

PARCERIA PÚBLICO PRIVADA

O novo Modelo Gerencial do Estado. Da outorga dos serviços públicos a particulares: o Princípio da Eficiência e a Discussão sobre Permissões e Concessões, e Contratos de Gestão com as Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público¹

Wilson Roberto MATEUS²

RESUMO

O artigo em tela oferece uma reflexão sobre o instituto da Parceria Público-Privada como novo modelo gerencial das atividades estatais, as quais se atribuem a entidades não-estatais como as OSCIPs e outras organizações sociais, por meio de mecanismos legais como a permissão, a concessão e os contratos de gestão; para tanto, discute o princípio da eficiência como orientador destas medidas administrativas.

Palavras-chave: Parceria Público-Privada, concessão, princípio da eficiência.

ABSTRACT

The article in screen offers a reflection on Public-Private Partnership institute as new managerial model of the state activities, which are attributed to non-state entities as OSCIPs and other social organizations, through legal mechanisms as the permission, the concession and the administration contracts; whereas, it discusses the principle of the efficiency as advisor of these administrative measures.

Keywords: Public-Private Partnership, concession, principle of efficiency.

INTRODUÇÃO

O Estado existe com o objetivo de proporcionar o bem comum³. Mas evidente, a

dificuldade se faz quando se indaga o que seja o bem comum...

Em determinado momento histórico, entendeu-se que o Estado deveria deixar o indivíduo livre para

⁽¹⁾ Palavras-chave / Key-words= parceria, concessão, gestão, gerencial, Estado.

⁽²⁾ O Autor é Responsável por Equipe Técnica do E.TCESP – Regional Campinas, Advogado, Especialista em Direito Constitucional, Professor da Faculdade Comunitária de Campinas, de Direito Constitucional das Faculdades de Valinhos e do Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo da PUC-Campinas.

⁽³⁾ "Procedendo-se a uma síntese de todas essas idéias, verifica-se que o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana". Dalmo de Abreu Dallari. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo: Saraiva, 2003, p.107.

desenvolver-se, voltando-se única e exclusivamente para a atividade de controle da ordem interna e de invasão externa. Era o Estado Policial, ou Liberal⁴.

O Estado Liberal resultante da ascensão política da burguesia, se organizou de maneira a ser o mais fraco possível, caracterizando-se como o Estado mínimo ou o Estado Policial, com funções restritas quase que à mera vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas⁵.

O modelo econômico do liberalismo se relaciona com a idéia de propriedade, do individualismo econômico e do sistema de livre empresa ou capitalismo. Seus pilares têm sido a propriedade privada e uma economia de mercado livre de controles estatais.

No modelo liberal, o que há, efetivamente, é uma exclusão da atuação estatal interventiva frente ao processo econômico.

Este modelo liberal, evidentemente, capitula ao fato de que os indivíduos não são iguais, mas todos fazem parte do Estado, o que veio a trazer grandes e nefastas distorções sociais.

Nesse processo histórico, a transformação do Estado Liberal em Intervencionista dá-se pelo fato de ter sido considerada a venda da força de trabalho como a venda de qualquer mercadoria, certo que a bem da verdade, o trabalhador não vende sua força de trabalho porque quer, mas por ter de utilizá-la para sua sobrevivência, tendo que aceitar as condições de trabalho impostas pelo poder econômico. Ademais, como a quantidade de mão-de-obra é sempre mais numerosa e pulverizada no mercado do que o capital, este leva vantagem no ato de contratar⁶.

Em consequência ao conflito, advém desse processo chamado *Welfare State*, ou Estado do bem-estar social – emergindo a partir das grandes guerras e das crises da década de 1930.

À vista disso pode-se caracterizar este modelo de Estado como aquele que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político.

Assim, nessa breve apreciação histórica, podemos entender a motivação do Estado em estar presente em diversas áreas, não somente naquelas

entendidas como próprias, mas também aquelas impróprias, que normalmente seriam tocadas à iniciativa privada.

Basta a simples leitura do Texto Constitucional para observar a vontade do Estado em estar sempre presente na regulação da atividade econômica:

“Art.173 Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

...

Art.174 Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

...

Art.177 Constituem monopólio da União:

I a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I e II deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.

...

⁽⁴⁾ Lenio Luiz Streck; José Luis bolzan de Moraes. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 46 e ss.

⁽⁵⁾ Idem, idem, p.61, lembrando o Prof. Dallari.

⁽⁶⁾ Idem, idem, p. 66.

Art.180 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico."

Parece, *a princípio*, um contraste ante às experiências de Estados controladores, ou totalitários, os quais sucumbiram com as idéias do socialismo, bem certo que hoje impera um mundo globalizado, tomado por grandes blocos econômicos e agências internacionais, mercê do ideal neoliberal.

Destarte, no Brasil, o Estado pôs-se a gerir siderúrgicas, bancos, estradas, construção de moradias, turismo e uma infinidade de outras atividades.

Há um infindável número de Autarquias, Empresas Públicas, Fundações e Sociedades de Economia Mista espalhadas por todo território nacional, criadas em todos os níveis de Poder (União, Estados e Municípios), as quais têm em sua lei de criação/estatuto a missão de destacar um serviço público, atendendo ao princípio da especialidade, ou de gerir/intervir na atividade econômica.

Vez por outra, é nítido que a manutenção destes entes estatais não surtiu os efeitos esperados para a comunidade, exceto o nocivo empreguismo e desperdício de recursos públicos, razões que contribuíram para o processo de desestatização inaugurado na década passada.

A bem da verdade, o mundo, agora globalizado, reclama por soluções rápidas e eficientes, e é de se esperar que o Estado, promotor do bem comum tenha as respostas às necessidades vitais de sua comunidade.

Esta é a visão crítica de um Estado que necessita atender às expectativas materiais da população, diga-se de passagem, com eficiência e rapidez, mas paradoxalmente, se vê impossibilitado pelas amarras do sistema burocrático da Administração Pública.

Anote-se, o sistema burocrático da Administração Pública, em especial o regime de contratos e de pessoal, além da responsabilidade fiscal, segue ritos que visam a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e pretendem a eficiência, contudo, em face de suas peculiaridades, fazem levantar críticas ferozes

de membros da própria Administração, talvez por que desejassem ter maior liberdade para escolher e contratar, tal qual se atribui ao administrador privado.

O novel diploma fiscal⁷, que também alcança a Administração Indireta⁸, impõe a redução drástica de despesas com pessoal pelos parâmetros de limites percentuais em relação à Receita Corrente Líquida (54%); e quanto às outras despesas, de qualquer natureza, acaso a receita estimada no Orçamento anual não se concretize, há expressa determinação para seu contingenciamento⁹.

Nesta esteira, de forma coercitiva, há a lei de crimes fiscais - Lei 10.028/01, e a efetiva fiscalização dos Tribunais de Contas, do Ministério Público e do Poder Legislativo, além da fiscalização popular através da ação popular.

Mas sem dúvida, a razão de todas as angústias da Administração é de natureza econômica, razão maior de vivermos um momento difícil, de pura escassez material, aliada a um Estado gigante, que pretendia ter controle sobre a ordem econômica e financeira, mas que não consegue suprir necessidades básicas, tais como as obras de infra-estrutura, necessárias para o escoamento da produção nacional, ou de saneamento básico, a fim de evitar as mazelas que atingem a sofrida saúde da população.

Neste contexto, em apelo dramático ao Congresso Nacional, com o fito de fazer aprovar a Lei que regula as Parcerias Público Privadas, as chamadas PPP's, o Executivo mencionou *que o Projeto de Plano Plurianual do Governo, encaminhado para vigorar no período de 2004 a 2007, estima a necessidade de investimentos na ordem de 21,7% (vinte e um vírgula sete por cento) do Produto Interno Bruto - PIB até 2007, como condição à retomada e sustentação do crescimento econômico do país*, o que certamente será uma missão hercúlea ante aos compromissos de natureza fiscal, sobretudo de pagamento da dívida – superávit primário.

No norte desta discussão contemporânea das Parcerias Público Privadas, razão desse nosso modesto trabalho, acrescentamos pontos no sentido desta bússola, quais sejam os contratos de gestão e a transferência de serviços públicos ao particular, por

⁽⁷⁾ Lei complementar nº 101/00, de 04.05.00 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

⁽⁸⁾ Exceção feita as empresas não dependentes

⁽⁹⁾ **Lei Complementar 101/01** "Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias".

meio das Organizações Sociais e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP's.

1. SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

O Estado, a quem comporta realizar a atividade coletiva, é uno e indivisível, pelo que possui distinção de poderes, afetos às suas funções distintas: legislativa, executiva e jurisdicional¹⁰.

- Poder Legislativo - a função legislativa tem a finalidade de editar leis de caráter abstrato, genérico, e de observância obrigatória, além da fiscalização.
- Poder Judiciário - função jurisdicional tem por escopo a solução de conflitos de interesse e aplicação coativa da lei, quando as partes não o façam espontaneamente.
- Poder Executivo - a função executiva, através de atos concretos, tende a realizar a satisfação das necessidades coletivas.

Partindo desses conceitos, lembrando que preponderantemente a administração pertence ao Executivo, passemos a analisar a questão da Administração Pública.

Administrar, genericamente, mesmo considerando a atividade privada, significa governar, dirigir, exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil.

Mas com relação à atividade pública, os conceitos são bem mais específicos.

Devemos entender a Administração Pública como a *"a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado"*¹¹.

Nas palavras do Prof. Hely Lopes Meirelles: *a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado*

*preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas*¹².

A organização da Administração Pública está regulamentada pelo Art. 37 da C.F/88:

"Art.37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:..."

De plano pode-se observar que estão sujeitos aos princípios determinados pelo Texto Constitucional a Administração Direta e Indireta, em todos os níveis (União, Estados ou Municípios¹³), além do Poder Legislativo e Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas.

Frise-se que em sentido amplo, Administração Pública é atividade preponderante do Executivo, mas não se olvide que os demais Poderes também exercem atos administrativos afetos à sua organização interna.

Não obstante os princípios explícitos e implícitos consagrados à Administração Pública, outros ainda podem ser encontrados no Texto Constitucional reclamando pelo zelo na condução da coisa pública:

"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"...

"Art.74 Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

(...)

*II comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência*¹⁴, da

⁽¹⁰⁾ **Constituição Federal/88** "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

⁽¹¹⁾ Alexandre de Moraes. Direito Constitucional, São Paulo: Atlas, 2001, p.299.

⁽¹²⁾ Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: 2000, Malheiros, p. 59

⁽¹³⁾ CF/88 "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:..."

⁽¹⁴⁾ **Eficiência significa realizar metas a um menor custo** possível...Supondo certo Município que, em determinado ano, tenha atendido 5.000 pacientes em sua rede de saúde: A eficácia perguntaria: essa foi, mesmo a meta física antes proposta (5.000 pacientes) / A eficiência perguntaria: para atender esses 5.000 pacientes não se poderia gastar menos? Conforme Flávio C. de TOLEDO Jr. e Sérgio Ciquera ROSSI. Lei de Responsabilidade Fiscal - comentada artigo por artigo, São Paulo: Editora NDJ, 1ª Edição, P.38.

gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”;

Ora, enquanto a eficácia pretende o cumprimento de metas, a eficiência, pretende a diminuição de custos para atingi-las.

Em sentido objetivo, a Administração abrange as **atividades exercidas** pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas; corresponde a função administrativa, atribuída preferencialmente aos órgãos do Poder Executivo¹⁵.

Destarte, Administração Pública, em sentido subjetivo, como o **conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas** aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado¹⁶.

Assim, nos termos do Decreto-Lei nº 200, de 25.02.67, com redação dada pela Lei 7.596, de 10.04.87:

- A administração federal compreende - a administração direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;
- A administração indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:
 - Autarquias
 - Empresas públicas
 - Sociedades de economia mista
 - Fundações públicas

No dizer de Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁷, dissertando sobre o princípio da especialidade, afirma que o estado cria pessoas jurídicas públicas administrativas, como forma de descentralizar a prestação de serviços públicos, com vistas à especialização de função, certo que a lei que cria a entidade estabelece com precisão as finalidades que lhe incumbem atender, de tal modo que não cabe aos seus administradores afastar-se dos objetivos definidos na lei.

Evidentemente, em que pese a criação de entidades específicas para a consecução de objetivos próprios, descentralizando-se a Administração, ainda assim, não há possibilidade de desvincular-se do regime

de contratos regulados pela Lei 8666/93, com prévio certame licitatório, e o mesmo se diga à contratação de pessoal, que deverá obedecer a prévio certame público e regular motivação para dispensa, sem esquecer dos ditames da lei fiscal.

Nestes aspectos, em que pese a descentralização administrativa, residem os mesmos contornos burocráticos existentes no poder central.

2. AUTORIZAÇÃO - PERMISSÃO - CONCESSÃO

O Estado, entendendo que nem sempre consegue bem servir a coletividade, poderá transferir ao particular por meio de concessão ou permissão, uma atividade ou serviço público.

É a mudança do conceito de Estamento Burocrático para o Estado Gerencial.

Estabelece o Texto em seu Art.175:

“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Primeiramente, é preciso fazer uma distinção entre autorização, permissão e concessão.

Na autorização, o interesse é próprio ao particular, cabendo à Autoridade autorizá-lo, ou seja, não é um serviço público típico, mas cabe à Administração conhecê-lo e autorizá-lo. É o exemplo da autorização de transporte por meio de táxi, a qual como os congêneres, têm o controle e fiscalização do Poder Público, mas prescindem de licitação.

Entre a permissão e a concessão também há diferenças.

A primeira tende a ser precária e dispensar termo contratual, podendo ser revogado a qualquer momento pela Administração por razões de interesse público. A permissão presta-se à execução de serviços ou atividades transitórias, ou mesmo permanentes, mas que exijam frequentes modificações para acompanhar a evolução da técnica ou das variações do interesse público, não gera privilégios, nem assegura exclusividade ao permissionário; é ato precário, mas que não permite a substituição do permissionário sem prévia autorização¹⁸.

⁽¹⁵⁾ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 58 e ss.

⁽¹⁶⁾ Idem, p. 62.

⁽¹⁷⁾ Idem, p. 72.

⁽¹⁸⁾ Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2000, p.366 e ss.

Já nos casos de concessão, não há precariedade, pois nestes casos tende-se a haver maiores investimentos por parte do concessionário.

Contudo, a Permissão e a Concessão, são reguladas pela Lei 8987/95, precedidas necessariamente de licitação, e têm por escopo:

- *Regência pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas indispensáveis aos contratos.*
- *A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação, buscando atender às peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.*
- *Considera-se:*
 - *Poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;*
 - *Concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;*
 - *Concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;*
 - *Permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.*
- *As concessões e permissões sujeitam-se à fiscalização pelo poder concedente respon-*

sável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

- *A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos da lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.*
- *A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada.*

Uma questão interessante que deve ser frisada quanto às concessionárias e permissionárias de serviço público é que em se tratando de **entidades privadas**, embora exerçam uma atividade delegada pelo poder público, não perdem tal característica para efeitos de fiscalização pelos Tribunais de Contas.

Ou seja, a princípio, **os valores arrecadados** por concessionárias e permissionárias não devem sofrer a fiscalização dos Tribunais de Contas.

É o que se extrai da leitura do Texto Maior:

Art.70 A fiscalização...

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

Assim, vale dizer que a concessão em si, por meio de licitação, e a execução contratual sofrerão o crivo e análise dos órgãos de controle externo – Poder Legislativo, Tribunal de Contas e Ministério Público; bem assim, o estabelecimento de tarifas, que devem ser módicas, e a exigência do cumprimento das cláusulas pactuadas pertencem ao poder concedente (Executivo).

Exemplo do exercício do controle externo é a verificação do cumprimento contratual pela construção de pontes, faixas de rolamentos e passarelas por empresa concessionária de estrada pedagiada, com a possibilidade de imposição de multas ou acionamento dos órgãos competentes, mormente Ministério Público e Legislativo.

Contudo, sobre os valores auferidos, seja pelo pagamento direto do usuário ou pelo órgão concesso, a concessionária / permissionária tem o livre domínio e distribuição de lucros ao seu arbítrio, tal qual empresa

que lança produto no mercado e, ao vendê-lo, reparte o lucro entre seus sócios.

Assim, neste tocante não há interferência dos órgãos de controle interno.

Por fim, também deve ser dito que as concessões e permissões são controladas diretamente pelo Estado, ou ainda, por meio das Agências Reguladoras, as quais têm natureza jurídica de Autarquia ou Fundação.

3. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E OSCIP'S

Após o advento da Reforma Administrativa (Emenda 19/98), o legislador procurou um novo modelo, buscando a experiência do administrador privado na condução dos negócios, além do seu livre trânsito de amarras próprias do regime público, mas com o fito de proporcionar à sociedade serviços de melhor qualidade.

Reza o Texto Constitucional:

Art.241 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Nesta esteira foram editadas as Leis nº 9637, de 15.05.98, disciplinando as Organizações Sociais, e nº 9.790, de 23.03.99, que disciplina a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

Tomando apontamentos da Profª Zanella Di Pietro¹⁹, temos as seguintes características das Organizações Sociais (OS):

- Pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos;
- Criada por particulares, deve habilitar-se perante a Administração Pública, para obter a qualificação de organização social; ela é

declarada como *entidade de interesse social e utilidade pública*;

- Atua nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde;
- Seu órgão de deliberação superior tem que ter representantes do Poder Público e membros da comunidade;
- As atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da OS são definidas por meio do **contrato de gestão**, o qual irá estipular programa de trabalho e metas a ser atingidas, inclusive prazos de execução e critérios objetivos de avaliação;
- A execução do contrato de gestão será supervisionada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada;
- O fomento pelo Poder Público poderá abranger destinação de recursos orçamentários e bens necessários ao cumprimento do contrato de gestão; cessão de servidores; dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços celebrados entre a Administração e a OS.
- Desqualificação como OS no caso de descumprimento.

Primeiramente, é necessário dizer que Estados e Municípios poderão editar normas próprias para qualificação de entidades como Organizações Sociais, contudo, de boa técnica seguindo o padrão geral imposto pela Legislação Federal.

Quanto à fiscalização das Organizações Sociais, no Estado de São Paulo, o E. Tribunal de Contas do Estado já editou normas específicas para levar a efeito as auditorias, por meio das Instruções nº 1 (Área Estadual) e nº 2 (Área Municipal)²⁰.

Do novo modelo de gestão, de nossa parte temos pela experiência profissional, algumas restrições.

⁽¹⁹⁾ Obra citada, p.410 e ss.

⁽²⁰⁾ Instruções nº 2 - TCE-SP - disponíveis no endereço www.tce.sp.gov.br

"Artigo 199. As prestações de contas abrangerão o total dos recursos recebidos do Poder Público, incluindo o resultado de sua aplicação financeira, comprovado por extratos e/ou documentos bancários.

Artigo 200. Os documentos de receitas e despesas referentes à comprovação da aplicação dos recursos de origem pública, após contabilizados, ficarão arquivados na organização social, separadamente dos relativos a outras fontes de recursos financeiros, à disposição deste Tribunal".

Não raro, as Organizações Sociais são criadas no afogadilho, de última hora, por vezes por membros da própria Administração, havendo uma íntima relação entre a nova entidade e o Poder Público, eis que na verdade é uma verdadeira extensão deste, tal qual verdadeira autarquia ou fundação, agora sob nova roupagem jurídica.

Em tais situações há nítido caráter de prejuízo à exigência e controle do cumprimento de metas estabelecido no Contrato de Gestão, pela falta de independência e desapego ao princípio da moralidade, sem olvidar que a situação permite a fuga do controle pela Lei de Responsabilidade Fiscal, do necessário certame público para admissão de pessoal e despesas / contratações mediante licitação, não obstante a Organização Social sobreviva do envio de repasses orçamentários.

As OS's se servem para mitigar o papel do Estado, por vezes anulando ou estimulando a extinção do órgão antecessor que prestava o serviço público.

Humildemente, não estamos sozinhos nesta crítica, eis que a eminente juspublicista Prof^a Zanella Di Pietro, chama tais Organizações de *entidades constituídas ad hoc...entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria...viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o poder público*²¹.

Já no que diz respeito a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, as chamadas OSCIP's, criadas pela Lei 9790/99, têm conceito muito semelhante ao da organização social, mas desempenham verdadeiro papel de parceria.

As OSCIP's, tal qual as OS's, têm sua constituição regida pelo novo Código Civil, qual seja:

"Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

(...)

Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterá:

I - a denominação, os fins e a sede da associação;

II - os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;

III - os direitos e deveres dos associados;

IV - as fontes de recursos para sua manutenção;

V - o modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos e administrativos;

VI - as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução".

Destarte, assim como a Organização Social, a OSCIP também é entidade privada, sem fins lucrativos e que receberá a qualificação pelo Poder Público, uma vez preenchidos os requisitos legais.

Por diferenças, nas OS's o intuito é que assumam determinadas atividades desempenhas, como serviços públicos, por entidades da Administração Pública, chegando a justificar a própria extinção do órgão público; **na OSCIPs, a qualificação da entidade não afeta a existência ou atribuições dos órgãos da Administração**, e além disso, a entidade deve ter existência legal (exige-se apresentação de demonstrativos contábeis e fiscais), evitando que entidades fantasmas, sem qualquer patrimônio e sem existência real, venham a pleitear o benefício²².

*"Trata-se, no caso, de real atividade de fomento, ou seja, de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado não está abrindo mão de serviço público (tal como ocorre na organização social) para transferi-lo à iniciativa privada, mas fazendo parceria, ajudando cooperando com entidades privadas que, observados os requisitos legais, se disponham a exercer as atividades indicadas no artigo 3º, por se tratar de atividades que, mesmo sem a natureza de serviços públicos, atendem a necessidades coletivas".*²³

Cabe ressaltar que por expressa determinação na Lei, as OSCIP's sofrerão a fiscalização dos órgãos de controle externo, por excelência, dos Tribunais de Contas.

⁽²¹⁾ Obra citada, p. 412.

⁽²²⁾ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, obra citada, p.414 e ss.

⁽²³⁾ Idem, p.415.

Evidentemente, tanto no caso das OSCIP's como no caso das Organizações Sociais, a fiscalização pelos Tribunais de Contas será mitigada, eis que na verdade, reduzir-se-ão ao estabelecido pelo contrato de gestão, no que diz respeito à transferência de bens e valores públicos.

Outra questão interessante guarda a crítica lançada na obra do mestre Hely Lopes Meireles, para quem o contrato de gestão, não é um *contrato* propriamente dito, eis que não revela interesses divergentes, tratando-se sim de um **acordo operacional**, pelo qual a Administração estabelece uma meta a ser cumprida pela entidade privada, a qual irá fazer jus à destinação de verbas próprias²⁴.

4. PARCERIA PÚBLICO PRIVADA - PPP

a) O que é PPP?

Todos os que se prestaram a comentar sobre as PPP's são unânimes em afirmar que surgiram na Inglaterra, sob o Governo de Margareth Thatcher (1992), como forma de investimento público, quando não se tem capital para investir. Os investimentos naquele país estariam totalizando mais de US\$ 50 bilhões.

Naturalmente, o berço das PPP's é também o berço do neoliberalismo, política para a qual o Estado deve ser mínimo.

Fala-se que em Portugal o primeiro projeto foi lançado em 1993 (Central Termelétrica do Pego) – com investimentos de 875 milhões de euros.

Outros países que estão implantando as PPP's seriam o Japão Austrália, Canadá, México, África do Sul, Alemanha, Holanda e Islândia.²⁵

Por justificativa está a falta de recursos públicos para financiamento de obras de infra-estrutura, e o retorno econômico e/ou social seria maior do que o retorno financeiro do projeto de infra-estrutura, já que o pagamento de tarifas não é suficiente para cobrir todos os custos das obras.

Assim, por objetivo tem-se a participação de capital privado para investimentos em infra-estrutura, gerando benefícios para ambos os lados.

O setor privado realiza o serviço e recebe por isso, seja diretamente do usuário ou por complemen-

tação; e o setor público viabiliza a prestação do serviço, incentivando a geração de produto, emprego e renda, minimizando e diferindo o impacto de investimentos.

No Brasil, a parceria público privada será regida por lei própria, aplicando-se a lei de licitações e contratos e a lei de concessões e permissões.

A propósito, entre a atual legislação de concessões e permissões e as PPP's, diz respeito que naquelas podem ser concedidas, mediante licitação, obras e serviços que já existem e são prestados, a exemplo de uma rodovia pedagiada, conquanto no novo modelo, a iniciativa pressupõe investimento por parte do parceiro privado, o que afasta a possibilidade de recair sobre obras e serviços já existentes²⁶.

Tomando emprestados os conceitos debatidos no Congresso Nacional, agora no Projeto de Lei nº10, junto ao Senado Federal, considera-se contrato de parceria público-privada o acordo firmado entre a administração pública e entes privados, que estabeleça vínculo jurídico para implantação ou gestão, no todo ou em parte, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público, em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, ao parceiro privado, observadas as seguintes diretrizes:

- Eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- Respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- Indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional e do exercício de poder de polícia;
- Responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- Transparência dos procedimentos e das decisões;
- Repartição dos riscos de acordo com a capacidade dos parceiros em gerenciá-los; e
- Sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas do projeto de parceria.

E mais, poderá ser objeto de parceria público-privada:

(24) Obra citada, p. 250.

(25) Revista Jurídica consulex, Ano VIII, nº 185 – 30.09.04, p. 22 e ss.

(26) Régis Fernandes de Oliveira, disponível em <http://www.revistaautor.com.br/artigos/37ext1.htm>

- A delegação, total ou parcial, da prestação ou exploração de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública;
- O desempenho de atividade de competência da administração pública, precedido ou não da execução de obra pública;
- A execução de obra para a administração pública;
- A execução de obra para sua alienação, locação ou arrendamento à administração pública;
- E mais, nas concessões e permissões de serviço público, a Administração poderá oferecer ao parceiro privado contraprestação adicional à tarifa cobrada do usuário, ou, em casos justificados, arcar integralmente com sua remuneração;
- Nas hipóteses de execução de obra, ao término da parceria público-privada, a propriedade do bem móvel ou imóvel caberá à administração pública, independentemente de indenização, salvo disposição contratual em contrário.

Está estabelecido como cláusulas necessárias dos contratos:

- Prazo de vigência compatível com a amortização dos investimentos realizados, limitado a trinta anos;
- **As penalidades aplicáveis à administração pública e ao parceiro privado para a hipótese de inadimplemento das obrigações contratuais;**
- **As hipóteses de extinção antes do advento do prazo contratual, bem como os critérios para o cálculo e pagamento das indenizações devidas;**

A contraprestação da administração pública poderá ser feita:

- Pagamento em dinheiro;
- Cessão de créditos não tributários;
- Outorga de direitos em face da administração pública;
- Outorga de direitos sobre bens públicos;
- Outros meios admitidos em lei;
- Os contratos poderão prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho na execução do

contrato, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade previamente definidos;

- **A liberação dos recursos orçamentário-financeiros e os pagamentos efetuados para cumprimento do contrato com o parceiro privado terão precedência em relação às demais obrigações contratuais contraídas pela administração pública;**

Sobre as garantias, chama por demais a atenção

que,

- **Será admitida a vinculação de receitas e instituição ou utilização de fundos especiais.**
- A União poderá integralizar recursos em Fundo fiduciário de Incentivo às Parcerias Público Privadas criado por instituição financeira, cuja integralização poderá ser realizada com dotações consignadas no orçamento, transferência de ativos não financeiros e transferência de bens móveis e imóveis. Ressalve-se que a integralização de recursos mediante transferência de ações de companhias estatais não poderá acarretar a perda do controle acionário da União.
- Estados, Municípios e o Distrito Federal poderão, mediante lei específica, autorizar a integralização de fundos fiduciários.

A parceria público-privada deve ser precedida de licitação na modalidade concorrência, observando-se:

- A submissão da licitação e do contrato serão à lei da PPP;
- A concorrência será promovida no regime de pré-qualificação;
- O edital poderá exigir -
 - Garantias de proposta e de execução de contrato superiores às estabelecidas na legislação em vigor, desde que compatível com o ônus decorrente do seu descumprimento;
 - Que o licitante apresente promessa de financiamento, por empresas ou instituições financeiras que atendam aos requisitos de solidez e segurança definidos no edital;
 - Que o licitante constitua sociedade de propósito específico para implantar ou gerir seu objeto, bem como a adoção de contabilidade e demonstração financeira padronizadas;

- Prever que o licitante vencedor deva ficar encarregado da elaboração do projeto pertinente ao objeto da licitação ou admitir a apresentação de projeto alternativo no procedimento licitatório;

- **Facultar a adoção da arbitragem para solução dos conflitos decorrentes da execução do contrato.**

Dos tópicos colocados em relevo, temos os comentários a seguir expostos.

A primeira questão que contraria todo o conceito de que a Administração Pública gerencia interesses públicos e portanto deve estar acima do particular, naquilo que conhecemos como cláusulas exorbitantes, é a possibilidade neste novo modelo de que lhe sejam previstas penalidades aplicáveis, para a hipótese de inadimplemento das obrigações contratuais.

Tal situação retira qualquer discricionariedade do Administrador, e diga-se de passagem, pelos próximos 30 (trinta) anos, de avaliar a conveniência e oportunidade de manter a avença.

Outra questão, é a possibilidade de pagamento através de entrega de bens públicos, o que vem a tornar possível de plano a sua desafetação, o que entendemos somente ser permitido mediante lei expressa.

A liberação de recursos orçamentários-financeiros de forma precedente aos demais credores da Administração, sem dúvida alguma nos faz refletir sobre o acento desta nova modalidade nos princípios constitucionais da isonomia e impessoalidade, não obstante, o atual Estatuto de Licitações - Lei 8666/93, prever a observância da ordem cronológica de pagamentos.

A vinculação de receitas nos parece inaceitável, eis que a Carta/88 impõe a proibição desta prática, exceto para despesas alocadas à Educação e à Saúde²⁷, além de prestação de garantia por antecipação de receita, mas jamais como garantia contratual.

Interessante, ainda no aspecto das garantias, que o novo modelo forçará os entes públicos a formar um fundo de bens públicos, inclusive sobre parcela das ações de empresas controladas, o que não deixa de ser uma desestatização oblíqua, ainda que não seja transferido o controle acionário.

Questão inovadora, nos parece a possibilidade do licitante vencedor apresentar projeto alternativo no procedimento licitatório, eis que a rigor, quebra o princípio da vinculação ao instrumento convocatório inserto no atual Estatuto de Licitações.

Contudo, o que nos chama muito a atenção é a possibilidade de que a Administração, ao estabelecer a parceria público privada, poderá estabelecer o juízo arbitral como solução de divergências contratuais.

Ora, a solução arbitral é deslocamento da competência natural do Poder Judiciário para Tribunal privado, previsto pela Lei 9307/96, amplamente utilizada nos contratos internacionais, para direitos disponíveis. Aqui o princípio da anafastabilidade da jurisdição é mitigado, posto que somente em casos de inobservância formal da lei é que poderá haver análise pelo Poder Judiciário.

No caso dos contratos internacionais é aceitável a adoção da justiça privada, eis que trata-se de evitar a complexidade de análise de legislações de vários países, por vezes conflitantes, conquanto a prática comercial necessite de soluções urgentes - principalmente quando há carga parada em portos ou aeroportos, necessitando ser escoada.

Contudo, trata-se de mecanismo que atende a práticas de comércio, e portanto, de direitos disponíveis.

Ora, se estamos falando de contrato onde uma das partes será a Administração Pública (Direta ou Indireta), e portanto, deve-se guardar a indisponibilidade do interesse público, questiona-se, *a princípio*, como poderá subscrever-se termos em que o Estado, delegará funções ao particular, mas estará na mesma posição

⁽²⁷⁾ **Constituição Federal/88**

Art.167 São vedados:

IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde e para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, e 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

deste, e pior, sem a possibilidade de revisão da decisão pelo Poder Judiciário²⁸.

Evidentemente, todos os pontos enfocados conduzem a dizer que a Parceria Público Privada é uma atividade sem risco para o capital, em especial porque o Estado estará declinando de sua posição de supremacia do interesse público.

b) Da legislação estadual

De início, consigne-se que em meio às discussões em Brasília sobre a regulamentação das PPP's, o Estado de São Paulo, verdadeira locomotiva da Nação, já saiu à frente com a edição da Lei Estadual nº 11.688, de 19.05.04, recentemente regulamentada pelo Decreto Estadual nº 48.867/04.

Faça-se justiça, o Estado de Minas Gerais também já editou norma congênere, através da Lei Estadual nº 14.868/03, aliás, antes mesmo de São Paulo.

Conforme César Moreno²⁹, *o grande diferencial do programa paulista em relação ao aprovado por Minas Gerais, e aos que estão tramitando no Congresso Nacional e em outros Estados, é a criação da Companhia Paulista de Parcerias (CPP), empresa estatal que terá por objeto viabilizar a implementação das PPP's e gerir os ativos patrimoniais do Estado que as garantirão. A CPP já nascerá com diversos imóveis em seu capital, os quais lhe serão transferidos pelo Estado de São Paulo, além de ter mais possibilidades de financiamento. Com isto, o Estado pretende realizar investimentos em diversos projetos de infra-estrutura, tais como ampliação das malhas rodoviária e ferroviária, aeroportos internacionais, transporte coletivo intermunicipal, dentre outros.*

No tocante à edição de normas estaduais, já se colhem críticas respeitáveis³⁰, eis que a boa técnica seria o aguardo da lei geral, conforme dispõe da leitura do Art.24 da CF/88:

“Art.24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

(...)

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

A crítica surge da possibilidade de que a norma geral venha a contrastar a legislação estadual, e neste ponto, esta última seria revogada, o que traria grande desconforto aos pactos já celebrados, forçando questionamentos judiciais, quando os próprios contratos já não estivessem inflacionados financeiramente ante a tais incertezas.

Ainda com relação ao Estatuto Paulista, fazemos transcrever alguns trechos da norma:

“Artigo 1º - Fica instituído, no âmbito do Governo do Estado e de sua Administração Pública direta e indireta, o Programa de Parcerias Público-Privadas - PPP, destinado a fomentar, coordenar, regular e fiscalizar a atividade de agentes do setor privado que, na condição de colaboradores, atuem na implementação das políticas públicas voltadas ao

⁽²⁸⁾ Lei 9307/96 – Lei da Arbitragem

Art. 18 O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

(...)

Art. 31 A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelo órgão do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

⁽²⁹⁾ Disponível em www.bragamarafon.com.br/novo/boletins_velhos/158_Jun/1_BI_158.html

⁽³⁰⁾ “Por outro lado, a insegurança jurídica que cerca a legislação estadual, pode fazer com que os entes públicos estaduais que desejem utilizar o instituto da parceria público-privada, não venham obter bons preços, pois, na dúvida, o “custo Brasil” agregado às planilhas orçamentárias das obras poderá fazer com que os valores dos investimentos sejam maiores do que o justo ou o necessário, penalizando a sociedade, que terá que pagar tarifas mais elevadas para reembolsar os investimentos privados”. Insegurança jurídica no contrato de parceria público-privada estadual, disponível em www.miguelneto.com.br/newsletter-ago-2004.htm

desenvolvimento do Estado e ao bem-estar coletivo.

Parágrafo único - O PPP observará as seguintes diretrizes:

1 - eficiência no cumprimento das finalidades do Programa, com estímulo à competitividade na prestação de serviços e à sustentabilidade econômica de cada empreendimento;

2 - respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos agentes privados incumbidos de sua execução;

3 - indisponibilidade das funções política, normativa, policial, reguladora, controladora e fiscalizadora do Estado;

4 - universalização do acesso a bens e serviços essenciais;

5 - transparência dos procedimentos e decisões;

6 - responsabilidade fiscal na celebração e execução dos contratos;

7 - responsabilidade social;

8 - responsabilidade ambiental.

(...)

Artigo 3º - Fica criado o Conselho Gestor do PPP, vinculado ao Gabinete do Governador, integrado pelos seguintes membros:

I - o Secretário-Chefe da Casa Civil;

II - o Secretário de Economia e Planejamento;

III - o Secretário da Fazenda;

IV - o Secretário da Ciência, Tecnologia, Desenvolvimento Econômico e Turismo;

V - o Procurador Geral do Estado;

VI - até 3 (três) membros de livre escolha do Governador do Estado.

(...)

5º - Caberá ao Conselho Gestor:

1 - aprovar projetos de parceria público-privadas, observadas as condições estabelecidas no artigo 4º;

2 - recomendar ao Governador do Estado a inclusão no PPP de projeto aprovado na forma do item 1;

3 - fiscalizar a execução das parcerias público-privadas;

4 - opinar sobre alteração, revisão, rescisão, prorrogação ou renovação dos contratos de parceria público-privadas;

5 - fixar diretrizes para a atuação dos representantes do Estado nos órgãos de administração da Companhia Paulista de Parcerias - CPP;

6 - fazer publicar no Diário Oficial de Estado de São Paulo, as atas de suas reuniões.

(...)

§ 9º - O Conselho Gestor remeterá para a Assembléia Legislativa, semestralmente, relatório detalhado das atividades desenvolvidas no período e de desempenho dos contratos de parceria público-privadas.

(...)

Artigo 4º - São condições para a inclusão de projetos no PPP:

I - efetivo interesse público, considerando a natureza, relevância e valor de seu objeto, bem como o caráter prioritário da respectiva execução, observadas as diretrizes governamentais;

II - estudo técnico de sua viabilidade, mediante demonstração das metas e resultados a serem atingidos, prazos de execução e de amortização do capital investido, bem como a indicação dos critérios de avaliação ou desempenho a serem utilizados;

III - a viabilidade dos indicadores de resultado a serem adotados, em função de sua capacidade de aferir, de modo permanente e objetivo, o desempenho do ente privado em termos qualitativos e quantitativos, bem como de parâmetros que vinculem o montante da remuneração aos resultados atingidos;

IV - a forma e os prazos de amortização do capital investido pelo contratado;

V - a necessidade, a importância e o valor do serviço ou da obra em relação ao objeto a ser executado.

Parágrafo único - A aprovação do projeto fica condicionada ainda ao seguinte:

1 - elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro;

2 - demonstração da origem dos recursos para seu custeio;

3 - comprovação de compatibilidade com a lei orçamentária anual, a lei de diretrizes orçamentárias e o plano plurianual.

Artigo 5º - Parcerias público-privadas são mecanismos de colaboração entre o Estado e agentes do setor privado, remunerados segundo critérios de desempenho, em prazo compatível com a amortização dos investimentos realizados, podendo ter por objeto:

I - a implantação, ampliação, melhoramento, reforma, manutenção ou gestão de infra-estrutura pública;

II - a prestação de serviço público;

III - a exploração de bem público;

IV - a exploração de direitos de natureza imaterial de titularidade do Estado, tais como marcas, patentes, bancos de dados, métodos e técnicas de gerenciamento e gestão, resguardada a privacidade de informações sigilosas disponíveis para o Estado.

§ 1º - Não serão objeto de parcerias público-privadas a mera terceirização de mão-de-obra e as prestações singelas ou isoladas.

§ 2º - Os contratos de parceria público-privada deverão prever que, no caso de seu objeto reportar-se a setores regulados, as regras de desempenho das atividades e serviços deverão ficar submetidas àquelas determinadas pela agência reguladora correspondente.

Artigo 6º - Poderão figurar como contratantes nas parcerias público-privadas os entes estatais a quem a lei, o regulamento ou o estatuto confirmam a titularidade dos bens ou serviços objeto da contratação, incluindo autarquias, fundações instituídas ou mantidas pelo Estado, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Artigo 7º - As parcerias público-privadas determinam para os agentes do setor privado:

I - a assunção de obrigações de resultado definidas pelo Poder Público, com liberdade para a escolha dos meios para sua imple-

mentação, nos limites previstos no instrumento;

II - a submissão a controle estatal permanente dos resultados;

III - o dever de submeter-se à fiscalização do Poder Público, permitindo o acesso de seus agentes às instalações, informações e documentos inerentes ao contrato, inclusive seus registros contábeis;

IV - a incumbência de promover as desapropriações decretadas pelo Poder Público, quando prevista no contrato.

Artigo 8º - Os contratos de parceria público-privada reger-se-ão pelo disposto nesta lei, na lei federal correspondente, pelas normas gerais do regime de concessão e permissão de serviços públicos, de licitações e contratos administrativos e deverão estabelecer:

I - as metas e os resultados a serem atingidos, cronograma de execução e prazos estimados para seu alcance, bem como os critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante adoção de indicadores capazes de aferir o resultado;

II - a remuneração pelos bens ou serviços disponibilizados e, observada a natureza do instituto escolhido para viabilizar a parceria, o prazo necessário à amortização dos investimentos;

III - cláusulas que, dependendo da modalidade escolhida, prevejam:

a) a obrigação do contratado de obter recursos financeiros necessários à execução do objeto e de sujeitar-se aos riscos do negócio, bem como as hipóteses de exclusão de sua responsabilidade;

b) possibilidade de término do contrato não só pelo tempo decorrido ou pelo prazo estabelecido, mas também pelo montante financeiro retornado ao contratado em função do investimento realizado;

IV - identificação dos gestores responsáveis pela execução e fiscalização.

§ 1º - Compete ao Poder Público declarar de utilidade pública os bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao objeto do contrato, bem como

à implementação de projetos associados, podendo promover as requisições e as desapropriações diretamente ou mediante outorga de poderes ao contratado.

§ 2º - Não serão objeto de repactuação as parcerias estabelecidas anteriormente a esta lei.

Artigo 9º - A remuneração do contratado, observada a natureza jurídica do instituto escolhido para viabilizar a parceria, poderá ser feita mediante a utilização isolada ou combinada das seguintes alternativas:

I - tarifas cobradas dos usuários;

II - pagamento com recursos orçamentários;

III - cessão de créditos do Estado, excetuados os relativos a impostos, e das entidades da Administração Estadual;

IV - cessão de direitos relativos à exploração comercial de bens públicos materiais ou imateriais;

V - transferência de bens móveis e imóveis;

VI - títulos da dívida pública, emitidos com observância da legislação aplicável; e

VII - outras receitas alternativas, complementares, acessórias, ou de projetos associados.

Artigo 10 - Sem prejuízo das sanções previstas na legislação pertinente, o contrato poderá prever, para a hipótese de inadimplemento da obrigação pecuniária a cargo do contratante, o acréscimo de multa de 2% (dois por cento) e juros segundo a taxa que estiver em vigor para a mora no pagamento de impostos devidos à Fazenda Estadual.

Artigo 11 - Os instrumentos de parceria público-privada poderão prever mecanismos amigáveis de solução das divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem, nos termos da legislação em vigor.

Parágrafo único - Na hipótese de arbitramento, os árbitros deverão ser escolhidos dentre os vinculados a instituições especializadas na matéria e de reconhecida idoneidade.

Artigo 12 - Fica o Poder Executivo autorizado a constituir pessoa jurídica, sob a forma de sociedade por ações, denominada Companhia

Paulista de Parcerias - CPP, para o fim específico de:

I - colaborar, apoiar e viabilizar a implementação do Programa de Parcerias Público-Privadas;

II - disponibilizar bens, equipamentos e utilidades para a Administração Estadual, mediante pagamento de adequada contrapartida financeira;

III - gerir os ativos patrimoniais a ela transferidos pelo Estado ou por entidades da administração indireta, ou que tenham sido adquiridos a qualquer título.

(...)

Não obstante os comentários já feitos à norma federal, na Lei Paulista, outra questão importante é a submissão de relatórios à Assembléia Legislativa.

Ora, O Legislativo Estadual é órgão de controle externo por excelência, notadamente órgão político, que poderá até mesmo questionar a licitude e interesse da manutenção dos contratos firmados.

E mais, embora não esteja previsto na Lei Paulista, o órgão de controle externo, de natureza técnica, a quem bem compete analisar a legalidade dos contratos firmados é o Tribunal de Contas, e a essa Corte especializada competirá examinar a moderna prática que se avizinha e, para tanto, deverá desenvolver estudos para implementar mecanismos de fiscalização sobre os futuros termos e a sua execução.

CONCLUSÃO

Dia destes, lemos um artigo do eminente Prof. Stephen Kanitz, no qual dizia que os grandes animais é que têm dificuldades para sobreviver, eis que precisam de maior quantidade de alimentos e, no entanto, são mais lentos, ao passo que pequenos animais, mais velozes e com menores necessidades, têm sua perpetuação mais garantida.

A analogia pode ser aplicada ao Estado.

Um Estado gigantesco, paternalista, presente em todas as atividades, inclusive na regulação da economia, certamente está fadado a fracassar naquilo que dever-lhe-ia ser mais caro, ou seja, na promoção do desenvolvimento social, na extirpação da pobreza e da marginalidade, procurando reduzir as desigualdades

sociais e regionais, em busca do bem comum, e por extensão, da paz.

Exemplo maior são os países do leste europeu que sucumbiram às idéias socialistas, sendo a queda do muro de Berlim um símbolo da queda da própria utopia.

Por outro lado, sobre a diminuição do Estado, situação que a história já demonstrou no advento do liberalismo, e notadamente, sobre a panacéia das PPP's, como salvação do desenvolvimento nacional, temos muitas dúvidas.

Em passado recente, o *milagre econômico* serviu para endividar-nos, a ponto de colhermos frutos nefastos nesta, e nas futuras gerações.

Não é por acaso que fora implantada a fórceps a Lei de Responsabilidade Fiscal, L.C.101/00, a qual exige grandes sacrifícios, a fim de que tenhamos um superávit primário, e em outras palavras, para que honremos nossas dívidas.

O próprio pagamento de juros da dívida é que vem a contaminar a capacidade de investimentos.

Ainda utilizando a analogia, são notórios os casos de amigos que em momentos de dificuldades recorreram a empréstimos bancários, e agora, dificilmente os deixarão.

O que causa temor é que o modelo das PPP's venha a tornar ainda mais fundo o nosso déficit interno e externo.

Pior, após assinado o contrato, sob pena de pesadas sanções criadas pelo próprio Estado, não se comporta mais qualquer análise sobre conveniência ou oportunidade de mantê-lo, e nem mesmo poderão os Administradores que se sucederem questioná-lo perante o Poder Judiciário, se adotada a forma arbitral.

De outro norte, é interessante chamar o novo modelo de *parceria*, posto que nesta as partes têm o mesmo objetivo, sendo o instrumento adequado o convênio.

As empresas, por sua própria natureza, visam o lucro, e tão somente. É da essência do capitalismo a busca pelo lucro, pelo seu próprio instinto de sobrevivência.

Ao Estado, no entanto, cabe o papel de visar o bem comum, certo que as suas atividades não necessitam dar lucro (superávit), ao contrário, não se espera tal posição da manutenção da Justiça ou do

Legislativo, conquanto sejam necessários para o Estado Democrático de Direito.

Esperamos, sinceramente, que o novo modelo dê resultados positivos. Contudo, nos preocupa por demais a posição em que o Estado se nivelará ao particular, abdicando da sua supremacia natural, lembrando que estarão sendo superados vários institutos hoje previstos, tidos como basilares da Administração Pública, a fim de atrair o investidor privado.

Outra questão, para nós a parceria público privada é uma derivação da concessão/permissão. Contudo, a lei que rege este instituto, diferentemente do novo modelo, não prescinde da supremacia e indisponibilidade do interesse público, permitindo inclusive que o Poder Concedente promova a intervenção sobre a concessionária, situação que não é incomum.

De outro modo, pelo que vimos até aqui, a PPP será um ótimo negócio, ao menos para as empresas que vierem a ser contratadas, eis que o seu capital não terá o menor risco, muito embora, a possibilidade de perda e morte seja a seara natural de quem compete no mercado.

Finalizamos este breve e pálido trabalho, entendendo que há muito a ser discutido e aperfeiçoado, pensando que mais do que nunca os órgãos de controle externo deverão se adaptar ao novo modelo.

Se possível, pensamos que a análise dos contratos de parceria público privada, em face das suas peculiaridades aqui comentadas, deveriam sofrer avaliação *a priori* por parte dos órgãos que integram o controle externo, a fim de que seja preservado o interesse público, e para que os ajustes venham, de fato, a colaborar com o desenvolvimento do País, cuja população tão sofrida, merece e precisa de melhorias naquilo que lhe é mais elementar para a sobrevivência.

BIBLIOGRAFIA

1. COSINI, Roberto Pádua. Disponível em www.miguelneto.com.br/newsletter-ago-2004.
2. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo: Saraiva, 2003
3. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 58 e ss.

4. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: 2000, Malheiros.
5. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, São Paulo: Atlas, 2001.
6. MORENO, César. Disponível em www.bragamarafon.com.br/novo/boletins_velhos/
7. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Disponível em <http://www.revistaautor.com.br/artigos/37ext1.htm>
8. REVISTA JURÍDICA CONSULEX, Ano VIII, nº 185 – 30.09.04, p. 22 e ss.
9. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
10. TOLEDO JR, Flávio C. de; ROSSI, Sérgio Ciquera. *Lei de Responsabilidade Fiscal - comentada artigo por artigo*, São Paulo: Editora NDJ, 1ª Edição.