da assinatura do contrato, quando a rodovia atingir determinados padrões de qualidade, com melhores condições de trafegabilidade, sinalização e segurança, é que será iniciada a cobrança de pedágio. Para se chegar ao valor desta tarifa foram considerados os custos de todos os investimentos planejados para a conservação, recuperação, operação, obras de melhoria e ampliação de capacidade de tráfego ao longo dos 25 anos. Por se tratar de uma concessão patrocinada, além da receita do pedágio pago pelos usuários da via, o concessionário fará jus ao recebimento de uma contraprestação do estado, limitada a R\$ 35 milhões por ano.

Esse paralelo existente entre a concessão patrocinada e a concessão tradicional, desde a criação da Lei de PPP, sempre foi alvo de críticas, estudos e comentários, estando, por esse motivo, mais concreta atualmente a diferença entre os dois institutos, sendo aceito a existência e a interdependência entre ambos.

Já no caso das concessões administrativas, pouco se fala sobre a comparação desse arranjo com o regime de empreitadas, previsto pela Lei Federal de Licitações 8.666/93. É uma contraposição ainda um pouco insipiente e que, por esse motivo gera mais polêmica. Passaremos a discorrer no item seguinte sobre essa comparação.

4.2- Concessão Administrativa versus Empreitada

À primeira vista, a Concessão Administrativa tem por objeto a prestação de serviço (atividade material prestada à Administração e que não tem as características de serviço público).

A concessão administrativa pode ser utilizada para a contratação de quaisquer serviços pela Administração. Não é preciso verificar a titularidade estatal da prestação do serviço para que seja viável sua concessão à iniciativa privada.

As concessões administrativas destinam-se a tornar viável a aplicação da estrutura econômica das concessões de serviço público a contratos de prestação de serviços que já podiam ser celebrados sobre a égide da Lei 8666/1993.

O objeto da concessão administrativa é a prestação de serviço, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Resumidamente, ela se destina a viabilizar a concessão tradicional a contratos de prestação de serviço previstos na Lei 8666/93. O concessionário, da mesma forma que na empreitada, vai assumir apenas a execução material de uma atividade prestada à Administração pública, já que cabe a esta deter a gestão do serviço.

Dessa forma, de maneira mais velada do que a que ocorre entre concessão patrocinada e concessão tradicional, a concessão administrativa se aproxima conceitualmente do contrato de serviços públicos, sob a forma de empreitada, de que trata a Lei Federal de Contratos e Licitações (8666/93) em seu art. 6º, VIII.⁹

⁹ Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:

- a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;
- b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;
- c) (Vetado).
- d) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;
- e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;

A lei 8666/1993 não permite a realização de contratos de prestação de serviço por mais de cinco anos. A rigor, ela permite a realização por um exercício, renovável por mais quatro anos. Ora, essa limitação impede a viabilização de contratos que exijam do parceiro privado investimentos de grande monta, já que as receitas do concessionário advêm da exploração do serviço. A amortização e a remuneração do investimento apenas serão integralmente obtidas depois de diversos anos de execução contratual.

Antes da criação da Lei de PPP, usavam-se “malabarismos jurídicos” para tentar burlar essa questão do prazo, e, dessa forma, era comum tentar caracterizar como contratos de locação os contratos com lógica econômica semelhantes à concessão de serviço público ou às PPP’s da Lei 11079/2004. O problema era que esse contrato, que se tratava de prestação de serviço, não era facilmente enquadrável no contrato de locação, que tinha o prazo maior.

Outra maneira de contornar o limite de cinco anos era tentar caracterizar o objeto do contrato como “serviço público”, e utilizar da concessão comum para prestar serviços à Administração, eis que esse tipo contratual não tem limite de prazo, mas envolve risco jurídico considerável, em face da possibilidade de alegação de incompatibilidade com o instituto da concessão e burla o regime da Lei de Licitações.

Tem-se que tomar aqui muito cuidado para não cair em um erro grosseiro, uma vez que a própria Lei de PPP rejeita a possibilidade de o parceiro público prestar um serviço que tenha como objeto único a execução de obra ou o fornecimento e instalação de bens, pois aí nesse caso haveria claramente um contrato de empreitada. A concessão administrativa só se configura se, depois da construção da obra, ou do fornecimento e instalação dos bens, a empresa contratada prestar serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta. E aqui nesse ponto, mais uma vez as idéias de concessão administrativa e empreitada vão se distanciar, se pensarmos que serviço mais provável a ser prestado posteriormente à execução da obra ou da entrega dos bens, for a gestão dos mesmos.

Existem outros artigos dentro da própria Lei de PPP que já prevêm essa gestão realizada pelo ente particular, vez que inclui entre os encargos da concessionária prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente, a possibilidade de intervenção pelo poder público, ou até mesmo da previsão de que ao término da concessão o poder concedente assume imediatamente o serviço.

É evidente que em um contrato de empreitada que tenha por objeto a simples execução material de uma atividade não se justificam poderes como esses.

Mesmo considerando estas semelhanças, não é possível identificar inteiramente a concessão administrativa com a empreitada, já que, na primeira, o parceiro privado sujeitar-se-á às normas da Lei nº8987 (arts. 21,23,25 e 27 a 29) e da Lei nº 9074/95 (art. 31), enquanto a segunda se rege pela Lei nº 8666/93.

É uma terceirização da gestão do serviço, envolvendo, no caso, a execução da obra. É a delegação da execução de serviços públicos, desde as atividades-meio (serviços administrativos), como atividades-fim (serviços sociais ao Estado).

Segundo Marçal Justen Filho, a concessão administrativa é um contrato administrativo por meio do qual um particular assume deveres complexos. O particular assume uma pluralidade de deveres, envolvendo prestações de fazer e, usualmente, também de dar. Portanto, não é possível assemelhar a concessão administrativa aos contratos conhecidos como prestação de serviço.

A contratação não se restringe apenas a uma prestação de serviços. Os serviços são um dos ângulos do objeto contratual na concessão administrativa, na qual o particular é contratado para executar uma obra que é o pressuposto da prestação desses serviços. Mas também pode compreender situações em que o particular fornece bens duráveis e/ou de consumo, desde que relacionados à prestação de um serviço.

A interpretação sistemática da lei permite concluir que a concessão administrativa tanto pode ter, eventualmente, por objeto a execução material de atividade (aproximando-se da empreitada), como a gestão de serviço público (como na concessão tradicional). A única diferença é que no caso da concessão administrativa, a Administração pode ser usuária direta ou indireta (caso em que os usuários diretos serão terceiros aos quais a Administração Pública presta serviços públicos).

Um exemplo do caso acima é a mais atual Parceria Público Privada que está sendo celebrada no estado de Minas Gerais, que trata-se da construção e gestão de uma penitenciária.

Tanto a construção como a gestão serão feitas pelo ente privado, e cabe à Administração exercer unicamente as atividades que sejam exclusivas do Estado, que no caso é o poder de polícia. A Administração será uma usuária indireta, os presos serão os usuários diretos, que irão usufruir de toda a estrutura proporcionada pela concessionária. O governo irá, de certa forma, “comprar” uma penitenciária pronta e funcionando.

Nas palavras do professor Marco Aurélio de Barcellos Silva, o diretor da Unidade PPP de Minas Gerais, “o objeto das concessões administrativas poderia ser considerado como um empreendimento público, cuja gestão é transferida ao particular”. É exatamente isso que acontece na Parceria Público Privada destinada à criação da Unidade Prisional capaz de atender à aproximadamente 3000 presos. Cabe ao ente privado desenhar o projeto arquitetônico, financiar o empreendimento, elaborar os projetos executivos, construir a infra-estrutura (Unidades Penais, padaria, lavanderia, estação de esgoto etc.), manter o complexo penitenciário em funcionamento mesmo depois das obras e prestar serviços assistenciais aos internos. Já, o governo é responsável por construir instalações auxiliares (aqui entende-se as vias de acesso e as instalações de utilidades), responder por questões disciplinares e de segurança, efetuar a segurança externa e de muralhas, realizar o transporte de sentenciados e, por fim, remunerar o ente privado por meio de indicadores.

A Lei Mineira de PPP tem esse objetivo mais claro, ao prever essa possibilidade das áreas de atuação e da terceirização das atividades administrativas em seu artigo 5º.¹⁰

¹⁰ Art. 5º - Podem ser objeto de parceria público-privada:

I- a prestação de serviços públicos;

II- a construção, a ampliação, a manutenção, a reforma e a gestão e instalações de uso público em geral, bem como de terminais estaduais e de vias públicas, incluídas as recebidas em delegação da União;

III- a instalação, a manutenção e a gestão de bens e equipamentos integrantes de infra-estrutura destinada a utilização pública;

IV - a implantação e a gestão de empreendimento público, incluída a administração de recursos humanos, materiais e financeiros;

V - a exploração de bem público;

VI - a exploração de direitos de natureza imaterial de titularidade do Estado, incluídos os de marcas, patentes e bancos de dados, métodos e técnicas de gerenciamento e gestão.

§ 1º- As atividades descritas nos incisos do caput deste artigo poderão ser desenvolvidas nas seguintes áreas:

I - educação, saúde e assistência social;

II - transportes públicos;

A forma de remuneração é fundamentalmente a contraprestação paga pela Administração, mas não há impedimento a que o concessionário receba recursos de outras fontes de receitas complementares, acessórias, alternativas ou decorrentes de projetos associados. Só não pode existir a tarifa cobrada do usuário, pois aí trata-se de concessão patrocinada.

A Lei de PPP estabelece balizas para a definição dos casos em que é conveniente a adoção da forma de PPP na modalidade de concessão administrativa, em detrimento da prestação de serviços comuns. Assim, cabe fazer o uso da concessão administrativa apenas quando presentes as razões econômicas (especialmente a necessidade de contratos de longo prazo para permitir a amortização e remuneração do investimento; a possibilidade de se adotar, no caso concreto, especificações de resultado objetivas e estáveis com o fim de aferir o cumprimento das obrigações contratuais; e a probabilidade de se obter ganhos de eficiência na atribuição da responsabilidade de diversas atividades). O limite mínimo de R\$ 20 milhões do valor do contrato toca justamente duas dessas razões (a primeira e a terceira) pois, se não há investimento relevante, também não é necessário prazo longo para sua amortização e remuneração, e a possibilidade de ganhos de eficiência fica tanto mais reduzida quando menos for o valor do investimento. Portanto, para se justificar a PPP é preciso que a adequada prestação de serviço requeira investimentos de relevo do parceiro privado em uma infra-estrutura.

A segunda vedação da PPP diz respeito ao prazo mínimo de 5 anos do contrato. A lógica aqui persiste pela necessidade de contratos de médio e longo prazo, para a amortização de investimentos do concessionário. Só isso, entretanto, não justifica a vedação. A intenção é criar uma linha divisória entre as concessões administrativas e os demais contratos de serviços submetidos à Lei 8666/1993.

Quanto às vedações relativas ao objeto, o inciso III do § 4º do art. 2º da Lei Federal de PPP traduz a opção política do legislador de não utilizar a Lei de PPP para modificar os marcos

III - saneamento básico;

IV - segurança, sistema penitenciário, defesa e justiça;

V - ciência, pesquisa e tecnologia;

VI- agronegócio, especialmente na agricultura irrigada e na agro industrialização;

VII - outras áreas públicas de interesse social ou econômico.

legais aplicáveis à realização de obra pública pura, compra e instalação de equipamentos ou contratação de mão de obra.¹¹

Continuam aplicáveis à obras públicas os dispositivos sobre as licitações e contratos de obra constantes da lei 8666/1993; à compra de instalação e equipamentos, a legislação sobre pregão, quando se referirem a compras de bens ou serviços comuns, e a Lei 8666/1993 em relação aos demais; e ao fornecimento de mão-de-obra a legislação sobre procedimento concursal, ou, quando se referirem à terceirização, a legislação para contratação de prestação de serviços também constante da Lei 8666/1993. Está proibida a realização de PPP's em que o fornecimento de equipamentos e as obras não estejam vinculados diretamente à prestação do serviço. A contratação de pessoal pura também está proibida. Não é permitida a contratação de PPP meramente para suprir necessidade de pessoal.

Dessa perspectiva, a contratação de PPP só é viável quando houver capacidade operacional empresarial, que se traduz na organização de conjunto de bens, direitos e pessoal apto à eficiente prestação de dado tipo de serviço. (Vide Anexo B)

Feitas as considerações sobre as diversas modalidades das PPP's, passaremos à análise do controle.

5- CONTROLE

As PPP's são manifestação inequívoca de que pode haver convergência na ação do Estado e das entidades privadas, no contexto de responsabilidade social; assim como a existência de um órgão de controle dos atos de índole financeira da Administração Pública é uma das características do Estado contemporâneo.

A euforia com que foram recepcionadas no direito brasileiro não impediu que se tivesse consciência da importância da implantação dos controles a serem exercidos sobre as mesmas. Por

¹¹§ 4o É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

isso, é que o legislador, ao estabelecer as diretrizes dessa contratação, deixou bem claro o propósito de exercer significativo controle sobre elas.

Sendo a Parceria Público Privada uma forma de atuação administrativa do Estado, ela está adstrita ao sistema de controle público e social. Conseqüentemente, pode-se afirmar que este dispositivo se submete a todas as modalidades de controle previstas nos planos constitucional e infraconstitucional.

O mecanismo PPP tem como característica a ênfase dada ao desempenho do contratado, condicionando-se o seu pagamento ao atendimento de níveis de qualidade previamente fixados no contrato.

De acordo com a classificação dicotômica da Constituição Federal, o Controle Interno é a verificação, desenvolvida no âmbito do próprio poder, da legalidade e da oportunidade dos atos administrativos produzidos pelos seus órgãos e autoridades. O Controle Externo consiste na submissão da atividade administrativa à fiscalização exercida por órgãos externos à estrutura administrativa do Estado. Em termos gerais, pode-se aludir ao controle externo por parte do Poder Legislativo (o que abrange o Tribunal de Contas), do Ministério Público e do Poder Judiciário.

O controle exercido pelo órgão gestor está indicado nos incisos do art. 14 da Lei Federal das PPP's¹², sendo também vedada, de acordo com o art. 6 da Lei Mineira de PPP¹³, a delegação desta função ao ente privado. As atribuições de controle são voltadas para o esforço de coibir um

¹² Art. 14. Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público- privadas federais, com competência para:

- I – definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada;
- II – disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos;
- III – autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital;
- IV – apreciar os relatórios de execução dos contratos.

¹³ Art. 6º - Na celebração de parceria público-privada, é vedada a delegação a ente privado, sem prejuízo de outras vedações previstas em lei, das seguintes competências:

(...)

- II – atribuições de natureza política, policial, judicial, normativa e regulatória e as que envolvam poder de polícia;

endividamento descontrolado da Administração Pública, o que o faz buscar, a um só tempo, minimizar os efeitos do endividamento inevitável e atender às obrigações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que o exercício desse poder de direção e controle constitui um poder-dever da Administração, ao qual ela não pode furtar-se, sob pena de responsabilidade por omissão.

5.1- Controle Interno

No caso dos contratos de Parcerias Público Privadas, as atividades desenvolvidas pelo parceiro privado deverão ser fiscalizadas pelo Poder Público, seja por meio de Agências Reguladoras, seja pelo Ministério competente.

No âmbito federal, a Lei 11.079/05 deixou a cargo dos ministérios (responsáveis, perante o Presidente da República, pela supervisão, coordenação e controle das atividades e órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério) e agências reguladoras (autarquias sob regime especial, criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades) a tarefa de acompanhar e fiscalizar os contratos de PPP.

O controle exercido pelo Ministérios está disciplinado pelos arts. 19 e 20 do Decreto Lei nº200 de 25 de fevereiro de 1967.¹⁴

Todos os projetos celebrados dentro do arcabouço jurídico das PPP's devem estar contemplados na Lei de Diretrizes Orçamentárias, na lei Orçamentária Anual e no Plano Plurianual. São também condicionantes para a celebração do certame: a elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato, a estimativa

¹⁴ Art. 19 - Todo e qualquer órgão da administração federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.

Art. 20 - O Ministro de Estado é responsável, perante o Presidente da República, pela supervisão dos órgãos da administração federal enquadrados em sua área de competência.

Parágrafo único. A supervisão ministerial exercer-se-á através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao ministério, nos termos desta lei.

do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento das obrigações contraídas pela Administração Pública e a licença ambiental prévia ou expedição de diretrizes para o licenciamento do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato o exigir.

Cabe ainda, ao parceiro privado, a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo reter os pagamentos ao mesmo, no valor necessário ao reparo das irregularidades eventualmente detectadas.

5.1.1- A Unidade PPP:

No caso federal, assim como no Estado de Minas Gerais, o Órgão Gestor é responsável por definir os serviços prioritários para a contratação, disciplinar procedimentos para a celebração de contratos, autorizar a abertura de procedimentos licitatórios, aprovar os instrumentos convocatórios e contratos, apreciar e aprovar relatórios semestrais, elaborar e enviar ao Tribunal de Contas relatórios anuais de desempenho, estabelecer procedimentos básicos para acompanhamento e avaliação periódica de contratos de PPP, dentre outros. Em suma, o órgão gestor exerce fiscalização das PPP's, que pode ser prévia ou posterior.

Como as PPP's envolvem o comprometimento de recursos orçamentários por prazos médios ou longos, tanto no caso do governo federal, como no caso do governo mineiro, não foi possível que as agências reguladoras decidissem sobre a celebração de PPP's, independentemente dos órgãos responsáveis pelo orçamento. Essa é uma das principais razões para a existência do órgão gestor de PPP. Isso explica sua composição: no âmbito federal por representantes da Fazenda Pública, do Planejamento, da Gestão e Orçamento da casa civil da Presidência da República e da vice-governadoria no âmbito estadual mineiro; cumpre salientar que em ambos os casos, deu-se a criação do Órgão Gestor de Parcerias Público Privadas.

O §4º do art. 14 supracitado, da Lei Federal de PPP autoriza o órgão gestor a criar sua estrutura de apoio técnico. Em alguns casos, após uma fase inicial de desenvolvimento de linhas mestras do programa de PPP, o órgão desdobra-se em subunidades, departamentos ou filiais vinculados aos órgãos setoriais.

O melhor exemplo disso é a estrutura montada em Minas Gerais, na qual de uma Unidade PPP central, vinculada à Subsecretaria de Assuntos Internacionais, da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, desenvolveram-se Unidades PPP setoriais. Esse desenho facilita a disseminação dos conhecimentos e metodologias sobre a celebração de contratos de PPP para os diversos órgãos setoriais a se envolverem no programa de PPP. (Vide Anexo C)

A unidade PPP é voltada exclusivamente para o suporte no desenvolvimento da estrutura institucional e dos projetos de concessão administrativa e patrocinada. É assim na União, e tem sido assim em Minas Gerais. A competência, portanto, dessas Unidades cinge-se à viabilização dos programas que envolvem contratos com a estrutura econômica de concessão e nos quais há alguma forma de pagamento público. (Vide Anexo D). A Lei Mineira de PPP dispõe sobre as atribuições legais da Unidade PPP-MG.¹⁵

A idéia é que essas unidades sejam responsáveis pelo assessoramento técnico dos órgãos do governo no estabelecimento de parcerias de longo prazo com a iniciativa privada, independente do desenho legal ou contratual de tais parcerias. Isso daria a tais unidades a flexibilidade de estudar e adotar, para cada projeto que lhes fosse submetido, o desenho mais eficiente para atingir os objetivos públicos pretendidos.

Outra razão para a existência de um órgão de centralização (Unidade PPP, no caso) é a necessidade de centralizar em um só órgão toda a comunicação com a sociedade e em especial com os setores mais implicados na consecução dos programas de parceria. Tal instrumento evita a chamada assimetria da informação, e também é importante para a obtenção de maior concorrência, percepção pela iniciativa privada de menor risco, e, por conta disso, tendências a ter melhores preços nas contratações.

¹⁵ Art. 20 - Caberá à Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, por meio de unidade operacional de coordenação de parcerias público-privadas - Unidade PPP -, nos termos de regulamento:

I - executar as atividades operacionais e de coordenação de parcerias público-privadas;
II - assessorar o CGP e divulgar os conceitos e metodologias próprios dos contratos de parcerias público-privadas;
III - dar suporte técnico, na elaboração de projetos e contratos, especialmente nos aspectos financeiros e de licitação, às Secretarias de Estado.

Uma terceira razão para a centralização em um único órgão da gestão de processo de celebração de contratos de longo prazo com a iniciativa privada é a necessidade de formar um centro de conhecimento que acompanhe o desenvolvimento das melhores práticas a esse respeito, desenvolvidas fora da Unidade PPP, aquelas desenvolvidas pela mesma.

Uma última razão, e talvez a mais importante no tocante à regulação, seja a necessidade de considerar os processos de modelagem internos e sua relação com a regulação nos diversos setores econômicos. É indispensável que o órgão a conduzir a PPP esteja a par e considere a experiência de regulação naquele setor. Tal objetivo se constitui mediante a contratação de consultorias que avaliem o projeto.

5.1.1.2- A experiência do Estado de Minas Gerais:

Conforme foi observado dentro da Unidade PPP de Minas Gerais, o maior aporte econômico direcionado para a elaboração e execução dos projetos que compunham o Programa Mineiro de PPP se deu através de um convênio realizado entre o Governo Estadual, neste ato representado pela SEDE, e o BID.

O Governo Estadual de Minas Gerais negociou com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) uma cooperação técnica não reembolsável no valor total de US\$1.350.000, sendo US\$675.000 oriundos de recursos do Fundo Multilateral de Investimentos (FUMIN) e US\$675.000 de contrapartida local. O objetivo geral do Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais é ampliar a oferta de serviços públicos e de infra-estrutura com a iniciativa privada, garantindo maior qualidade e eficiência e potencializando os recursos públicos disponíveis para o desenvolvimento sustentável do Estado de Minas Gerais. O objetivo específico é institucionalizar o sistema permanente de associação público-privada mediante a criação e implementação de um novo modelo de contratação que promova a participação do setor privado na prestação de serviços públicos e infra-estrutura.

Para atingir esses objetivos, o projeto compreenderá os seguintes componentes: Componente I: Geração do consenso sobre o âmbito jurídico e o Programa de Associação Público-Privada (APP), Componente II: Desenvolvimento da capacidade da Unidade de APP, Componente III: Estruturação do fundo de garantia para a APP, Componente IV: Desenvolvimento de modelos financeiros, contratuais e de licitação para projetos de APP, Componente V: Gestão de conhecimentos de APP, monitoramento e divulgação do Programa.

Assim, a partir desse Termo de Cooperação, a Unidade PPP se tornou responsável pela elaboração de relatórios de andamento semestral e final, nos quais serão documentadas as atividades realizadas. Ficou a cargo do BID contratar, por intermédio da Unidade PPP, consultores externos para fazer duas avaliações: uma avaliação intermediária após os primeiros 18 meses contados a partir da data do primeiro desembolso e a avaliação final após 3 meses contados a partir do término do prazo de execução.

A avaliação intermediária já ocorreu no ano de 2007, e analisou o grau de avanço e desempenho geral do projeto, dando ênfase especial ao desempenho da Unidade PPP, ao processo de preparação de adjudicação dos projetos piloto e ao avanço de coordenação com diversas entidades públicas e privadas para apoiar a implementação do Programa PPP.

A avaliação final está em fase de licitação, assim como a auditoria externa a ser realizada. Cabe aos consultores responsáveis pela avaliação final avaliar o grau de permanência do Programa PPP em ações de desenvolvimento econômico e social do Estado, bem como os resultados globais de todos os componentes e realização dos objetivos. O objetivo da consultoria é desenvolver o marco referencial e a metodologia para avaliar o desempenho alcançado pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais (SEDE) na realização do Programa de Parcerias Público-Privada no âmbito da Cooperação Técnica Não Reembolsável firmada com o BID. Especificamente, a consultoria deve desenvolver um conjunto de dados para a linha de base, indicadores e marcos de referência (*Benchmarks*) alvos do projeto. Antes de iniciar as atividades e em base as conversações mantidas entre o BID/FUMIN e a Secretaria de Estado de

Desenvolvimento Econômico, o consultor/Equipe de Consultoria desenvolverá o conjunto de dados para a linha de base, levar a cabo o refinamento dos indicadores do programa contidos no Marco Lógico (adicionando indicadores intermediários quando apropriados) e desenvolver o conjunto de marcos de referência correspondentes que facilitem o monitoramento da operação. Outro produto a ser desenvolvido pela equipe de consultoria responsável pela avaliação final é um sistema de coleta de dados e monitoramento. O desenho do sistema e o desenvolvimento/adaptação do software existente deverão permitir que a SEDE compile informações sobre atividades do projeto, consultorias, e impacto do programa sobre seus beneficiários finais.

No âmbito da auditoria externa a ser realizada, o BID considera que a opinião dos auditores independentes constitui um elemento importante no processo de acompanhamento e monitoramento da execução do projeto, a fim de assegurar que os recursos da operação sejam administrados e utilizados de acordo com os termos e as condições acordadas no respectivo contrato. O objetivo geral da auditoria externa exigida pelo Banco é obter o parecer profissional dos auditores independentes no que se refere às informações financeiras e operacionais exigidas pelo Banco, à avaliação do sistema de controle interno e à utilização dos recursos disponibilizados pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais – SEDE –na realização do Programa de Parcerias Público-Privada no âmbito da Cooperação Técnica Não Reembolsável firmada com o BID, de acordo com os termos e as condições do contrato.

Por fim, na condição de órgão a gerenciar o Programa de PPP, o órgão gestor ficou com a atribuição de remeter ao Tribunal de Contas e ao Poder Legislativo os relatórios de desempenho relativos ao objeto do contrato, ou projeto como um todo.

5.2 – Controle Externo

O controle externo, no âmbito federal, conforme dispõe o art. 70 e 71 da Constituição Federal, fica a cargo do Congresso Nacional e será exercido com o auxílio do tribunal de Contas.¹⁶

No Estado Democrático de Direito, com dirigentes eleitos periodicamente em eleições livres e por sufrágio universal e voto direto e secreto e garantindo as liberdades pessoais da pessoa humana, torna-se imprescindível que os atos de índole financeira da Administração sejam controlados por um órgão externo à própria Administração e dotado de autonomia e de garantias para o desempenho das funções.

A Lei Federal 11.079/2004 buscando sobretudo definir as competências prevê no o art. 14, §5º, supracitado no início deste mesmo capítulo, que o controle será exercido pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas, cabendo a este exigir que lhes sejam

¹⁶ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

(...)

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade.

remetidos, com periodicidade anual, os relatórios de desempenho dos contratos de Parceria público Privada.¹⁷ O § 6º do mesmo dispositivo, garante o controle pelo particular, ao exigir que referidos relatórios sejam disponibilizados ao público, por meio de rede pública de transmissão de dados, salvo quando as informações forem classificadas como de critério sigiloso;¹⁸

De cordo com o art. 15, a competência é outorgada aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de atuação, para acompanhar e fiscalizar os contratos de Parceria Público Privada.¹⁹

Dessa forma, tomando-se por base a criação da Lei Federal de PPP 11.079/04, cabe ao Tribunal de Contas acompanhar o cumprimento da lei, e também o atendimento aos princípios constitucionais e da administração pública, o que implica aferir a obediência às diretrizes e regras impostas para a licitação e para a contratação, bem como verificar se está sendo dado cumprimento ao quanto efetivamente foi contratado.

¹⁷ § 5º O órgão de que trata o caput deste artigo remeterá ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, com periodicidade anual, relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada.

¹⁸ § 6º Para fins do atendimento do disposto no inciso V do art. 4º desta Lei, ressalvadas as informações classificadas como sigilosas, os relatórios de que trata o § 5º deste artigo serão disponibilizados ao público, por meio de rede pública de transmissão de dados.

¹⁹ Art. 15. Compete aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, submeter o edital de licitação ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada.

Parágrafo único. Os Ministérios e Agências Reguladoras encaminharão ao órgão a que se refere o caput do art. 14 desta Lei, com periodicidade semestral, relatórios circunstanciados acerca da execução dos contratos de parceria público-privada, na forma definida em regulamento.

Todas as vezes que o Tribunal de Contas tomar conhecimento de irregularidades ou ilegalidades que tenham sido praticadas nos procedimentos prévios às contratações das parcerias público-privadas, ou durante a contratação dessas parcerias, deverá a corte de contas, dentro de sua competência legal, efetivar as medidas que visem concretizar o respeito ao princípio da legalidade.

Ao Tribunal cabe conhecer se a contratação teve previsão no Plano Plurianual, se as obrigações assumidas são compatíveis com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, se o objeto guarda relação com a autorização legal; enfim, não se atém, o Tribunal, tão somente a conferir se houve atendimento às formalidades impostas pela legislação, indo mais além na sua avaliação porque lhe incumbe verificar também a eficiência da Administração Pública.

Caberá ainda ao Tribunal de Contas e ao Congresso Nacional examinar, com periodicidade anual, os relatórios de desempenho dos contratos que lhes serão encaminhados pelo Órgão Gestor responsável pela Parceria.

Isso tudo não afasta a aplicação dos dispositivos da Constituição referentes a controle (político, financeiro, administrativo e judicial), nem dos contidos nos arts. 30 da Lei 8.987/95²⁰ e 36 da Lei 9.074²¹, sobre controle pelo poder concedente e controle popular

²⁰ Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

²¹ Art. 36. Sem prejuízo do disposto no inciso XII do art. 21 e no inciso XI do art. 23 da Constituição Federal, o poder concedente poderá, mediante convênio de cooperação, credenciar os Estados e o Distrito Federal a realizarem atividades complementares de fiscalização e controle dos serviços prestados nos respectivos territórios.

exercido, como direito, pelo usuário do serviço, conforme previsto no art. 7 da Lei 8987²². Como também não afasta o controle exercido pelo Ministério Público.

No caso de Minas Gerais, a Unidade PPP atendendo à solicitação da Corte do TCE/MG, encaminha ao tribunal as informações e documentos relativos ao exercício daquele ano, mediante Termo de Referência que explicita o Programa Estadual de Parcerias Público Privadas e todo o arranjo de processos, avaliações, garantias, etc., que o mesmo implica. Recebida a documentação é autuado um processo e distribuído aleatoriamente a um dos conselheiros. A instrução do processo é feita por órgãos de fiscalização, iniciando-se pelos agentes de fiscalização, chefia e diretoria técnica, que elaboram um relatório indicando a obediência às normas legais e opinando pela regularidade ou não do Projeto.

O Conselheiro relator deverá proceder a uma análise inicial e determinará a manifestação dos órgãos técnicos (assessoria jurídica, de engenharia ou de economia) a qual servirá de subsídio para a determinação da regularidade ou não dos atos praticados, elaborando um relatório do processo e apresentando seu voto de mérito para ser apreciado em sessão do pleno.

A Lei Complementar N°101/08 e o Regimento Interno do TCMG, de acordo com a Resolução 10/96, asseguram que, em caso de irregularidade, é fixado um prazo à

²² Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente.

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

Administração e aos gestores ou ordenadores da despesa para que adotem providências no sentido de regularizar a matéria.

Após a análise das justificativas apresentadas ocorre o julgamento final que, se for de ilegalidade, poderá ocasionar, ainda, aplicação de multa pecuniária ao responsável, além de remessa de cópia à Assembléia Legislativa e ao Ministério Público, na hipótese da ocorrência de indícios de práticas criminosas.

Do julgamento de ilegalidade, tem os interessados o direito de recorrer, obedecidas as normas e critérios prescritos na legislação e no Regimento Interno.

Por fim, que haverá necessidade de autorização legislativa para a hipótese de concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública.

5.2.1 – Controle Social:

Outra importante modalidade de controle é o controle social. Qualquer cidadão pode suscitar o controle da Administração para punir o agente que haja incidido em abuso de autoridade. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas.

A Lei Federal das PPP's fez a previsão do exercício do controle social através da consulta pública à minuta de edital da Parceria, realizada mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá dar as informações básicas para o certame que se pretende efetivar. Tal instrumento garante a transparência dos procedimentos e decisões das atividades administrativas ora apresentadas.

5.2.2 – Controle exercido pelo Ministério Público

A função de controle da Administração Pública exercida pelo Ministério Público como atividade de fiscalização, na prevenção, apuração e investigação dos procedimentos relativos ao projeto, procura preservar os diversos atos de todas as instituições envolvidas na evolução da PPP. O objetivo desse controle é fixar as bases normativas que o tornam possível, bem como sistematizar e discutir criticamente os diversos problemas jurídicos que tal controle pode suscitar.

5.2.2.1- A experiência no Estado de Minas Gerais

Vale destacar que o Estado de Minas Gerais teve atualmente a interferência do Controle exercido pelo Ministério Público no Projeto de Parceria Concessão Administrativa do Complexo Penitenciário de Segurança Máxima que sustenta que tal iniciativa seria desprovida de respaldo legal, pois, segundo seu entendimento, a “privatização do sistema penitenciário estadual” é incompatível com a indelegabilidade dos serviços públicos inerentes ao exercício do poder de polícia. Também aponta irregularidades no procedimento devido ao comprometimento da supremacia do interesse público sobre o privado, a possibilidade de obtenção de lucro pelo particular, a contratação de mão de obra sem concurso público e a inconveniência de se instituir um sistema penitenciário funcionando em paralelo com o público já existente.

Contudo, como demonstra o Procurador Chefe da Procuradoria de Obrigações da AGE, o Edital e o contrato a ser adjudicado não se tratam de “privatização do sistema penitenciário estatal”, mas a parceria versa sobre a concessão de atividades operacionais e gerenciais de um complexo penitenciário, além de sua própria construção. Essa nova concepção não pressupõe a delegação do poder de polícia, como interpretou equivocadamente o MP.

Inicialmente, tem-se que a função jurisdicional será soberanamente exercida pelo Poder Judiciário, que, observando-se o devido processo legal, aplicará a legislação penal. O

modelo definido no Edital impugnado preserva as atribuições a serem exercidas pelo Estado, por seus agentes e servidores diretos. A autoridade será exercida pelo Poder Público e não pelo particular, assim como as atribuições que acarretem contenção ou restrição de direitos. A delegação alcança tão somente atos materiais que sucedem a atividade jurisdicional e é destituída de atribuição de poder que invista o particular em qualquer supremacia ensejadora de desequilíbrio entre os administradores.

Quanto a controvérsia acerca da alegada burla do concurso público, cumpre esclarecer que não tem aplicação no caso presente. Ora, se os atos materiais que sucedem os atos jurisdicionais e de poder de polícia reservados ao Poder Público é que são objeto de delegação, por certo a concessionária legitimamente se submete ao regime privado para a contratação de pessoal para a execução do serviço.

Tal questão ainda não teve a decisão de seu mérito, mas de qualquer forma, é demonstrado que o MP é um órgão apto a, em qualquer momento, interferir no andamento dos Projetos do Programa Estadual de Parceria Público Privada e zelar pelo interesse público.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, é possível concluir que as Parcerias Público Privadas, de acordo com suas diretrizes legais, representam um aprimoramento das ferramentas contratuais da Administração Pública. A atuação do Estado acaba por ser expandida devido à colaboração do ente privado.

A criação das PPP's possibilitou a existência de duas novas espécies de concessão no país: a de serviços públicos propriamente dita (Concessões Comuns), e a concessão de "empreendimentos públicos", que trata-se da Concessão Administrativa prevista na Lei de PPP, em que o Estado é o usuário dos serviços prestados por um particular.

Ainda é possível verificar que as Concessões Patrocinadas, também constantes na legislação de PPP's, tratam-se na verdade de uma subcategoria das Concessões de Serviço

Público, uma vez que há previsão expressa de aporte de subsídios pelo Poder Público sobre tarifas cobradas dos usuários, assegurada por meio de garantias ao concessionário contra eventual falta de pagamento do patrocinador, no longo prazo do contrato.

A formalização da contratação das PPP's depende da interveniência de estruturas orgânicas especialmente constituídas no âmbito das esferas administrativas. Adotou-se por esse motivo a idéia de um "Programa de PPP", que tem como pilar o planejamento e a escolha criteriosa de projetos sob esse enfoque. Salienta-se a atuação de uma estrutura de apoio e assessoramento técnico, que em Minas Gerais é representada pela Unidade PPP-MG.

A Unidade PPP-MG é um órgão extremamente estratégico que tem por atribuição vincular a Unidade Setorial de uma Secretaria executiva de Estado ao CGP, que é a entidade capaz de aprovar o projeto de PPP. Também cabe à Unidade PPP acordar o projeto com as diretrizes, os princípios e as normas presentes na legislação, avaliando a viabilidade econômica do mesmo. Também deverá ser considerado o impacto de sua instituição sobre o estoque de garantias disponíveis e sua adequação com as políticas públicas estabelecidas, que são submetidos à análise do CGP por meio da Unidade PPP.

No caso de Minas Gerais, os Projetos de PPP mais adiantados são: a) a Reparação da Rodovia Estadual MG-050, que encontra-se em fase bastante adiantada, faltando a finalização da execução de poucas obras para que a tarifa já seja cobrada do usuário; b) a construção e gestão predial de uma Penitenciária de Segurança Máxima localizada em Ribeirão das Neves, que já está no início do procedimento licitatório; c) os estudos preparatórios para a realização de PPP's destinadas à construção do campus da UEMG; d) o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) que foi apresentado pela unidade setorial da Secretaria de Transportes e Obras Públicas de Minas Gerais, em que estão sendo apresentados ao mercado 16 lotes rodoviários, incluindo estradas estaduais e federais em processo de transferência ao Estado. Com o lançamento do PMI, o Governo de Minas identificará o modelo mais viável, do ponto de vista técnico, econômico e social, para a recuperação e a busca de excelência na gestão dos transportes; e) e por fim, o Procedimento

de Manifestação de Interesse (PMI) que objetiva viabilizar a participação de interessados em contribuir com projeto de implantação, gestão, operação e manutenção de 06 (seis) Unidades de Atendimento Integrado (UAI) no Estado de Minas Gerais, em parceria com a iniciativa privada, distribuídas nos Municípios de Betim, Governador Valadares, Montes Claros, Uberlândia, Uberaba e Varginha, promovendo-se o acesso dos cidadãos beneficiários a serviços públicos eficientes, com base em uma metodologia replicável de gestão integrada de unidades de atendimento, tendo-se em vista as disposições fixadas nos documentos anexados a este instrumento e observando-se os termos do Decreto Estadual nº 44.565, de 03 de julho de 2007.

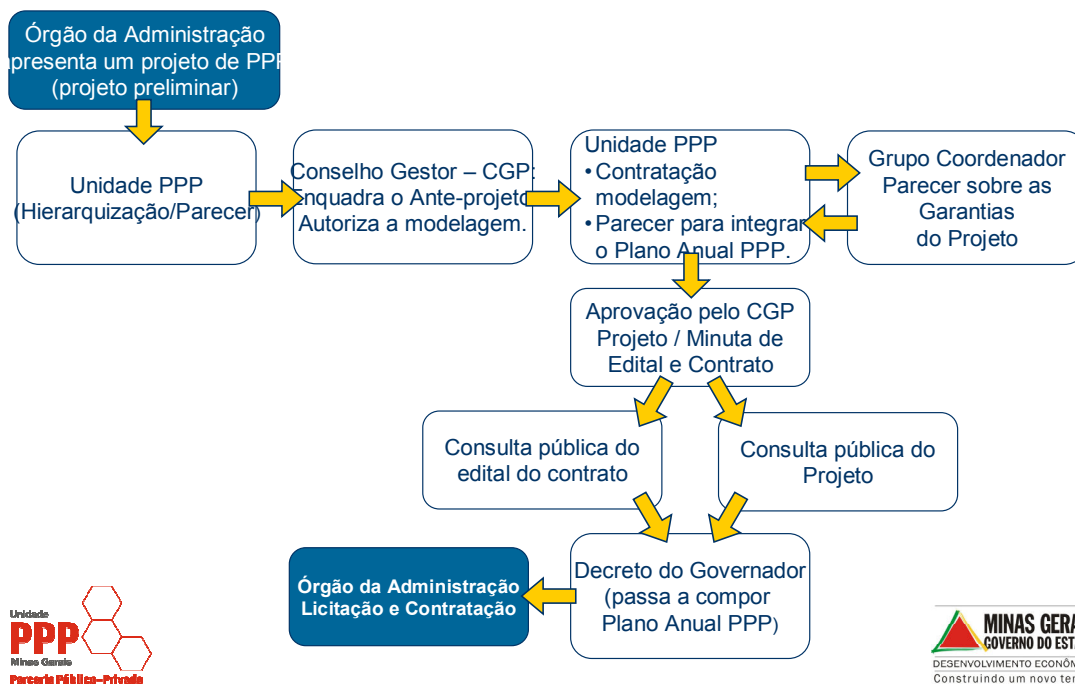
Por fim, conclui-se que em um período de estrangulamento de recursos públicos e saturação das demandas sociais, esses novos arranjos contratuais, representados pela Parceria Público Privada, sinalizam-se como uma boa alternativa de investimento, uma vez que a atuação do ente privado torna-se disciplinada pelo ente público, e passa a ser de interesse das duas esferas agir com a maior eficiência possível, diminuindo os gastos, aumentando a rapidez e buscando a qualidade.

Por outro lado a atuação reguladora do Estado deve ser intensificada pelo controle interno e externo fazendo com que as contas e ações da Administração Pública estejam sempre em adequação com o pretendido e acordado. Além disso é importante destacar o papel dos controles social (exercício da cidadania) e do MP.

O atual momento vivido pela Administração Pública, sobretudo sob a égide do Estado Democrático de Direito, é de grande importância para todos nós cidadãos. A atual conjuntura demanda novos desafios, novos moldes, legislações. O instituto de PPP surge neste contexto em que se almeja um estado sobretudo eficiente. O Estado adequado é aquele que tem capacidade e agilidade para construir parcerias e para enfrentar de forma adequada os desafios que temos pela frente. É o que se espera deste novel instituto.

6- ANEXO A

A Unidade PPP e sua função dentro do Programa Mineiro de PPP



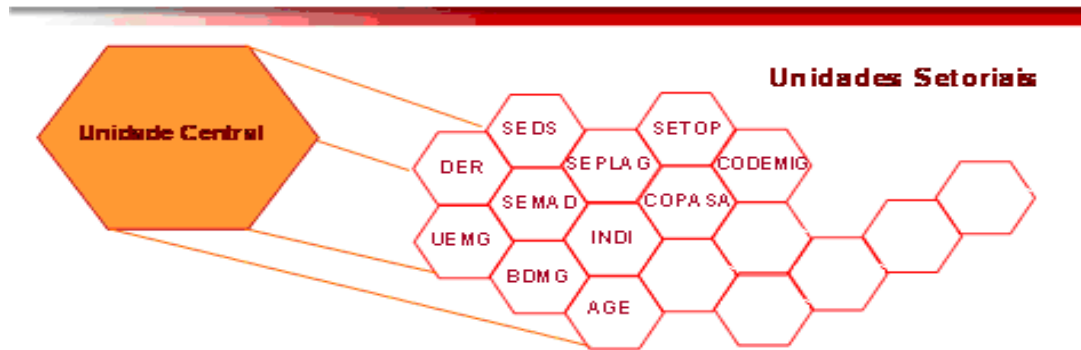
Fonte: Arquivo de apresentações da Unidade PPP/MG.

7- ANEXO B



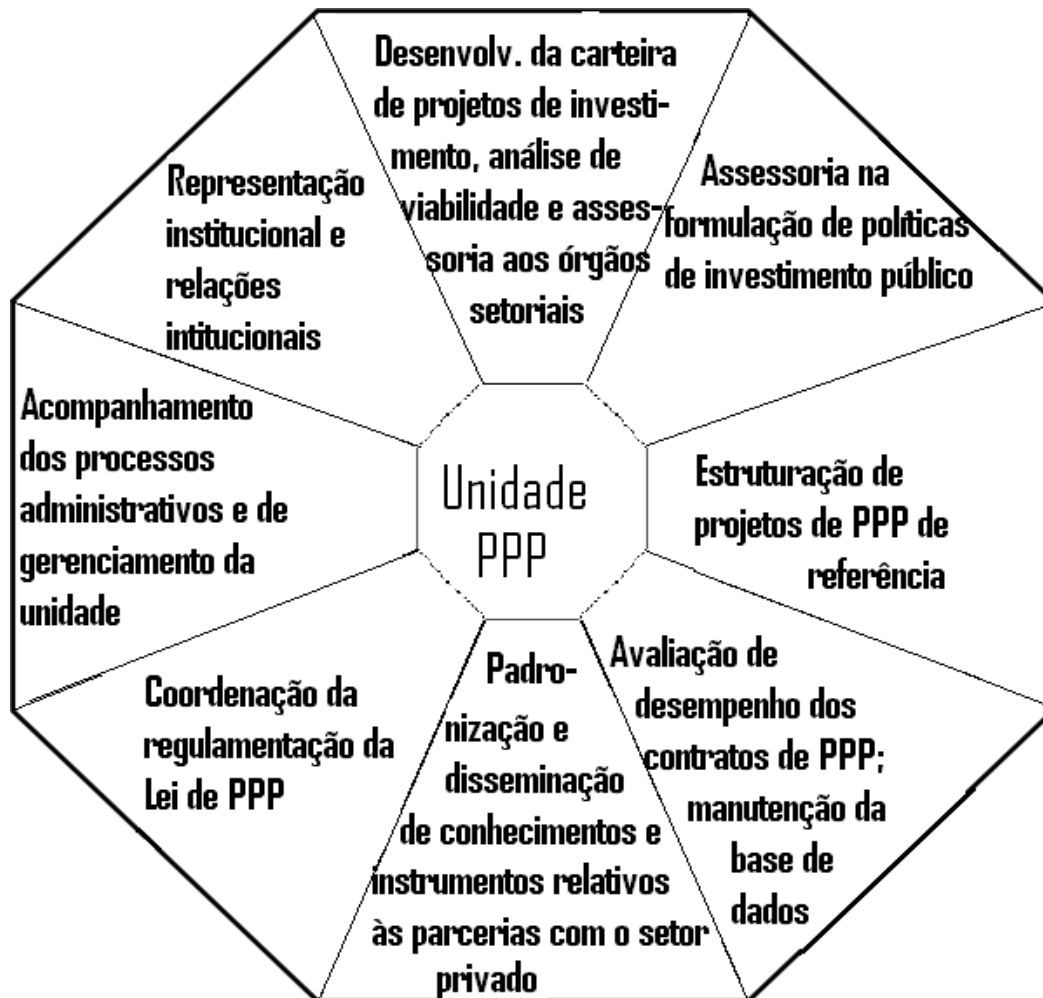
Fonte: Arquivo de apresentações da Unidade PPP/MG.

8- ANEXO C

A Unidade PPP-MG

Fonte: Arquivo de apresentações da Unidade PPP/MG.

9- ANEXO D



Fonte: RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada. Editora Malheiros. São Paulo, 2007

10- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Rubens Teixeira. Programas de Parceria Pública: PPP e Privatizações. Revista Euromoney, Maio de 2002.
- ARAGÃO, Alexandre. As Parcerias Público Privadas no Direito positivo Brasileiro. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº2. Salvador/BA, 2005.
- ARAGÃO, Joaquim; BRASILEIRO, Anísio; LIMA NETO, Oswaldo; MAIA, Maria Leonor; MARAR, José Ricardo; ORRICO FILHO, Rômulo; RODRIGUES, Carlos Alceu; SANTOS, Enilson. Parcerias Sociais para o Desenvolvimento Nacional e fatores críticos para seu sucesso. Editora UFRN. Natal/RN, 2004.
- CASTRO, Dayse Starling Lima Castro. Direito Público. Coletânea de Artigos dos Especialistas em Direito público pelo IEC/PUC Minas, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 4ª Edição, Editora Aide. Rio de Janeiro/RJ, 1996.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2ª Edição, Editora Saraiva, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20ª Edição, Editora Maleiros, São Paulo, 2006.
- PAZIN, Jorge Antônio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A Nova Definição de Parceria Público Privada e sua Aplicabilidade na Gestão de Infra-Estrutura Pública. V. 10, Revista do BNDES, nº 20, Rio de Janeiro, 2003.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 20ª Edição. Editora Atlas. São Paulo, 2007.

- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Parcerias na Administração Pública. 5ª Edição, São Paulo, Editora Atlas S.A., 2006.
- PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. Radiodifusão: O controle estatal e social sobre suas outorgas. Editora Mandamentos. Belo Horizonte/MG, 2004.
- RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada. Editora Malheiros. São Paulo, 2007.
- SILVA, Marco Aurélio de Barcellos. Aspectos Metodológicos e conteúdo Jurídico das Parcerias Público Privadas - PPP: Um Aprimoramento do Modelo Contratual da Administração. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado, nº9. Salvador/BA, 2007.
- SOUZA, Mariana Campos de. E Autores. Parceria Público-Privada: Aspectos Jurídicos Relevantes. Editora Quartier Latin do Brasil. 2008. São Paulo-SP.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias Público-Privadas. Editora Malheiros. 2008.
- Cooperação Técnica Não Reembolsável ATN/MT-8724BR. Programa de Associação Público Privada (APP) do Estado de Minas Gerais.
- Revista do Tribunal de Contas do estado de Minas Gerais. Ano XXIII, nº 3, 2005.
- Lei Estadual 14.868 de 16 de dezembro de 2003.
- Lei Federal 8.666 de 21 de junho de 1993.
- Lei Federal 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.
- Lei Federal 11.079 de 30 de dezembro de 2004.